



Tesina Derecho Universidad de Valparaíso, Chile
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

¿Existe fundamento político criminal para la supresión del artículo 394 del Código penal, considerando la situación de las mujeres puérperas en Chile?

Alumnas: Javiera Mardones Vargas
Antonia Montero Poblete
Profesor guía: José Luis Guzmán Dalbora
Enero 2019

I.	ÍNDICE	
II.	INTRODUCCIÓN	3
III.	PANORAMA HISTÓRICO Y COMPARATIVO DEL DELITO	5
1.	APROXIMACIÓN HISTÓRICA DEL INFANTICIDIO ANTES DE LA CODIFICACIÓN	5
2.	EL INFANTICIDIO DESPUÉS DE LA CODIFICACIÓN. EL ORIGEN DEL PRIVILEGIO DEL TIPO PENAL Y SU EVOLUCIÓN	7
3.	TENDENCIAS ACTUALES DEL INFANTICIDIO	16
IV.	FUNDAMENTO POLÍTICO Y CRIMINAL DE LA FIGURA Y DEL PRIVILEGIO	18
1.	INFANTICIDIO Y SU CONTEXTO POLÍTICO SOCIAL	18
2.	SISTEMAS PENALES DE MOTIVACIÓN DE LA FIGURA DEL INFANTICIDIO	21
3.	TENDENCIAS ACTUALES DE LOS SISTEMAS PENALES DE MOTIVACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	25
4.	PARTICULARIDADES DEL FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DEL INFANTICIDIO Y SU REFLEJO EN LA POBLACIÓN CHILENA	28
V.	DERECHO PENAL CHILENO Y SU REFORMA SOBRE EL PARTICULAR	37
1.	ANTE PROYECTOS DEL CÓDIGO PENAL Y PROPUESTAS DE REFORMAS DEL INFANTICIDIO	37
2.	PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	41
3.	DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL PROPUESTO	42
VI.	CONCLUSIÓN	48
VII.	BIBLIOGRAFÍA	51

Resumen: En esta investigación se llevará a cabo un análisis crítico de las tendencias actuales que buscan la supresión del infanticidio como delito autónomo y privilegiado. Entendiendo que si bien, en nuestro país estamos ante a un fundamento político desactualizado la solución no es su eliminación. Se debe optar por una modificación del tipo penal considerando la situación actual de las mujeres puérperas que cometen infanticidio en Chile. Para esto se realizará un breve recorrido histórico de la evolución de este delito y de su privilegio, atendiendo a como esta situación se ha reflejado en las legislaciones comparadas. A su vez, se analizará el fundamento político criminal del infanticidio y sus particularidades en nuestro país. Para ello se tendrá en consideración las actuales estadísticas sobre la perpetración de este hecho, para finalmente proponer una reforma a la actual redacción del artículo 394 del Código penal chileno.

Palabras clave: Delito de infanticidio – mujeres puérperas – abandono moral y material – supresión – modificación.

II. Introducción.

Actualmente, existe la tendencia que aboga por la supresión del infanticidio como delito autónomo en las legislaciones comparadas. Lo que conlleva a que esta figura privilegiada se transforme o en un homicidio o parricidio, dependiendo de la normativa particular. Se cree que, no obstante, a que el fundamento político criminal que dio vida a este artículo ya no es contingente, no se puede dejar en un desamparo legal a aquellas mujeres puérperas que cometen este delito. Dado que en gran parte de los casos ellas no se encuentran en óptimas condiciones mentales ni sociales atribuidas a su actuar. Por consiguiente, se llevará a cabo un recorrido histórico del delito de infanticidio, y a la vez, se analizarán los fundamentos políticos criminales y sociales presentes en la existencia del infanticidio como tal. Demostrando que la supresión de la figura privilegiada no es la vía adecuada para abarcar la situación de las mujeres puérperas en Chile que cometen este delito, razón por la cual se debe optar por una modificación al artículo 394 del Código penal chileno.

En la actualidad se podría entender el fundamento político criminal del infanticidio como algo arcaico, debido a que se considera que la redacción del artículo 394 del Código penal no representa ni tampoco refleja las circunstancias en las cuales una madre comete el acto de dar muerte al recién nacido. El infanticidio es fenómeno que sigue ocurriendo, pero no por las razones que le dieron vida dentro del Código Penal. De esta manera, ya no se trata de un problema de honor, sino que inciden nuevos factores -tanto endógenos como exógenos- que hacen sugerir su mantención, pero con una modificación a la redacción de éste en el Código penal. Se trata de una realidad social distinta, de mujeres que pertenecen mayoritariamente a estratos socioeconómicos bajos asociados a la población rural chilena, e incluso, en algunos casos se encuentran bajo condiciones de abandono moral y material. Principalmente se trata de mujeres puérperas en circunstancias precarias, sin mayor conocimiento de lo que implica un embarazo. Mujeres que en su desesperación y desorden hormonal actúan de manera intempestiva.

En otro orden de ideas, la actual consideración del padre y los ascendientes legítimos e ilegítimos como autores del infanticidio no cuenta con ninguna justificación aceptable, dado que su fundamento original radicaba en el honor. Así pues, se desplaza la justificación del tipo penal privilegiado hacia las condiciones fisiológicas y sociales de la madre. Sin perjuicio de que, además, la categoría de ilegítimos que componen al sujeto activo ya no tiene cabida dentro del ordenamiento jurídico chileno. Por consiguiente, ya no existe sustento para el mantenimiento de dichos sujetos activos en el presente tipo penal.

Pues bien, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones comparadas que derechamente suprimen el tipo penal del infanticidio, esta investigación propone una reforma a la tipificación del delito. Actualizando su redacción a la realidad social presente, teniendo por objeto amparar legalmente a aquellas mujeres que se encuentran en las circunstancias señaladas. Y de igual modo, poner fin al resguardo punitivo que existe hacia los demás sujetos activos del artículo 394 del Código penal chileno.

III. Panorama histórico y comparativo del delito

1. Aproximación histórica del infanticidio antes de la Codificación

En tiempos pasados, el tipo penal del infanticidio apuntaba a una noción distinta del precepto de hoy en día; por cuanto, antiguamente, la ley solo se hacía cargo de la materialidad del homicidio del menor, sin considerar las orientaciones ideales de que se ocupaban los eclesiásticos o moralistas. El desvalor fue severo; algunos autores llamaban a esta fase "*ascética de la institución*"¹, que decía relación con la ilícita concepción. Esta última corriente avalaba los infanticidios llevados a cabo dentro de los matrimonios legítimos, situación totalmente contraria a la figura del parricidio que conocemos en la actualidad. A su vez, ocurría que éste delito se confundía con la figura del aborto.

A la Iglesia se reconoce aquella corriente de rigor extremo respecto del infanticidio, en donde no existe la distinción de las motivaciones, velando siempre por la vida humana. Se trataba de aquella institución que incluso llegaba a aplicar la máxima punición a la mujer que cometía infanticidio privándola de todo sacramento. Severidad que se manifiesta desde los tempranos concilios, y luego con el influjo eclesiástico de las leyes laicas que comenzaron a sancionar el infanticidio como un parricidio agravado. En este punto de la historia, el móvil del honor no tenía cabida alguna para atenuar el delito cometido, aun teniendo en consideración que se trataba de leyes laicas, las que de manera evidente eran fuertemente influidas por los eclesiásticos, castigando incluso con penas de muerte por fuego -sanción que era aplicada frecuentemente a aquellos que desplegaban conductas que atentaran en contra de la religión-. Entre estas leyes, cabe mencionar los *Statuti* municipales de Italia (pena de rogo) y el *Cutum de Loudunois*². De la mano del matiz eclesiástico de este delito se tenía en cuenta si el menor había sido bautizado o no. Al no estar bautizado se agravaba el ilícito, puesto que se entendía que al infante se le estaba privando de la salvación eterna. Visión completamente absurda y contradictoria, puesto que

¹ Quintano Ripollés, A., *Tratado de la Parte especial del Derecho pena, 4 vol.*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, t. I cfr. pág.465.

² Ídem, cfr., pág. 466.

el bautismo supone un acto público, y eso era justamente lo que quería eludir la madre: la publicidad del bautismo.

A su vez, en otros países, como Francia durante el mandato de Enrique II y Luis XIV, se consideraba la ocultación y no el bautismo como agravante, lo que demuestra un fuerte componente eclesiástico y canónico en el Derecho. Esta dureza de las sanciones aplicadas durante la época medieval, “tuvo una excepción en la Ley Sállica, que sancionaba con una pequeña multa la muerte de los párvulos menores de doce años”³. Esta excepción era propia de la antigüedad de dicho ordenamiento. En otras naciones más cercanas a la Iglesia, predominaba el infanticidio como una figura asimilada al homicidio, e incluso en algunos territorios se sancionaba con la pena de enterramiento en vida de la infanticida y su empalamiento.

En la antigua Roma existía la licitud de la conducta infanticida, e incluso la legalidad de dar muerte a los propios hijos; “la Ley de Rómulo permitía al padre desheredar y aun matar a sus hijos”⁴. Esto dice relación con la estructura de la familia que primaba en aquella época. Con esto nos referimos a la gran figura del *pater familiae*, quien ejerce la potestad de los miembros no emancipados de su familia y, por ello, no se le podía atribuir la muerte de alguno de los hijos no emancipados o de aquellos recién nacidos. Incluso “las costumbres autorizaban al padre de familia a exponer en la puerta de su casa a sus hijos que nacían defectuosos o a quienes la madre se negaba a criar”⁵. Es por ello que cuando en la *Lex Pompeia* se incorpora lo que conocemos como “parricidio”, éste solamente alcanza a la madre. En esta época romana, queda de manifiesto que no existe una pena igualitaria para ambos padres frente al infanticidio de sus propios hijos, en virtud del derecho de vida y muerte que gozaban los *pater familiae*. Esto cambió a partir del año 374, por medio de la derogación de aquel derecho establecido en la Constitución de Valentiniano y Valantela en la que se impone la pena capital ordinaria a los parricidas, lo que finalmente privilegia la muerte de los hijos cometida por los padres respecto de los demás familiares.

³ Ídem, cfr., pág. 467.

⁴ Ceardi, J., *El Infanticidio* bajo el punto de vista penal y médico legal, Talleres Gráficos Proteo, Valparaíso, 1926, pág. 12. (Tesis inédita).

⁵ *Ibidem*.

En la Antigüedad, en la barbarie la muerte de los hijos no tenía mayor interés ya que se asimilaba a rituales de sacrificio, formas de eugenesia, que solamente tenían relevancia para estudios sociales y de historia de la cultura.

Tratándose de las fuentes españolas, encontramos la figura del puericidio o libericidio en el parricidio, pero no hay antecedentes del infanticidio. Excepcionalmente se mencionó la muerte del recién nacido, pero solo para asimilarla a la figura del aborto en el Derecho visigótico. En el Fuero Juzgo se castiga a la mujer que mata a su hijo con pena de muerte o la desorbitación para ella y esta misma pena se aplicará al marido que lo mandare. Este precepto representaría un avance en relación a la equivalencia en la conducta de la mujer y el hombre.

En Las Partidas falta la mención del infanticidio, puesto que no existe un intermedio entre el parricidio y el aborto, salvo que se interprete la exposición de niños en la Ley 4ª en que se priva a los padres culpables de la patria potestad y se atribuye los derechos civiles a quien recoja a aquellas criaturas abandonadas; precepto que sería más civil que criminal. La ambigüedad de los conceptos y la dureza de sus penas perduró en España y en el resto de Europa hasta el inminente proceso de codificación del siglo XIX.

2. El infanticidio después de la Codificación. El origen del privilegio del tipo penal y su evolución

Desde la segunda mitad del siglo XVIII, con el advenimiento de los movimientos ilustrados, y el inminente proceso de secularización que se estaba viviendo en las sociedades occidentales, se aprecia la concurrencia de un cambio de paradigma en el panorama jurídico. Se trata de un cambio de consideración valorativa y técnica va a surgir gracias a la reforma penal del iluminismo. De esta manera, las excesivas penas que contemplaba el infanticidio, entendidas desde una concepción eclesiástica y católica, dejan de tener un fundamento político criminal, siendo la nueva tendencia la de un tratamiento más benigno hacia aquella mujer que ha cometido el acto de matar a su hijo recién nacido. Un ejemplo de esto lo encontramos en la obra legislativa de Federico el Grande, quien suprime la despiadada pena del saco para las infanticidas, sustituyéndola por la pena de

decapitación. Lo que refleja una transformación, pasando desde lo que se podría considerar como parricidio agravado a un homicidio.

De este modo, nace una figura privilegiada del infanticidio, la que se encuentra influida por las corrientes humanitarias y utilitaristas de la época, y teniendo como mayores exponentes a Cesare Beccaria y Jeremy Bentham, quienes buscan transformar el sistema punitivo y de justicia tradicional, caracterizado por la crueldad, desproporcionalidad y, muchas veces, con una mirada vengativa en sus penas. En efecto, con estas nuevas corrientes, aparecen por primera vez las garantías humanas de aquellas personas que se encuentran en un proceso penal, reconociéndole al sujeto en cuestión la dignidad que muchas veces le fue negada, tanto en el proceso como en la condena. Con todo, la pena no debe ser desproporcionada, ni entendida como un método de venganza, sino como un castigo comprensivo y proporcional en relación con el hecho cometido. Beccaria, en el “Tratado de los delitos y las penas” señala que el fin de la pena “no es atormentar y afligir un ser sensible (...) El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”⁶.

Siguiendo la doctrina de Beccaria, las penas tienen su finalidad desde un punto utilitarista, es decir, que exista una pena es únicamente en función del bien social. La sanción, mirada desde este punto de vista, responde tanto a una prevención general como particular. Así, habrá delitos que no será necesario penar, toda vez que no son ejemplificadores para la comunidad, como es el caso del infanticidio, en el cual, según el autor, se da el fenómeno de una inminente compasión hacia la mujer que perpetra este delito, quien ha caído en desgracia misma al haber cometido el acto de matar a su recién nacido, cediendo por flaqueza o por violencia. El autor señala que el método para prevenir este tipo de actos no sería la imposición de una pena, sino que “el mejor modo de evitar este delito fuera proteger con leyes eficaces la flaqueza contra la tiranía, la cual exagera los

⁶ Beccaria, C., *Tratado de las penas y los delitos*, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, pág. 33.

vicios que no pueden cubrirse con el manto de la virtud. (...) yo no pretendo minorar el horror justo que merecen estas acciones, pero no se puede llamar precisamente justa (vale tanto como decir necesaria) la pena de un delito, cuando la ley no ha procurado con diligencia el mejor medio posible de evitarlo en las circunstancias existentes de una nación”⁷.

Por otro lado, Bentham⁸, guiado también por los principios del utilitarismo, señala que las penas deben ser medidas por el perjuicio que estas puedan causar en la sociedad. De manera tal que habría dos tipos de daños posibles; aquel de primer grado, refiriéndose al daño directo que sufre la víctima del acto cometido, y el de segundo grado, que se mide según el daño causado en la sociedad como tal. De esta manera, el infanticidio no genera un mal ni de primer ni de segundo grado. Toda vez que el recién nacido no tiene la capacidad desarrollada de sentir, ni tampoco se puede llegar a inferir el daño que se le ha provocado, ni siquiera causa daño a la comunidad, ya que los sujetos que se podrían suponer más afectados son los mismos que han cometido el acto, es decir, el padre y la madre. De igual modo, aunque se llega a la conclusión de que con el infanticidio no se genera un mal de primer ni de segundo grado, el autor señala que este acto no debe quedar impune toda vez que se puede presumir de este actuar una potencial conducta criminal.

Bentham, al igual que Beccaria, concibe a la mujer que ha cometido el acto como desgraciada, cegada por la desesperación, por la flaqueza y la violencia, privándose ella misma del acto de ser madre, por lo que su actuar debe ser mirado con piedad antes que con aberración. Debido a esta situación es que estos autores señalan que una pena excesiva es inhumana y bárbara. De manera que sería abusiva y toda sanción abusiva no es justa, y si no es justa es un hecho, mas no derecho.

Teniendo como grandes exponentes de esta corriente reformadora a Beccaria y Bentham, existe otro autor quien sistematiza por primera vez este delito. En efecto, Paul Johann Feuerbach sostiene que “*infanticidio es la muerte del hijo recién nacido, ilegítimo y*

⁷ Ídem, pág. 68.

⁸ Bentham, J., *Tratado de legislación civil y penal*, Ferrer y Valls, Madrid, 1834 t. II, pág. 185.

viable, causada por la madre, previa ocultación de su embarazo”⁹. Si bien, en esta definición no está expresamente el honor como móvil del delito, éste se deja entrever en su conceptualización, toda vez que se define como un “recién nacido ilegítimo” el cual se le da muerte “a la previa ocultación del embarazo”.

Con todo, estos autores forjan lo que serán los cimientos para la codificación y posterior evolución del infanticidio, lo cual debemos entender que ocurrió de manera paulatina, teniendo dos etapas fundamentales: (I) la primera de ellas viene dada con la Codificación del Derecho penal, donde los legisladores toman una postura ecléctica en este delito. Entendiendo el “infanticidio” como el acto de matar a un recién nacido cometido por cualquier persona, pero que existirá el privilegio de la penalidad solamente cuando este hecho sea cometido por la madre del menor; (II) la segunda etapa se caracteriza por delimitar al infanticidio, teniendo como límites los que actualmente conocemos, situando a este delito como una excepción dentro del Derecho penal ¹⁰.

Ahora bien, se realizará un breve recorrido por la evolución de este delito, a través de las distintas legislaciones internacionales, para finalmente llegar a la legislación chilena y comprender cómo se vio influida por las corrientes y movimientos de Codificación e Ilustración de la época, teniendo como principal inspiración el Código penal español del año 1848.

En esta dinámica, el primer Código que renovó el infanticidio fue el Código penal austríaco (1803), el cual sigue la primera línea evolutiva de este delito, señalando que comete infanticidio toda aquella persona que haya concurrido en la acción de matar violentamente a un recién nacido, teniendo una atenuante en su penalidad si el hecho fuere cometido por la madre de la criatura.

⁹ Stampa, J., Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y sus influencia en la concepción del infanticidio como delictum exceptum, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1, Tomo 6, Mes 1, 1953, pág.56.

¹⁰ Ídem., cfr., pág. 57.

En Francia, en cambio, se da una dicotomía entre el movimiento reformista, que buscaba un tratamiento más piadoso para aquella madre que cometiera el delito de infanticidio, y los legisladores que, motivados aún por una mirada tradicionalista de ver la justicia, abogaban por penas más altas para quienes cometieran dicha acción. De esta manera, existió un periodo que se caracterizó por la ineficacia de este precepto, toda vez que al momento de juzgar un delito de este tipo -entendiendo que estamos frente a un sistema judicial de jurados influido por las corrientes liberales- se terminaba absolviendo a la madre cometedora de la acción, creando en efecto, una clara contradicción entre la disposición legal y la aplicación de la pena. Por lo anterior, para que no siguiera existiendo tal contradicción, el legislador intentó corregir a través de tres diversos sistemas este problema.

El primer sistema consistía en reconocer el infanticidio como un delito privilegiado *honoris causa*. El segundo sistema, en tanto, se basa en rebajar la pena cuando el delito fuera cometido por la madre, por cualquiera motivación posible. Finalmente, el tercer sistema radica en disminuir todas las figuras posibles de infanticidio, dejando de esta manera a quien matara a un recién nacido, sin importar quien fuera con una penalidad rebajada¹¹. El primer sistema fue rechazado por la mirada tradicionalista que existía; en cambio, los otros dos fueron llevados a cabo.

Como es dable apreciar, en este panorama existieron una serie de intentos que fracasaron en el camino antes de llegar a la tipificación actual. Así, el Código revolucionario (1791) y el de Napoleón (1810), si bien establecen “*un sistema de penas fijas o absolutamente determinadas por ley, al dictado de su aversión al arbitrio judicial y del propósito que sea una voluntad general, no de la particular sentencia*”,¹² siguieron estableciendo penas sumamente elevadas para sancionar esta figura. De esta forma, el Código revolucionario no sanciona el infanticidio como un delito autónomo, sino que lo enmarca dentro del homicidio o del asesinato; mientras que el Código de 1810 equipara este delito con el asesinato, castigándolo con la pena máxima. Así, el artículo 300 de dicho

¹¹ Ídem., cfr., pág. 61.

¹² Guzmán, J., “El Código Penal Francés de 1791. Traducción y notas introductorias”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3º época, n°1, enero 2009, pág. 484.

Código señala que: “se califica de infanticidio el asesinato de un niño recién nacido”, mientras que el artículo 302 prescribe: *“todo culpable de asesinato, parricidio, infanticidio y envenenamiento, será castigado con pena de la vida, sin perjuicio de la disposición particular contenida en el artículo 13, relativa al parricidio”*. No fue hasta el año 1901 que se estableció un nuevo sistema de penas que en cierta medida iba en favor de la mujer infanticida. Existiendo una graduación en relación con las elevadas penas que recibirían los demás autores de esta acción los cuales no serían vistos como infanticidas, sino como parricidas o asesinos, dependiendo de los demás presupuestos fácticos que se fueren dando.

En Italia, se produjo un proceso tardío en la unificación de sus reinos. Existieron diversos sistemas y Códigos penales los cuales fueron influidos de manera diversa por las corrientes liberales y tradicionalistas del Derecho penal. A saber, existe una serie de Códigos que se encuentran guiados por la primera etapa de la evolución del infanticidio. De este modo, en los Estados de la Iglesia el infanticidio se sancionaba con la pena máxima, salvo que fuere cometido por la madre para ocultar su deshonor. Lo que supone un cambio absoluto de paradigma si es que se hace una comparación con las antiguas leyes canónicas. Con lo anterior, se abre a nuevas visiones humanitarias. Siguiendo este mismo criterio, en el Código de Nápoles se sancionaba al infanticida con pena de muerte, a menos que el delito haya sido cometido para ocultar la deshonor del embarazo; es decir, *honoris causa*, entendiéndose que existía una atenuante. Lo curioso de esta situación es que el privilegio se aplicaba cuando el infanticidio era cometido por una causa de honor, por lo que se infiere, de su redacción, que el privilegio no era solo para la madre del recién nacido, sino que, se aplica para cualquier persona que hubiere cometido el hecho, siempre y cuando contara con la motivación ya descrita.

De igual manera, existieron legislaciones que adoptaron el sistema más moderno del infanticidio. Así, el Código de Toscana define al infanticidio como: *“la muerte de la prole ilícitamente concebida, causada dolosa y culposamente por la madre en el parto o poco después de él”*. En este caso, además de existir una definición más delimitada del delito, las penas tuvieron una regulación sumamente exhaustiva y detallista, prescribiendo distintos posibles supuestos. Si la madre cometía infanticidio simple las penas iban desde 10 años de

reclusión en su hogar, si es que se hubiere dado el supuesto de haberlo cometido de manera espontánea por un sentimiento de vergüenza y pudor. Ahora bien, si el acto se cometió con premeditación y se planeó antes del alumbramiento, la pena ascendía a 15 años de reclusión en casa. Otro supuesto recaía cuando la madre hubiere cometido infanticidio sobre una criatura no viable; en este caso, las penas irían desde seis meses a dos años de cárcel. También, si el infanticidio fuere culposo las penas serían de dos meses a un año de cárcel¹³. En esta misma dinámica, la legislación unitaria adopta una concepción moderna del infanticidio siguiendo la misma estructura del Código de Toscana, pero salvando ciertos errores de éste como sería, por ejemplo, no mencionar expresamente la causa del honor.

En Alemania, a diferencia de Francia e Italia, se utilizó la concepción moderna al momento de tipificar este delito. Se delimitó y se situó el infanticidio como una excepción en el Derecho penal. Teniendo como particularidad que presta atención al estado psicológico de la madre dentro del cual se encuentra la causa del honor, pero, a la vez, se ocupa del estado fisiológico de la mujer; es decir, se centra en los procesos biológicos que ocurren en una mujer luego de dar a luz. Así, “el código que se opuso al modelo napoleónico como código liberal, al punto de dejar de lado la tradicional clasificación de los bienes jurídicos de la parte especial encabezados por los delitos contra el Estado (que pasaba a ocupar el lugar de Dios en el orden del Decálogo), fue el de Baviera de 1813, que encabezaba la parte especial con los delitos contra la persona. También fue el primer código que innovó en la materia, dándole sustantividad propia”¹⁴. La tipificación de este delito estuvo en manos del filósofo y jurista alemán Paul Johann Feuerbach, quien describe la conducta infanticida como “la muerte del niño (*infanticidium*) es el homicidio que comete la madre contra su hijo ilegítimo recién nacido y capaz de vida, después de un previo embarazo oculto”¹⁵. Posteriormente, el Código prusiano prescribe: “*la madre que durante el parto o inmediatamente después matare voluntariamente a su hijo ilegítimo, cometerá infanticidio y será castigada con la pena de cinco a veinte años de reclusión. Si*

¹³ Stampa, J., op.cit., cfr., Pag. 68.

¹⁴ Zaffaroni, R., Proyecto de restablecimiento de la atenuante, En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Año I, n°3, año 2011, pág. 20.

¹⁵ Feuerbach, P., *Tratado de Derecho penal común* vigente en Alemania, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 178.

el homicidio del niño hubiere sido cometido por cualquier otra persona, o si cualquier otra persona hubiere participado en el infanticidio, se aplicarán a estas las disposiciones concernientes al asesinato o al homicidio, o las que regulan la participación en estos crímenes”¹⁶. En este caso es interesante mencionar la no comunicabilidad que existe entre los cómplices de la madre respecto al privilegio del infanticidio.

Se ha dejado la revisión de la legislación española para el final con el fin de realizar un paralelo con la legislación chilena y a la vez visualizar el evidente influjo del Código hispano en nuestra legislación.

El Código penal español de 1822 mantuvo una regulación favorable respecto de la madre infanticida. Así, el artículo 612 disponía “los que maten a un hijo, nieto o descendiente suyo en línea recta, o a su hermano o hermana, o a su padrastro o madrastra o a su suegro o suegra, a su entenado o entenada, o a su yerno o nuera, o a su tío o tía carnal, o al amo con quien habite, o cuyo salario perciban; la mujer que mate a su marido o el marido a su mujer, siempre que unos y otros lo hayan hecho voluntariamente, con premeditación, con intención de matar, y conociendo a la persona a quien dan muerte, sufrirán las mismas penas que los asesinos. Exceptuándose las mujeres solteras o viudas, que teniendo un hijo ilegítimo y no habiendo podido darle a luz en una casa de refugio, ni pudiendo exponerle con reserva, se precipiten a matarle dentro de las veinticuatro horas primeras del nacimiento para encubrir su fragilidad, siempre que éste sea, a juicio de los jueves de hecho y según lo que resulte, el único y principal móvil de la acción, y mujer no corrompida y de buena fama anterior la delincuente. Esta sufrirá en tal caso la pena de quince a veinticinco años de reclusión, y destierro perpetuo del pueblo en que cometió el delito y diez leguas en contorno”. Se puede apreciar el tinte de un sistema más tradicional o ecléctico al momento de tipificar el infanticidio, es decir, lo tipifica como una excepción privilegiada del parricidio. Posteriormente, el Código de 1848 integra el infanticidio como una figura propia señalando: “la madre que por ocultar su deshonor matare al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor. Los abuelos maternos que para ocultar la

¹⁶ Stampa, J., op.cit., pág. 75.

deshonra de la madre cometieran este delito, con la de prisión mayor. Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido incurrirá, en las penas del homicidio”.

Como se mencionó anteriormente, nuestra legislación se inspiró directamente del precepto del infanticidio ubicado en el artículo 336 del Código penal español vigente durante los años 1848 y 1850. Nuestro Código penal no sigue el mismo modelo sancionador de este delito. Modificando una serie de situaciones las cuales fueron discutidas en las sesiones 79 y 163 de la Comisión Redactora, en la que finalmente se realizaron diversas reformas y adaptaciones a nuestra realidad: (I) “Se resolvió reducir a cuarenta y ocho horas los tres días posteriores al parto que el citado Código acepta para que pueda efectuarse el infanticidio”¹⁷. En el Código penal español sujeto pasivo es aquel recién nacido con hasta setenta y dos horas de vida. Mientras que la Comisión redactora modificó el artículo chileno para que la víctima tenga un máximo de cuarenta y ocho horas de vida después del parto. (II) Se suprimió la referencia explícita al móvil del honor. Así, en la sesión 79, del 3 de mayo de 1872 y “a indicación del señor Reyes, se agregó la frase “atendida la posición social de la madre” para que se tome en cuenta al determinar el móvil que impulsó al crimen, y no se comprenda el motivo de verdadera honra que puede en algo disculparlo de un mero pretexto ideado después para minorar la falta”¹⁸. (III) Se impuso la misma pena para todos los sujetos activos y, a la vez, se amplió a todos los ascendientes. Es decir, se incluyó también a la línea paterna, quedando como un delito que puede ser cometido por la madre, el padre y los ascendientes legítimos e ilegítimos. “Con respecto al párrafo del infanticidio, se observó que no se daban reglas especiales para el caso de muerte de un recién nacido por personas extrañas, y se sujetaba a las disposiciones comunes del homicidio, en vez de rebajar la pena, como sucede tratándose de padre o madre. Se acordó, en consecuencia, agregar un nuevo inciso al artículo 397 (382) y modificar el inciso final del mismo, redactándose ambos de esta manera: “los demás parientes y los extraños que mataren un niño menos de 48 horas. Sufrirán las penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”¹⁹.

¹⁷ Rivacoba, M., *Código Penal de la República de Chile* y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Edeval, Valparaíso, 1974, pág. 400.

¹⁸ Ídem, pág. 401.

¹⁹ Ídem, pág. 543.

3. Tendencias actuales del infanticidio

Acabado el análisis histórico de la constitución y evolución del infanticidio como delito privilegiado, el presente estudio se centrará en los diferentes preceptos actuales relativos a este tipo penal en las legislaciones comparadas. Hoy en día, en el mundo occidental este delito es cada vez menos común, pero ello no significa que se encuentre erradicado. En naciones de extrema pobreza o con sobrepoblación aún se practica de manera constante, pero esto no implica que el delito no se cometa en países que cuentan con un mayor desarrollo social, sino que la cantidad de infanticidios cometidos es menor. En la mayoría de los países en que el infanticidio se encuentra tipificado como delito especial el cuerpo legislativo hace alusión al honor de quien comete dicho acto delictivo.

Analizando la legislación de los países iberoamericanos, existe una cierta inclinación hacia la conservación del infanticidio como delito especial que atenta contra el honor, y, además, considera únicamente a la madre como sujeto activo. En Colombia este delito encuentra su tipificación en el artículo 108 del Código penal, el cual señala a la madre que ha sido víctima de un acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentido, que da muerte al hijo durante el parto o dentro de los ocho días siguientes al parto. Resulta interesante destacar diferencia que existe en esta regulación con nuestro Derecho, ya que nos encontramos frente a un tipo penal restrictivo que se caracteriza por circunstancias de comisión muy particulares y específicas. Situación que se contrapone de manera absoluta a la redacción objetiva y general del Código penal chileno en que basta que se verifiquen los sujetos activos y se cumpla con dar muerte al recién nacido dentro de las 48 horas de vida para que se configure el tipo penal. En Ecuador, previo al Código orgánico integral penal del año 2014, el infanticidio estaba regulado en el artículo 453 en lo que solía ser el antiguo Código penal. Se señalaba como sujeto activo a la madre que para ocultar su deshonor matara al recién nacido y, además, contemplaba como sujeto activo a los abuelos maternos. A la fecha, el infanticidio no se encuentra tipificado como delito autónomo.

Por otra parte, el artículo 123 del Código penal brasileño se podría mostrar más moderno frente a las normas anteriores, puesto que dicho tipo penal hace alusión

específicamente a la mujer que mata bajo influencia del estado puerperal al momento del parto o inmediatamente después del este. Dejando a un lado el antiguo móvil del honor, e inclinándose por una preocupación hacia la imputabilidad de la mujer. En Perú, en el artículo 110 de su respectiva legislación penal, al igual que en Brasil, también notamos cierta modernidad en dicho precepto, ya que ambos contemplan la situación de aquella madre que mata a su hijo durante el parto o bajo influencia del estado puerperal. Dentro de este contexto nos parece destacable y ejemplar la tendencia adoptada por estos dos países, ya que a en una primera mirada podemos concluir que esta moderna redacción del tipo penal se encuentra relacionada con una nueva realidad social que ha ido exigiendo la adaptación del derecho a las nuevas circunstancias en que se comete este delito, reflejando que se trata de un hecho cometido de manera casi exclusiva por mujeres bajo la influencia del estado puerperal.

Por el contrario, encontramos a Bolivia, país que aún conserva un tipo penal bastante arcaico, ya que el artículo 258 del Código penal hace mención a aquella madre que para encubrir su fragilidad o deshonra diere muerte a su hijo, ya sea durante el parto o hasta tres días después.

A diferencia de estos países, Venezuela, México y Argentina han seguido la tendencia de España y Francia, derogando los artículos que trataban el infanticidio como delito especial.

En Europa, en primer lugar, existe una tendencia hacia la modernización de este tipo penal, ya no encontrando su amparo bajo el móvil del honor, sino que, ahora demostrando preocupación por aquella mujer que comete este delito bajo diversas circunstancias biológicas y sociales. Pero, por otra parte, existe también una cierta inclinación hacia la supresión de esta figura legal. Dentro del primer grupo de países encontramos a Suiza donde el artículo 116 del Código penal alude explícitamente a la madre que mata a su hijo durante el parto o mientras sigue bajo los efectos del estado puerperal. A su vez, analizando el tipo penal italiano, dentro del artículo 578 del Código penal solamente se identifica una hipótesis del infanticidio, apuntando a aquella madre que ha cometido durante el parto o

inmediatamente después en condiciones de abandono material y moral de la mujer. Al igual que en Brasil y Perú es dable destacar estos países europeos como modelos de vanguardia al momento de tipificar el delito. En el segundo grupo de países encontramos a Francia y España, países que simplemente han optado por su derogación. Esto encuentra su justificación en cómo han ido evolucionando las repercusiones sociales que tiene la maternidad para una mujer; en la cual se elimina la causa del honor como atenuante y se considera que no hay lugar para la justificación de ocultar la deshonra que solía existir frente a la maternidad de una mujer soltera. En Francia existe una transformación en la penalidad del infanticidio que va desde la extrema criminalización del tipo, como ya lo señalamos anteriormente en los Códigos penales de 1971 y 1810, para luego pasar a una figura más privilegiada y en favor de aquella “madre infanticida” en el Código de 1901 hasta llegar al actual Código penal, el que no contempla esta figura penal de manera autónoma. En España, y siguiendo la misma línea francesa, en estos tiempos dar muerte a un recién nacido lleva consigo la pena del asesinato contemplada en el artículo 139 del Código Penal español.

Hoy en día, el móvil del honor no encuentra mayor sustento más que una tradición que ha perdurado en el tiempo. Es así como muchos países siguen contemplando al infanticidio como un delito *honoris causa*. Sin embargo, la tendencia actual es la supresión de este tipo legal, como también su modificación, entendiendo los diversos factores biológicos y sociales que llevan a una madre a cometer la acción de matar al recién nacido, dejando así de lado el honor como fundamento del ya nombrado tipo penal.

IV. Fundamento político y criminal de la figura y del privilegio

1. Infanticidio y su contexto político social

El ordenamiento jurídico debe ser un fiel reflejo del comportamiento de una sociedad, la legislación no puede quedar ajena a los nuevos comportamientos humanos. “Esto implica considerar necesariamente al derecho en relación a una realidad social no en un momento

específico, sino a esta en su desarrollo en el tiempo”²⁰. “El Derecho y el Derecho penal como una parte del derecho, no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico no hacia adentro, sino hacia fuera, abierto a los problemas y fines sociales”²¹.

La reforma del infanticidio como delito de penas atroces, que respondía a un fundamento moral y religioso determinante, surge con los pensadores del Iluminismo. De esta manera, se “produjo una secularización y racionalización del pensamiento penal”²². En esta dinámica, la reforma penal del infanticidio además de ser parte de este nuevo pensamiento penal es una respuesta a la tradición ascética que predominaba en aquel tiempo. Por tanto, “la separación de delito y pecado, la distinción entre Derecho y moral, el abstraer a la autoridad de los magistrados los vicios y el fuero interno de los individuos, en suma: la garantía de la libertad de conciencia”²³ es un cambio de paradigma de la tradición canónica, que “no veía en el infanticidio más que una añadidura criminal de homicidio al *crimen carnis*, y al dejar de ser este delito, claro es que caía por su base la agravación adicional”²⁴.

Teniendo en consideración que la mayoría de las legislaciones analizadas desde un contexto histórico, establecen el tipo penal del infanticidio como figura privilegiada, es que este capítulo tiene por objeto analizar las circunstancias sociales y los fundamentos políticos criminales que llevaron a la configuración de este tipo penal, y a las razones que nos han inclinado a cuestionarnos su legitimidad dentro de los diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, se debe entender que esta figura a lo largo de su historia se encuentra inmersa dentro de una realidad social marginal. Así, “desde el siglo XVI los penalistas criminalizaron a grupos no integrados de la sociedad, a colectivos marginales como

²⁰ Carrasco, E., “Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la “elasticidad de la ley””, en *Ius ete Praxis*, Thomson Ruthers, vol. VI, núm. I, 2017, pág. 555.

²¹ Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, 1972, pág. 10.

²² Guzmán, J., “El Iluminismo penal en la obra de Manuel Rivacoba”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. I, núm. XXVI, 2005, p. 56.

²³ Ídem, pág., 57.

²⁴ Quintano Ripollés, A., op. cit., pág. 485.

vagabundos o gitanos, a quienes se hacía responsable de los delitos. Ello hizo que en el caso del infanticidio fuesen mujeres pobres y solteras las acusadas de este crimen, sin que se procesase a casadas o a mujeres integradas socialmente, salvo en algunos casos”²⁵.

De este modo, se puede percatar la eminente división de clases en la sociedad, donde prácticas de “galanteo inmoral”²⁶ se llevan a cabo por parte de la nobleza y la burguesía en desmedro de mujeres pertenecientes a la clase campesina. Se trata de recurrentes abusos de poder que se disfrazan de supuestas relaciones consentidas entre sujetos de clase alta y mujeres de clase baja, donde la mujer era “efectivamente la víctima más indefensa de la seducción y predestinada para el infanticidio”²⁷. “Esta división de clases en la sociedad, nos permite comprender, que, en aquella época, aparezca como motivo principal del infanticidio, el temor a la vergüenza de la maternidad ilegítima. La maternidad ilegítima traía, además de la vergüenza y la deshonra, otros resultados muy reales y drásticos (...). Pero el temor a la vergüenza de un embarazo ilegítimo es aumentado por la legislación incomprensiva. La madre ilegítima que ha ocultado su preñez, y ocultamente ha dado a luz, era castigada por el hecho mismo de la preñez oculta; e incluso ya a causa del trato sexual ilegítimo estaba sometida a los castigos para las prostitutas”²⁸. Finalmente, estos castigos humillantes que buscaban erradicar conductas inmorales desencadenan la perpetración de la figura privilegiada, que hoy en día conocemos como infanticidio. Se está frente a un privilegio que se centra en resguardar el honor de aquellas mujeres y sus familias que se ven puestas en tela de juicio frente a estas situaciones.

No obstante, siguiendo la doctrina iluminista, si se contempla “la situación de la madre soltera frente a la entonces, implacable sociedad, hechizada de prejuicios, cuando no de culpas, puso de manifiesto la procedencia de atenuar, por lo menos en el sentido de evitar la punición capital, tradicionalmente reservada a las infanticidas”²⁹. Con esta concepción, el

²⁵ Rodríguez, A., “El infanticidio en la España Moderna: entre la realidad y el discurso jurídico y moral”, en *Tiempos Modernos*, vol. IX, núm. 36, 2018, pág. 282.

²⁶ Radbruch, G., Gwinner, “*Historia de la criminalidad Ensayo de una Criminología histórica*,” BOSCH, Barcelona, 1955, pág. 279.

²⁷ Ídem, pág. 280.

²⁸ Íbidem.

²⁹ Quintano Ripollés, A., op. cit., pág. 485.

tipo penal del infanticidio cambia. En efecto, si antes éste era una agravación adicional al homicidio, ahora se entiende no sólo como una atenuante de responsabilidad, sino como un tipo especial privilegiado, teniendo su propia regulación en las legislaciones europeas.

Finalmente, lo que comparte la mayoría de las legislaciones con respecto a la pena es que “se fue atenuando esa rigurosidad al tomarse en cuenta que en estos hechos se obraría generalmente para ocultar el posible deshonor que afectaría a la madre como resultado de una relación sexual clandestina”³⁰.

2. Sistemas penales de motivación de la figura del infanticidio

“No todos los códigos fundamentarán en idénticos argumentos el porqué de la atenuación, de manera tal que, en síntesis, se pueden establecer dos sistemas principales: aquel que establece el eje de la minoración penal en el citado móvil de encontrar la deshonra y el que prefiere apoyarse en las alteraciones psicológicas de la madre, fruto de su estado puerperal. El primero de ellos recibe el nombre de sistema latino, y el basado en las consideraciones fisiológicas fue bautizado como germánico”³¹.

En España, si bien no existe una clara documentación respecto del número de infanticidios que se cometían, es importante tener en cuenta que su comisión no se trataba de hechos aislados, sino que estaba considerado dentro de las causas de la mortalidad infantil de la época. Versa sobre la situación de criadas y doncellas que eran engañadas por algunos de sus amos y hombres de las casas en que trabajaban prestando servicios domésticos. Dado este contexto es que “el infanticidio se convierte en un remedio de situaciones desesperadas”³². Esta práctica no se consagra como delito hasta la aparición del primer Código penal de 1822, incluyéndose como un tipo especial, el cual tenía como móvil ocultar la deshonra de la madre, configurándose como un delito *honoris causa*. Por esta razón, los jueces al momento de sancionar este ilícito tenían en consideración la

³⁰ Garrido, M., *Derecho penal Parte especial*, Editorial Jurídica, Santiago, 4° eds., 2010, t. III, pág. 87.

³¹ Cortes, E., “Ante a derogación del artículo 410 del Código penal: especial valoración de la expresión típica ocultar la deshonra” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura de España, núm. 26, 2008, pág. 269.

³²Rodríguez, A., op. cit., pág. 283.

situación de vergüenza e indignidad que significaba para la madre y abuelos maternos el nacimiento de la criatura, otorgándoles un privilegio que se refleja en la disminución de la pena en comparación al parricidio. Con esto, queda demostrado que el fundamento del privilegio de la pena se encuentra arraigado en el honor, ya que si este mismo hecho era cometido en un niño de mayor edad era sancionado bajo la figura del parricidio. “En aquella época se consideraba que en este delito había una menor culpabilidad en los responsables, y, por tanto, el reproche de la muerte del niño quedaba disminuido por la protección de la honra que la había motivado”³³. “El concepto honra está tomado en un sentido de honestidad sexual de la madre, es decir, se trata de una extensión del honor respecto a la publicidad de un nacimiento producto de relaciones sexuales no aceptadas desde una perspectiva religioso-social”³⁴. El Código penal español de 1848 no hizo más que corroborar la concepción *honoris causa* que fundamentaba al infanticidio en aquella época, configurando este delito como un tipo especial privilegiado. Si bien, se efectuaron cambios en la redacción del delito en aquel año, tales como: “expandir el privilegio a los abuelos maternos, suprimir la referencia al estado civil de la madre y ampliar el plazo para la observancia del delito, pasando de veinticuatro a cuarenta y ocho horas”³⁵. En lo que respecta al honor, lo único que hace es configurarlo definitivamente como móvil del infanticidio, siendo este fundamento el que se mantendrá hasta la derogación del tipo penal en el año 1995.

Se demuestra que el movimiento iluminista, que tiene su auge en el siglo XVIII y que busca la protección de la mujer infanticida, de su honor y de la sanción social, son la base del llamado sistema latino de motivación “que atiende para caracterizar al infanticidio al móvil del ocultamiento de la deshonra”³⁶. Se trata del sistema más antiguo que toma en consideración un factor psicológico; de un motivo determinado al que se le atribuye una menor gravedad, que incluso se puede considerar justificado atendiendo a la valoración y moralidad en materia sexual de la época. Respecto a esto, es importante señalar que, más que un sistema latino, estamos frente a un sistema español, toda vez que Francia e Italia no

³³ Garrido Montt, M., op. cit., pág. 89.

³⁴ Bustos, J., *Manual de Derecho penal* Parte Especial, 2º edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, Barcelona, 2º ed., 1991, pág. 33.

³⁵ Cortes, E., op. cit., pág. 265.

³⁶ Quintano Ripollés, A., op. cit., pág. 477.

recogen explícitamente al honor como fundamento político criminal de este delito. En Italia se prefiere utilizar el término “prole ilegítima” antes que referirse al honor. Así, el Código toscano y el Código sardo recogen la ilegitimidad de los hijos, sin mencionar explícitamente al honor, lo que llevó a la crítica de grandes doctrinarios del Derecho penal italiano como Carrara. A raíz de lo cual “en el Código de Zanardelli, el infanticidio se prevé como una circunstancia atenuante, fundada sobre la única causa del honor, pero también se extiende a ciertos familiares (marido, padre, padre también adoptivo, hermano), a diferencia de los códigos sardos y toscanos que reservaban la pena sólo a la madre”³⁷. En este mismo lineamiento, Italia en el artículo 578 del Código de Rocco se desmarca del modelo español, el cual mantiene el móvil del honor, pero de igual forma se ve restringido por una nueva condición, “al requerir la muerte del recién nacido *immediatamente dopo il parto*; pero lo ha extendido a actividades previas lindantes por lo menos con el aborto, al referirse a sí mismo a la *del feto durante il parto*, dando entrada a lo que la doctrina se acostumbra a llamar feticidio”³⁸.

Entendiendo este modelo, se puede incluir dentro del sistema latino aquellos Códigos que, aunque no contengan explícitamente al honor, hagan referencia a otras circunstancias como la ilegitimidad del embarazo, relación o nacimiento. Pues bien “pudieran incluirse en el grupo del sistema latino los muchos Códigos que, como el austriaco y el alemán no mencionan el ocultamiento de la deshonra, pero sí el de ilegitimidad del nacimiento, que prácticamente le equivale (...) pero la interpretación jurisprudencial suele ir más allá de la letra, y posiblemente del espíritu de las leyes, acogiendo otras situaciones anímicas extrañas a las de la honra”³⁹. Aunque el sistema latino sigue existiendo hasta el día de hoy, su fundamentación es considerada cada vez más arcaica. Hoy en día, la tendencia actual es hacia la modificación de este tipo penal, para que su móvil se centre en fundamentos más modernos y acorde con los nuevos requisitos sociales. Un ejemplo es el caso de Italia, en que antiguamente el tipo penal se podía enmarcar dentro del sistema de motivación latino, pero la redacción actual se aleja de su antigua causal, poniendo “fin a la importancia criminal de la causa de honor, cada vez más anacrónica en su sobrevaloración del honor

³⁷ Mantovani, F., *Diritto Penale* Delitti contro la persona. Cedam, Padova, 1995, pág. 165.

³⁸ Quintano Ripollés, A., op. cit., pág. 478.

³⁹ *Íbidem*.

sexual y familiar y la consagración del privilegio del hombre sobre la esposa y otros miembros de la familia”⁴⁰. Finalmente, otros autores españoles de la época consideraban que “este delito no tenía sustento y que su única explicación se encontraría en un fundamento social-ético-religioso relacionado con la honra que deriva de aquella sociedad jerarquizada del pasado, lo cual no sería suficiente para una protección penal de tal tipo, lo que terminó con su derogación en el Código penal de 1995”⁴¹.

Por otro lado, en Francia se encuentra un sistema diferente, el del código Napoleónico donde la tradición infanticida fue sumamente severa y objetiva; toda vez que no menciona ningún móvil expreso al referirse a este delito, ni respecto al honor propiamente tal, ni a la ilegitimidad del embarazo, haciendo mención solamente a la condición de recién nacido del sujeto pasivo del tipo penal. Simplemente se tipificó este delito como un homicidio privilegiado sin contemplar mayores exigencias de motivación ni calidades especiales respecto del sujeto activo. Si bien este modelo objetivo no tuvo mayor cabida en Europa, fue el que finalmente implementó la legislación chilena al momento de tipificar el infanticidio, toda vez que el artículo 394 de nuestro Código penal no hace referencia a ninguna circunstancia más que a la descripción de la víctima en este delito.

Bastante tiempo después del apogeo del sistema latino, los factores biológicos que afectan a la madre producto del embarazo comenzaron a ser predominantes al momento de fundamentar las motivaciones del infanticidio. En este tercer sistema se desplaza el argumento emocional y social del honor a un tenor más psicológico, logrando la ciencia médica predominar en aquel sistema de motivación llamado germánico. Es menester señalar que se está frente a un sistema que ya no tiene sustento en una consideración psicológica, sino que encuentra su fundamento en procesos fisiológicos de la madre que comete el infanticidio. Considera las alteraciones que ocurren en la mujer producto de dar a luz y el periodo puerperal, aquel efecto producto del alumbramiento que implica trastornos psicológicos e incluso estados de inimputabilidad para la mujer. “Este tipo restringe de modo exclusivo a la madre, por ser, naturalmente, la parturienta susceptible de sufrir tales

⁴⁰ Mantovani F., op. cit., pág. 164.

⁴¹ Bustos, J., op. cit., cfr., pág. 32.

trastornos, impidiendo extensiones; como la española, a los abuelos maternos, y la italiana, a los parientes y extraños. Por lo que el tipo germánico y sus afines reducen el elemento personal exclusivamente a la madre”⁴². Es importante destacar que este modelo germánico no corresponde a Alemania, sino que “tiene como fuente histórica el Anteproyecto del Código Penal Suizo de 1916, y 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”⁴³. Siendo una denominación más exacta para este sistema, el término de “sistema helvético”.

Respecto a Alemania, con mucha prudencia, quizás podría incluirse dentro del sistema germánico. Toda vez que antes de la derogación del artículo 217 de su Código penal que contemplaba el infanticidio solo mencionaba “la condición de ilegitimidad, más afín a la motivación de la honra que a la de trastornos biológicos”⁴⁴. Sin embargo, la doctrina tendía a disminuir el móvil de la honra, en favor a las alteraciones puerperales que se pueden dar en un embarazo y relación ilegítima, llegando a situar argumentos de motivación económica, los cuales excluyen al honor como fundamento principal del tipo.

3. Tendencias actuales de los sistemas penales de motivación en el derecho comparado

Luego de haber analizado los diferentes sistemas de motivación que han fundamentado el tipo penal del infanticidio, se situarán las diferentes legislaciones del Derecho comparado dentro de los mencionados sistemas. De esta manera se pretende lograr, entonces, una perspectiva de cuáles fueron las tendencias que justificaron política y criminalmente este delito, y determinar si se han mantenido dichos lineamientos hasta hoy o cuáles han sido sus modificaciones.

⁴² Ídem, pág., 33.

⁴³ Soto, S., “Infanticidio” en *Revista Pensamiento Penal*, agosto 2014, pág.7.

⁴⁴ Quintano Ripollés, A., op. cit., págs. 479-480.

En primer lugar, el sistema de Alemania, como se señaló anteriormente, se podría considerar latino en virtud de la alusión que hacía a la condición de ilegitimidad, pero finalmente, producto de corrientes doctrinales, se excluye el honor como fundamento y pasa a ser considerado dentro del sistema germánico. De igual manera, encontramos a Suiza; país considerado como la legislación base del sistema germánico, o mejor llamado sistema helvético, que en su artículo 116 vigente al día de hoy, alude de manera explícita a los efectos del estado puerperal. A la vez, dentro de este mismo sistema podemos situar a países iberoamericanos, entre ellos a Brasil, que en su artículo 123 del Código penal, contempla el infanticidio a propósito de la mujer que mata bajo influencia del estado puerperal al momento del parto o inmediatamente después, demostrando su interés en las falencias fisiológicas de la mujer. De la misma manera, situamos a Perú, que en el artículo 110 del Código penal, hace un tratamiento diferenciado del infanticidio centrándose en el estado mental de la mujer “ya que, al tratarse de un cuadro psicológico, incide en el juicio de culpabilidad que sin significar una completa alteración de la conciencia, determina un reproche disminuido de imputación individual (...) la expresión estado puerperal no es empleada por la ley en un sentido de una alteración patológica de las facultades mentales”⁴⁵.

En segundo lugar, encontramos al sistema latino dentro del cual ubicamos a España, legislación que recogió explícitamente el móvil del honor, el cual se mantuvo en el transcurso del tiempo hasta su derogación en el año 1995. Actualmente se sanciona la comisión de este hecho como parricidio.

Es importante tener presente que hoy en día no es común encontrar legislaciones que mantengan de manera explícita el móvil del honor. Toda vez que se entiende que este modelo se encuentra cada vez más desactualizado en relación a la realidad social europea como iberoamericana. De esta manera, países, tales como Ecuador, el que contemplaba el móvil del honor como fundamento político criminal del tipo del infanticidio, han optado

⁴⁵ Pérez, J., “El delito infanticidio en el Código penal peruano” en *Derecho y Cambio Social*, núm. 30, 2012, pág. 8.

por su derogación. Así, el año 2014 entra en vigencia el Código penal integral, que elimina directamente el tipo del infanticidio. En esta misma dinámica nos encontramos con Argentina, país que también ha derogado el infanticidio. Respecto de Argentina es importante mencionar que el antiguo artículo 81 del Código penal no sólo se refería al ocultamiento de la deshonra de la madre, sino también al estado puerperal de ésta, siendo así una redacción que incorpora ambos sistemas de motivación, expandiendo de cierta manera su ámbito de aplicación.

Por otro lado, y como contraste con la tendencia de derogar el tipo penal del infanticidio, nos encontramos con legislaciones como la boliviana, la cual en el artículo 258 del Código penal, no sólo mantiene como fundamento político criminal la deshonra de la madre, sino que lo explicita en la redacción del tipo, considerándose como una redacción arcaica y desactualizada.

Respecto a Italia, hay que tener presente que en sus comienzos se encontraba sumamente demarcado por un sistema latino, ya que hacía alusión tanto a los nacimientos y relaciones ilegítimas como al móvil del honor propiamente tal. Hoy en día, en el actual Código penal italiano, en el artículo 578, encontramos con una figura bastante única y que se diferencia del ya mencionado sistema latino. Este tipo penal, que parece ser la opción más indicada, hace alusión a las condiciones sociales en las que se encuentra inmersa aquella mujer que comete el acto delictivo. De esta manera, el cuerpo legislativo italiano utiliza los términos de abandono moral y material relacionados con el parto, siendo esta la única causal contemplada para optar a un tratamiento más benigno frente al hecho de dar muerte a un recién nacido. Resulta interesante destacar la trascendencia de diversos hitos en la historia del infanticidio dentro de Italia. En un primer momento este país se destacó por la corriente del Iluminismo que se caracterizaba por buscar el privilegio de la figura del infanticidio abogando por la situación de la mujer infanticida. Hoy en día lo destacamos por considerarlo un tipo penal “de redacción moderna”, adaptado a un contexto político criminal actual por su especial consideración del abandono social y material relacionados con el parto.

Francia, país que en un comienzo se caracterizó por penas severas, pero que en la regulación del infanticidio no hizo alusión alguna al móvil del honor, tampoco apunta a la

ilegitimidad en las relaciones o embarazos, simplemente hace referencia al recién nacido. Contemplando un sistema penal de motivación objetivo, sin exigir mayores requisitos que un tiempo determinado de vida.

Respecto a nuestro país, se puede evidenciar a través de la historia que evidentemente existe un trasfondo latino en su motivación, dado que nuestro Código penal sigue el modelo español de 1848, el que explicita el ocultamiento de la deshonra como justificación del privilegio. Pero, finalmente, la redacción del artículo 394 deja de manifiesto una objetividad propia del sistema objetivo francés, ya que no se hace referencia explícita al honor, sino que, solamente describe un modo de actuar donde el privilegio se da por los requisitos que se establecen en el tipo penal.

En virtud del análisis comparativo anterior, y atendiendo a la especial situación de los países que han optado por la supresión del infanticidio, terminando con el privilegio de esta figura, nos cuestionamos si es racional o no aplicar la pena de un parricidio o de un homicidio calificado –atendiendo a la legislación particular de cada país-. Puesto que cuando se trata de delitos de tal envergadura éstos no solamente implican una respuesta punitiva de parte del Estado, sino que además traen aparejada una evidente condena social. Este rechazo social no es propio del infanticidio, en razón de que actualmente se tiene conciencia de las alteraciones biológicas, psicológicas y fisiológicas que afectan a toda mujer púérpera. Sin perjuicio que además existen factores y circunstancias sociales, entre ellas la situación de abandono contemplada en el Código penal italiano, que inciden en el razonamiento de aquellas mujeres que cometen este delito. De manera tal que, al suprimir el delito de infanticidio de las legislaciones, se estaría sancionando de manera desproporcionada la circunstancia particular de mujeres infanticidas.

4. Particularidades del fundamento político criminal del infanticidio y su reflejo en la población chilena

En Chile, la redacción del artículo 394 del Código penal no tiene mayor justificación en el contexto actual. Dicha norma prescribe lo siguiente: “*Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro*

de las 48 horas después del parto matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio". Se entiende que es un tipo penal netamente objetivo con base en el antiguo sistema francés. Se trata de una fórmula que nos obliga a pensar que el menor desvalor de la conducta atiende a la corta vida del recién nacido.

Parece ser que este tipo penal atiende a una tradición histórica, puesto que tampoco responde al fundamento jurídico que a través de la historia se le ha reconocido, "que consiste en el hecho de que la madre al dar a luz a la criatura sufre -a veces- trastornos psíquicos a consecuencia de la fiebre puerperal (factor endógeno), y porque con posterioridad tendrá que enfrentar, asimismo, la presión (subjetiva) de que será víctima por su deshonra en el medio social (factor exógeno)"⁴⁶. Así "la extravagante previsión de nuestro Código no refleja el sentido de esta tendencia legislativa, lo que hace difícil encontrar un fundamento racional para esta figura. En efecto, el motivo del honor no es uno de sus elementos y el hecho de abarcar al padre y otros parientes excluye la influencia del estado puerperal como su razón de ser. La única manera de explicarse tan curiosa figura es atender a las vicisitudes de la historia de su establecimiento"⁴⁷. En un comienzo la intención de la Comisión Redactora tenía por objeto incluir este tipo privilegiado, con el afán de resguardar el honor de la madre, lo cual no fue ajeno a críticas puesto que se consideró que se estaba contraponiendo el bien jurídico vida en contra del honor, teniendo este último mayor importancia. Esto debido a que el principal modelo que se sigue por parte de Chile era precisamente, el Código penal español. Si bien nuestro cuerpo legislativo no tipificó el delito de la misma manera que España y no alude de manera específica al honor, no podemos ignorar que este componente forma parte su esencia. "El legislador nacional adoptó una posición diferente, que lo llevó a eliminar el móvil del honor y a ampliar la gama de los posibles responsables al padre y a los demás ascendientes, porque estimó que "a todos ellos alcanzan las consideraciones que hacen del infanticidio un delito especial"⁴⁸.

⁴⁶ Garrido Montt, M., op. cit., pág. 88.

⁴⁷ Politoff, S., Grisolia, F., Bustos, J., *Derecho penal chileno Parte especial*. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Editorial Jurídica Congreso Ltda, Santiago, 2ºed., 2006, pág. 149.

⁴⁸ Garrido Montt, M., op. cit., pág. 89.

A continuación, se analizarán los datos retraídos de los informes de justicia elaborados por el Instituto Nacional de Estadísticas de nuestro país entre los años 2008 y 2016. Para efectos de este estudio se considerará la cantidad de causas ingresadas y terminadas por año en los tribunales de justicia, y en particular, los números referentes al infanticidio. Este informe distingue entre causas ingresadas y terminadas en distintos juzgados con competencia penal y dentro de ello, se clasifica entre causas ingresadas y terminadas con sistema digital, sin sistema digital, y aquellas ingresadas bajo el sistema antiguo.

En el año 2008 dentro de los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal con sistema digitalizado para ingreso y seguimiento de causas, ingresaron un total de 835.061 causas, de las cuales 19 corresponden al delito de infanticidio. Hubo un total de 521.766 causas terminadas, dentro de las cuales 19 fueron infanticidios. De las causas ingresadas en los Juzgados de Garantías y terminadas en Juzgados de Letras sin sistema digitalizado, hay un total de 46.946 causas ingresadas y cinco de ellas corresponden al tipo penal del infanticidio. Terminaron 50.004 causas, dentro de las cuales el infanticidio ocupa cuatro lugares. Finalmente, en relación a las causas criminales ingresadas y terminadas bajo el sistema antiguo, 3.857 corresponden a las causas ingresadas, de las cuales una causa es infanticidio. Y de las 12.882 causas terminadas hay tres infanticidios. Durante el año 2009, de las causas ingresadas y terminadas en Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal con sistema digitalizado, existe un total de 604.495 causas ingresadas y 14 de ellas corresponden a infanticidio. Hubo un total de 661.503 causas terminadas, 11 versan sobre infanticidio. De las causas ingresadas en los Juzgados de Garantías y terminadas en Juzgados de Letras sin sistema digitalizado, ingresaron 47.651 causas y dentro de ellas cuatro corresponden a infanticidio. De las 46.784 causas terminadas tres fueron infanticidios. Respecto de las causas criminales ingresadas y terminadas bajo el sistema antiguo, hay un ingreso de 2.559 causas y dos de ellas por infanticidio. Finalmente, dentro de las 7.677 causas terminadas no existe ninguna relativa al infanticidio. En el año 2010 hubo 559.338 causas ingresadas con sistema digitalizado en los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, dentro de ellas hay ocho causas por infanticidio. Y del total de 658.912 de causas terminadas, 15 de ellas corresponden al delito de

infanticidio. De las causas ingresadas en los Juzgados de Garantías y terminadas en Juzgados de Letras sin sistema digitalizado, hay sólo una causa dentro de las 46.840 ingresadas que corresponde al delito de infanticidio. Y dentro de las 46.180 causas terminadas, dos fueron infanticidio. En relación a las causas criminales ingresadas y terminadas bajo el sistema antiguo, dentro de las 1.873 causas ingresadas, y de las 7.224 causas terminadas, ninguna corresponde al delito de infanticidio. No hay datos correspondientes al año 2011.

En el año 2012 ya no existen causas que ingresen por la vía de los Juzgados de Garantía y que terminen en los Juzgados de Letra sin sistema digitalizado. Entre las causas ingresadas y terminadas en Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal con sistema digitalizado, se establece que hubo un ingreso total de 636.660 causas, de las cuales 13 corresponden al delito de infanticidio. Y de las 741.427 causas terminadas 14 de ellas son infanticidios. Por último, hubo un total de 2.940 causas ingresadas bajo el sistema antiguo, de las cuales no hay ninguna por delito de infanticidio. Y dentro de las 7.267 causas terminadas bajo este sistema solamente una de ellas corresponde al tipo penal del infanticidio.

A partir del año 2013 hasta la fecha, no existe distinción entre las vías de ingreso y terminación de las causas, entendiendo que, por regla general las causas ingresan en los Juzgados de Garantía y terminan en los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, ambos con sistema digitalizado. Durante ese año ingresaron 632.315 causas de las cuales 12 de ellas corresponden al tipo penal de infanticidio. Y de las 738.650 causas terminadas, siete de ellas son por delito de infanticidio. Durante el año 2014 ingresaron 647.693 causas, de las cuales nueve fueron por infanticidio. Y hubo un total de 843.312 causas terminadas, dentro de ellas 13 causas corresponden al delito de infanticidio. En el transcurso del año 2015 ingresaron 637.851 causas, dentro de las cuales 10 se tratan del tipo penal infanticidio. Y de las 731.479 causas terminadas, 11 de ellas versan al delito de infanticidio. Por último, en el año 2016 se registra un total de 638.773 causas ingresadas, dentro de ellas siete se refieren al tipo penal del infanticidio. Y hubo un total de 721.923 causas terminadas, de las cuales cuatro de ellas corresponden al delito de infanticidio.

Teniendo en consideración, que existen diversas vías de ingreso al sistema judicial, se examinarán los datos proporcionados en los informes anuales entregados por Carabineros de Chile al Instituto Nacional de Estadísticas del país. Información a partir de la cual se puede establecer la cantidad de aprehendidos por delitos cometidos contra la persona -dentro los cuales se encuentra el infanticidio- entre los años 2008 y el 2016. Este estudio distingue dentro de los aprehendidos entre delitos cometidos por hombres y mujeres, y además detalla cuántos de esos delitos configuran el tipo penal del infanticidio.

En el año 2008 se aprehendió a un total de 55.967 personas por delitos contra la persona, dentro de ellos 7.768 fueron ejecutados por mujeres, lo que corresponde a un 13,880% y 48.199 por hombres, es decir un 86,120%. Del total de los aprehendidos por delitos contra las personas sólo cuatro de ellos corresponden al delito de infanticidio. Dentro de éstos, tres fueron llevados a cabo por mujeres y sólo uno por un hombre. Dos de estos infanticidios tuvieron lugar en la Región Metropolitana y los otros dos en la Región de Valparaíso. En el año 2009 hubo un total de 74.479 aprehendidos por delitos contra la persona, 10.295 fueron ejecutados por mujeres, siendo esto un 13,823% y 64.479 por hombres correspondientes al 86,573%. Al igual que en el año anterior, hubo cuatro infanticidios cometidos todos por mujeres entre la Región de Valparaíso hasta el sur de nuestro país. Uno tuvo lugar en Valparaíso, otros dos fueron cometidos en la Región del Maule y el último fue en la Región de la Araucanía. Durante el año 2010 hubo un total de 84.672 aprehendidos por delitos contra la persona, 14.654 llevados a cabo por mujeres, correspondientes al 17,307% del total y 70.018 por hombres, es decir un 82,693%. Dentro del total de delitos, cinco de ellos corresponden al delito de infanticidio. De igual forma que el año anterior, estos delitos fueron cometidos de manera exclusiva por mujeres, tres de ellos ocurrieron en la Región Metropolitana, uno en la Región de Valparaíso y otro en la Región de Los Lagos. En el año 2011 se registran un total de 84.672 aprehendidos por delitos contra la persona, entre los cuales ninguno de ellos corresponde al delito de infanticidio. En el año 2012 hubo un total de 83.404 aprehendidos por delitos contra la persona dentro de los cuales 15.223 fueron ejecutados por personas de género femenino, siendo este un 17,921%, y 65.221 por personas de género masculino, correspondientes al 78,470% de los delitos cometidos. En tal cifra encontramos cuatro infanticidios cometidos

todos por mujeres, tres en la Región Metropolitana y uno en la Región de Los Lagos. En el año 2013 se aprehendieron a 83.116 personas por delitos contra la persona, en los cuales encontramos a la mujer como sujeto activo en 15.223 delitos, correspondientes al 17,921% y en 65.221 delitos el hombre actuó como sujeto activo, es decir, en un 78,470% de los casos. Del total de los aprehendidos por delitos contra la persona, cuatro de ellos son infanticidios perpetrados todos por mujeres. Un infanticidio tuvo lugar en la Región Metropolitana, otro en la Región del Biobío y dos en la Región de la Araucanía. Durante el año 2014 se registra un total de 73.680 aprehendidos por delitos contra la persona, de los cuales 13.497 fueron ejecutados por mujeres, constituyendo un 18,787% del total y el 81,213% fueron cometidos por hombres, es decir 60.183 delitos. En éstos sólo dos delitos corresponden al delito de infanticidio, los cuales fueron ejecutados de manera excluyente por mujeres. Uno de ellos en la Región de Antofagasta, dato que resulta interesante destacar puesto que se trata del primer caso ocurrido dentro de la zona norte desde el año 2008. Y el otro infanticidio como ya es común notar, tuvo lugar en la Región de la Araucanía. Finalmente, en el año 2015 se registran 69.840 aprehendidos por delitos contra la persona, 13.121 de ellos fueron cometidos por mujeres constituyendo el 18,787% y 56.719 de los delitos fueron ejecutados por hombres correspondiendo al 81,213%. En este año solamente se registra un caso de infanticidio ocurrido en la Región del Biobío.

Respecto a los años posteriores no es posible extraer cifras exactas y particulares relativas al infanticidio, dado que se produjo un cambio en la metodología de los informes entregados por Carabineros de Chile. Actualmente dentro de las cifras no distinguen entre homicidio, parricidio e infanticidio, agrupando y considerando a todos estos delitos de manera conjunta.

Examinando los datos proporcionados por Carabineros de Chile y por el Instituto Nacional de Estadísticas podemos concluir que en promedio el 16,89% de aprehendidos por delitos contra la persona en Chile durante los años 2008 al 2016 son atribuidos al género femenino, mientras que el 83,11% son imputables al género opuesto. De estos delitos sólo el 0,00456% son infanticidios, de los cuales un 95% son cometidos por mujeres. En el

gráfico número 1 se ilustra la cantidad de aprehendidos por el delito de infanticidio por año de manera visual.

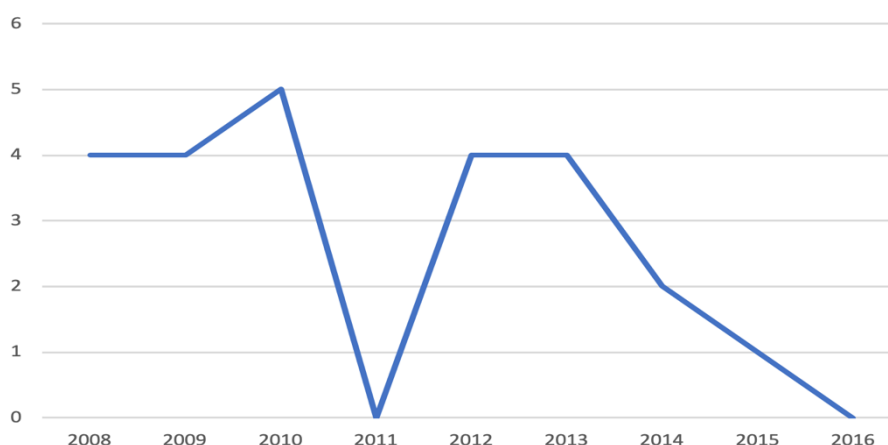


Gráfico 1: Cantidad de aprehendidos por el delito de infanticidio en Chile entre los años 2008 y 2016 (elaboración propia, 2018)

En relación al análisis por regiones, podemos ver que durante el periodo de los años 2008 y 2016 solamente se aprehendieron personas por el delito de infanticidio infanticidios en las siguientes regiones: Antofagasta, Valparaíso, Metropolitana, Maule, Biobío, Araucanía, y Los Lagos. Por razones prácticas de análisis culturales, de rubro económico y densidad de población, en adelante nos referiremos a estas últimas cuatro regiones como integrantes de la zona sur; a la región de Valparaíso y Metropolitana como zona centro; y la región de Antofagasta como zona norte.

A su vez, para continuar con este análisis se utilizarán los datos de la población total estimada al día 30 de junio del año 2015, dividida entre áreas urbanas y rurales, según las regiones estimadas en base al CENSO del año 2002, relativo a la actualización de proyecciones y estimaciones de población por sexo y edad, 2002-2020, recabadas por el Instituto Nacional de Estadísticas. Información representada en la siguiente tabla N°1:

REGIÓN	Población estimada al 30 de junio/1		
	Total	Área	
		Urbana	Rural
TOTAL	18.006.407	15.729.803	2.276.604
Arica y Parinacota	239.126	223.630	15.496
Tarapacá	336.769	322.133	14.636
Antofagasta	622.640	609.380	13.260
Atacama	312.486	287.448	25.038
Coquimbo	771.085	622.218	148.867
Valparaíso	1.825.757	1.675.701	150.056
Metropolitana	7.314.176	7.092.988	221.188
O'Higgins	918.751	659.675	259.076
Maule	1.042.989	708.228	334.761
Biobío	2.114.286	1.744.051	370.235
La Araucanía	989.798	676.429	313.369
Los Ríos	404.432	278.957	125.475
Los Lagos	841.123	587.646	253.477
Aysén	108.328	88.518	19.810
Magallanes	164.661	152.801	11.860

Tabla 1: Población urbana y rural en Chile estimada al año 2015 (INE, 2015).

En virtud de lo anterior y de los datos proporcionados por Carabineros de Chile según la cantidad de aprehendidos a título de infanticidas, podemos establecer el promedio de los infanticidios cometidos en cada zona del país:

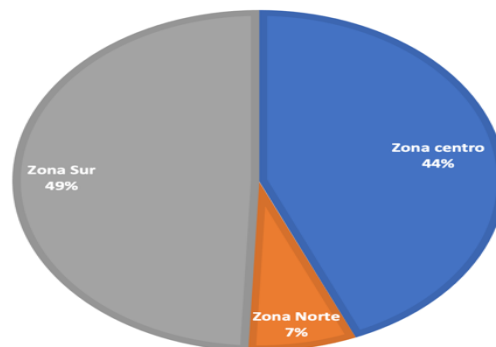


Gráfico 2: Porcentajes promedios de infanticidios cometidos por zona (elaboración propia, 2018)

Según lo observado la zona norte es el territorio donde menos infanticidios se cometen. En cambio, la zona centro del país, al año 2015, concentra una población de 9.139.933, representando un poco más del 50% del total de la demografía del país; dentro de ese porcentaje, el 95,93% de las personas vive en zona urbana. Por ende, simplemente aludiendo a un tema de probabilidades, resulta lógico que la zona centro sea la segunda zona en donde más se cometen infanticidios, puesto a que analizando la información

proporcionada por la tabla N°1 prácticamente la mitad de Chile se encuentra entre estas regiones. Por otro lado, se visualiza que en la zona sur es donde se cometen la mayor cantidad de infanticidios. Este punto es de suma importancia teniendo en consideración que solamente dentro de esta zona se concentra el 55,86% de la población rural de Chile. En definitiva, se puede establecer que al hablar de infanticidio estamos frente a un delito rural. Respecto al último dato analizado, se puede hacer un contraste con la situación de la zona norte de nuestro país, donde los últimos ocho años solamente se cometió un infanticidio.

Si bien, hoy en día, la existencia del tipo penal del infanticidio como figura privilegiada cuenta con un fundamento social, político y criminal que lo sustente, no es el mismo que dio vida a esta figura al momento de su redacción. “Tal vez el honor, en su sentido más arcaico, no sea la razón que justifica su penalidad diferenciada, sí es claro que lo que hay detrás es una consideración de la maternidad como proceso que tiene un impacto en la vida de la mujer, que implica una intervención en el desarrollo de su plan de vida y que, en definitiva, da cuenta de un problema de fondo de carácter social”⁴⁹. Situación que se refleja en un estudio realizado por la Defensoría Penal Pública de nuestro país el año 2010. Esta investigación señala que el 65,2% de las imputadas por el crimen de infanticidio defendidas por la institución son mujeres solteras, sin pareja estable que llevan relaciones esporádicas. Por otro lado, en un 73,9% de los casos, las infanticidas dieron a luz a las criaturas en sus casas, solas y a escondidas. Dada esta situación, es que el 93,3% de los casos las perpetradoras del hecho son las madres, considerando el *modus operandi* intempestivo de este delito⁵⁰. Evidentemente, se refleja que el honor pierde protagonismo dentro del delito, encontrándonos frente a la situación de la maternidad como una condición que afecta radicalmente en todo el desarrollo de una mujer, reflejándose en este una falencia en las condiciones sociales pertenecientes a este grupo humano.

Indudablemente el tipo penal del infanticidio se trata de un delito aislado y poco común en comparación a los demás ilícitos cometidos contra la persona. Independiente de las bajas cifras que actualmente existen, ello no significa que se trate de un hecho ajeno

⁴⁹ Castillo, A., *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*, 2010, pág. 13. (Obra inédita).

⁵⁰ *Ibidem*.

para nuestra sociedad. De manera tal, que se puede apreciar cómo la ejecución de este delito tiene un vínculo directo con los niveles sociales en donde se comete.

En virtud de la cantidad de aprehendidos por Carabineros de Chile durante los años 2008 y 2016, se evidencia una estrecha relación entre el lugar en donde se concentra la mayor cantidad de la población rural chilena y el número de infanticidios cometidos en tal zona. Es preciso destacar que dicha información demuestra que estamos frente a un delito sociológicamente rural y rudimentario, en que no nos encontramos ante una mujer previsora e ilustrada, sino que todo lo contrario, es una mujer pasiva y menos preparada. Por ello, no podemos dejar desamparado aquel reducido, pero existente grupo de mujeres infanticidas. Al suprimir este delito lo único que se estaría logrando es que el infanticidio se transforme desde una figura privilegiada del homicidio a una figura agravada de éste. Creemos que el escaso número de infanticidios cometidos a lo largo de los años en comparación al resto de los delitos no es razón suficiente para eliminar esta figura, ya que no parece justo castigar a estas mujeres, afectadas psicológica y fisiológicamente, producto del alumbramiento a título de homicidas o parricidas. Con la supresión, indiscutiblemente se estaría atentando contra los principales postulados del Derecho penal, en virtud que se trataría de una pena desproporcionada frente las circunstancias en que el delito fue cometido, por lo que la pena perdería su finalidad no adecuándose a la gravedad del injusto.

V. Derecho penal chileno y su reforma sobre el particular

1. Anteproyectos del Código penal y propuestas de reformas del infanticidio

Se realizará un análisis comparativo entre los últimos Anteproyectos de Código penal de los años 2013, 2015 y 2018. El anteproyecto de Código penal del año 2013 fue elaborado bajo el Gobierno del Presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique, el cual está compuesto por dos libros. Uno contempla las reglas generales sobre la ley penal, el delito, las penas, las consecuencias de la pena y medidas de seguridad. Mientras que el libro segundo contempla las reglas particulares sobre los delitos y sus penas. El delito de infanticidio se encuentra consagrado en el artículo 219 del anteproyecto de Código penal, que se ubica en el libro II, título I denominado “Delitos contra la vida y la salud” párrafo I,

que lleva por nombre “Homicidio”. Artículo 219 infanticidio: *“la mujer que matare a su hijo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al parto será sancionada con prisión de 5 a 12 años. El pariente del recién nacido que indujere a la mujer a cometer infanticidio será sancionado conforme a los artículos precedentes”*. En primer lugar, podemos notar que el infanticidio está regulado dentro del homicidio, y no en un párrafo autónomo, como ocurre hoy en día. Por otro lado, su redacción también sufre cambios importantes, toda vez que los sujetos activos se ven reducidos solamente a la mujer que matare al recién nacido, eliminando al padre y los demás ascendientes legítimo e ilegítimos como sujetos activos. Además, hay una reducción en la pena, pasando de 5 a 15 años de presidio de una pena pasando a otra que va desde los 5 a los 12 años. En otro orden de ideas, el artículo 219 del anteproyecto incluye una nueva hipótesis que no se encuentra contemplada en el actual artículo 394 del actual Código penal. En esta se incluye la situación del pariente del recién nacido que indujere a la mujer a cometer infanticidio quien será sancionado con conforme a los artículos precedentes.

No obstante, el infanticidio sigue consagrado como un tipo penal objetivo, el cual no requiere de ninguna circunstancia especial para el cometimiento del delito más que la perpetración dentro de las 48 horas de vida del infante, y ser la madre o padre o ascendiente del recién nacido, queda de manifiesto la intención del legislador de modernizar el infanticidio, siendo el mejor ejemplo de esto la exclusión de los demás sujetos activos que componen la redacción original de éste, quedando reducido de manera exclusiva a la madre de la criatura.

El Anteproyecto del año 2015 fue elaborado bajo el Gobierno de la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria. Al igual que el anteproyecto del año 2013, consta con dos libros, el primero denominado “Las penas y las consecuencias a la pena y medidas de seguridad”, y el segundo denominado como “Las reglas particulares sobre los delitos y sus penas”. En este caso, el Anteproyecto no contempla el delito del infanticidio. De manera tal que, al suprimir este tipo penal los sujetos activos del delito dejan de estar amparados por el privilegio del infanticidio, quienes serán juzgados y condenados a título de parricidio. Este último delito tiene contemplada una pena bastante más gravosa que la establecida para el

infanticidio. El anteproyecto del Código penal del año 2018, elaborado en el segundo mandato del gobierno del presidente de la República Sebastián Piñera Echeñique. Éste viene a profundizar y complementar los anteproyectos anteriores, siguiendo la misma estructura legal ya mencionada. Así las cosas, nuevamente no encontramos regulada la figura del infanticidio en el proyecto, siguiendo una de las tendencias del Derecho comparado, suprimiéndolo por ser considerado un delito arcaico.

No obstante que en los últimos dos anteproyectos encontramos la supresión del infanticidio, cabe tener presente la opinión del profesor Antonio Bascuñán, comisionado en la revisión del anteproyecto de ley del Código penal 2018, quien señala que: “el trato privilegiado de la mujer parturienta es indispensable. La razón es doble. En primer lugar, es un hecho conocido que el parto puede desestabilizar emocionalmente a la mujer. Desde este punto de vista, la regla presume de derecho la concurrencia de la atenuante muy calificada del art. 75. En segundo lugar, la maternidad futura que es consecuencia de un embarazo no deseado representa una razón importante para el tratamiento del aborto consentido por la mujer como un delito que conlleva menor pena que el aborto no consentido por ella. Respecto del recién nacido esta razón se proyecta en un patrón de comportamiento bien conocido: la mujer que por razones culturales –en el caso chileno, legales- no puede asumir responsablemente la interrupción del embarazo no deseado experimenta un fenómeno de negación que culmina en el abandono del recién nacido”⁵¹. Por ende, es recomendante establecer una atenuante muy calificada para el caso de aquella mujer que diere muerte a su hijo dentro de las primeras 48 horas de vida siguientes del parto. Se puede apreciar cómo ha ido evolucionando la modificación del infanticidio, llegando finalmente a su supresión, pasando de ser una figura privilegiada del homicidio a una figura agravada de éste.

Además de los anteproyectos de Código penal ya mencionados, han existido una serie de proyectos de ley que buscan modificar el delito del infanticidio.

⁵¹ Bascuñan, A., *Minuta para el análisis de los títulos I y II del libro segundo: delitos contra la vida y la salud, delitos contra la libertad* (arts. 203 a 256 AP 2015), 2018, pág. 38. (Obra inédita).

Así, el boletín N°5913-07, moción de la Diputada Turre, buscaba la derogación del artículo 394 del Código penal. Es interesante mencionar que en este caso, lo que buscaba éste proyecto era el de sancionar la hipótesis del infanticidio como si se tratara de un parricidio, con penas que oscilarían entre los 15 y 40 años de presidio, a menos que, este fuere cometido por la madre del recién nacido que se hallare en estado de abandono material y moral, siendo castigada con una pena entre los 3 y 5 años de prisión.

Por otro lado, el boletín N°6029-07, moción de la Diputada Saa, Muñoz y el Diputado Escobar, busca la modificación del artículo 394 del Código penal, atendiendo a la condición puerperal que la mujer que sufre después del parto, como también a las circunstancias sociales en cuales se desarrolló el embarazo. De esta manera, pone énfasis al contexto de violencia intrafamiliar y la discriminación hacia la mujer.

Se encuentra también el boletín N° 6033-07, mensaje presidencial de la presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, el cual busca modificar la figura del infanticidio eliminando de los sujetos activos al padre y los ascendientes paternos y maternos, quedando así su redacción: *“la madre que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto mate a su hijo, será castigada con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.”*

Por último, el boletín N°2661-18, moción del Diputado señor Ceroni, de las Diputadas Muñoz y Saa, y de los ex Diputados Bustos, Monge y Sciaraffia, modifica el artículo 394 del Código penal, teniendo en consideración tanto los factores exógenos como endógenos a los que puede estar expuesta una mujer luego del parto, dentro de ellos tanto los factores biológicos y psicológicos, como también los sociales. Con esta redacción el tipo penal deja de ser objetivo, de manera tal que, para su configuración, se tienen que atender circunstancias particulares. Con esta nueva redacción, el artículo 394 consagra el infanticidio de la siguiente manera: *“la madre que se hallare en estado de abandono material o moral, y que matare al hijo inmediatamente después del parto, se le impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciera como consecuencia de una violación o una inseminación artificial no consentida, o por encontrarse bajo la influencia del estado puerperal, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio”.*

2. Propuesta de *lege ferenda*

Sin duda una reforma penal presupone una decisión política. De esta manera un Código penal “no puede ser patrimonio de nadie, sino que una obra conjunta”⁵². Respecto a esto, “la actitud mental reformadora en materia penal debe ser consciente de que la hora de la reforma es la hora de la decisión política. En nuestra realidad latinoamericana, una reforma penal debe significar el establecimiento de una política criminal nueva, ajustada a las necesidades del hombre de nuestra América, a cuya imagen real debe ir referida, como también representando todos los factores que impiden su autorrealización y los peligros que acechan su futura posibilidad”⁵³.

Como ya se ha mencionado, cada cuerpo legal tiene su fundamento en la realidad social de cada país. De modo tal que, para que una reforma penal sea exitosa como elemento de regulación y control social, no puede ser puramente el estudio de “estructura teórica del delito”⁵⁴, sino que debe complementarse con un análisis integral, que abarque tanto una concepción sociológica como antropológica de los delitos reformados. Ahora, hay que dejar en claro, que no se entiende la realidad social desde la simple coyuntura en donde el único objetivo de la pena sea calmar las inquietudes sociales, sino que deben existir “fundamentos que vayan más allá de una huerá exposición de motivos, argumente la compatibilidad entre lo proyectado con las bases de los Derechos político y penal del país, y represente un respaldo estadístico, criminológico, *iuscomparativo* y dogmático”⁵⁵ del contenido. Es decir, se requiere de “un análisis previo de la realidad social sobre la que pretende incidir y por las consecuencias reales que una u otra decisión pueden producir en esa realidad, y en último término, en la prevención de la delincuencia”⁵⁶. En efecto, la toma de decisiones en materia de legislación penal debe ir predeterminada por los

⁵² Zaffaroni, R., *Política criminal latinoamericana* Perspectivas – Disyuntivas, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982, pág. 8.

⁵³ Ídem, pág. 9.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Guzmán, J., “Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal de Chile”, en Díez, J. García, O. (coord.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, EDISOFER S.L, Madrid, 2008, pág. 198.

⁵⁶ “Conclusiones del seminario internacional de expertos sobre la reciente política legislativa penal en Iberoamérica”, ídem, pág. 548.

correspondientes análisis y estudios previos sobre las realidades y problemas sociales que afectarán al momento de decidir sobre un determinado asunto. En relación con lo expuesto, para tomar la decisión de suprimir el infanticidio –como tipo privilegiado del homicidio– no basta solamente con atender las tendencias de las legislaciones comparadas que se inclinan hacia la eliminación de este tipo penal, sino que implica una actuación más compleja que esta, que abarque el estudio criminológico y sociológico de éste fenómeno en nuestro país. Así pues, creemos que mientras dicho estudio no se tenga, tampoco se puede hablar de suprimir el infanticidio.

En Chile, han cambiado las condiciones de la sexualidad y los juicios sobre ésta, por lo que es muy cierto que el móvil de la deshonra ya no encuentra cabida en nuestra idiosincrasia y, por ende, en nuestra legislación. Ello no implica que existan otras condiciones sociales, tanto o más complejas que la deshonra, que tornen comprensible, y hasta cierto punto excusable, el actuar de aquella mujer que mate a su recién nacido.

De esta manera, y a través del estudio realizado, es que queda demostrado que no existe un fundamento político criminal para la supresión del artículo 394 del Código penal, considerando la situación de las mujeres púerperas en Chile. Sin perjuicio, de las circunstancias sociales de abandono moral y material que operan como factores determinantes en la mujer al momento de incurrir en este delito. Razón por la cual creemos que la solución más racional e indicada ante el contexto sería la modificación del artículo 394, por lo cual proponemos la siguiente redacción: *“la madre que diere muerte a su hijo durante el parto o dentro de las 48 horas siguientes después de ocurrido, encontrándose bajo la influencia del estado puerperal o en situación de abandono moral o material, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”*.

3. Descripción del contenido y características del tipo penal propuesto

Esta propuesta de modificación consiste en un tipo penal objetivo que requiere de una conducta que debe concretar un resultado, en este caso es dar muerte a la criatura. Por ende, contiene solamente un verbo rector. Esta tipificación posee la existencia de una

relación de imputación objetiva, es decir, un vínculo de causalidad entre la conducta –que en éste caso es propia de la madre- y el resultado –dar muerte al hijo-.

Con respecto a los sujetos, el único sujeto activo posible es la madre del recién nacido. Por consiguiente, estamos ante un delito especial impropio con correspondencia común de homicidio, pues la madre sería un sujeto activo calificado. Hay que tener presente que la ilicitud no depende de tal calidad, visto que, si no existe tal calidad, que en este caso corresponde al vínculo maternal, la ilicitud del hecho de igual manera persiste, pero configura otro delito. Esta calificación normativa no coincide con la de los sujetos activos del parricidio y en esta situación el parentesco, aquella situación de garante constituye el fundamento para atenuar la responsabilidad criminal y no para agravarla. El sujeto pasivo, además del vínculo materno ya mencionado, debe tener un máximo 48 horas de vida, contadas desde el parto.

El tiempo de la perpetración se mantiene en 48 horas con el fin de otorgar certeza jurídica al límite de la ejecución de este delito. Esto en virtud que se genera una dificultad interpretativa en las legislaciones comparadas cuando simplemente mencionan “después del parto”, “recién nacido” o “un poco después del parto”, entre otras. De esta manera, se evitan futuras ambigüedades entre el delito de aborto, infanticidio y homicidio. Al hacer referencia a que la acción se puede perpetrar “durante el parto” es que se incluye dentro de este tipo penal la situación en la cual mientras está ocurriendo el proceso fisiológico del parto, en que el nasciturus está siendo expulsado o extraído del vientre de la gestante, esta última le da muerte. Ante esta situación no estaríamos frente al delito de aborto que consiste en la interrupción del embarazo, puesto que en éste caso ya se concluyó con dicha fase y nos encontramos ante el proceso de alumbramiento ya iniciado. El objeto material en este caso coincide con el sujeto pasivo. Por otro lado, el objeto jurídico de la norma corresponde a la vida.

En los aspectos circunstanciales encontramos diversas exigencias dentro del tipo penal propuesto. En primer lugar, en cuanto al momento en que se debe cometer el ilícito para que se configure el delito de infanticidio, éste debe ocurrir durante el parto o dentro de

las 48 horas siguientes. Por otra parte, se alude al estado puerperal el que consiste en aquel período de alteración que sufre toda mujer como consecuencia de dar a luz. De manera que “constituye una época de máximo riesgo de aparición de desórdenes psiquiátricos no solo por la abrupta deprivación hormonal que acabamos de citar sino, sobre todo, por los factores sociales estresantes que envuelven a la madre durante este periodo y que pueden conllevar la aparición de conductas no adaptativas”⁵⁷. Y, además se considera la situación de abandono moral o material, “la fórmula "condiciones de abandono material y moral conexas al parto", implican que la mujer se vea desamparada por la falta de ayuda y solidaridad ambiental, no sólo en el orden familiar, que son usuales en nuestra sociedad en dichos eventos”⁵⁸.

Es un delito de resultado material, para su consumación requiere de un resultado que en éste caso es dar muerte al infante dentro de las 48 horas de vida.

Dentro de los elementos subjetivos, para llevar a cabo éste delito se requiere dolo, ya sea directo o eventual, pero en ningún caso admite culpa.

Las formas de ejecución que admite esta propuesta son tanto la comisión como la comisión por omisión.

A propósito de la antijuridicidad, ésta no presenta mayores particularidades en el plano de la culpabilidad, puesto que cabe tanto el dolo directo como el dolo eventual. Al admitir esto último se entiende que se trataría de una figura privilegiada del homicidio y no del parricidio, ya que dentro de éste no hay cabida para el dolo eventual. Por otra parte, en virtud de las circunstancias especiales que contempla la redacción propuesta no hay lugar para la culpa. Toda vez que la culpa queda excluida por el vínculo de parentesco que exige este delito como tal. La culpa, por definición, no puede captar el parentesco que sólo puede ser abarcado por el dolo.

⁵⁷ Pereda, A., Navarro, M., Viñuela, M.C., Aguarón, A., Ortiz, L., “Desórdenes psiquiátricos en el puerperio: nuestro papel como obstetras” en *Clinica e investigación en ginecología y obstétrica*. Vol. 41, n° 4, 2014, pág. 170.

⁵⁸ Palomino, R., “La crisis del infanticidio” en *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, vol. II, n° 5, mayo 2001, Pág. 10.

En relación a la comunicabilidad del infanticidio, hay que esclarecer dos situaciones. En primer lugar, se debe determinar cómo responde el *extraneus* que participa en el delito de infanticidio; y cómo responde el *intraneus* que participa en otro hecho como sería un homicidio. Para esto se debe tener en consideración la proporcionalidad de la pena que supone el Derecho penal. En virtud de lo que postula Politoff, ante el primer supuesto como sería el caso de una mujer que está dando a luz y es ayudada por otra para terminar con la vida de su hijo. Frente a tal situación, es preferible mantener la unidad del título de imputación, aunque no cuente con el privilegio que es propio de la madre, de manera tal que, el *extraneus* responda como partícipe de infanticidio, y no de homicidio. Esto dado que no sería justo que esa mujer tenga que responder a título de un delito más gravoso por el simple hecho de no configurar la hipótesis del privilegio en razón del vínculo materno exigido. De la misma manera, tampoco parece apropiado responsabilizar la participación del *intraneus* que ha actuado como inductor o partícipe del infanticidio a otro título que no corresponda al delito mencionado, fundado en el mismo razonamiento anterior. “Para quienes estamos convencidos del carácter instrumental del derecho penal al servicio de las necesidades prácticas de la sociedad, no será permisible que un solo ser humano, por excepcional que sea el caso imaginado, sufra de una pena absurdamente desproporcionada, sólo en obsequio a razones de equilibrio formal o meramente sistemáticas. Para que la interpretación no entre en conflicto con la equidad, no cabe sino romper aparentemente la accesoriedad y castigar al *intraneus* como partícipe de infanticidio y no de asesinato”⁵⁹. Acerca de la participación de un *intraneus* en un homicidio o asesinato, el autor plantea una solución opuesta frente a la situación anterior. En este caso, postula que se debe abandonar la tesis de la unidad del título de imputación, pero a la vez se debe mantener la unidad del hecho, de forma tal que la participación del *intraneus* sea reprochada como su participación en el delito de infanticidio y no a título de otro delito. De esta manera, Politoff expresa: “si un dogma se revela incompatible, no ya solamente con el sentimiento de justicia, sino además con la lógica y el buen sentido, según lo cual hacer menos (participar) no puede castigarse más severamente que hacer más (ejecutar el tipo material), el dogma deja de serlo”⁶⁰.

⁵⁹ Politoff, S., Grisolia, F., Bustos, J., op. cit., págs. 159-160.

⁶⁰ Ídem, pág. 160.

Respecto del iter criminis resulta necesario destacar que el tipo penal propuesto acepta distintos grados de ejecución del delito, entre ellos son factibles la tentativa y la frustración, tal como ocurre en el homicidio. En cuanto a la consumación del tipo penal de infanticidio propuesto es que en la comisión de este delito podría suceder que la acción para dar muerte de la criatura se lleve a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas, pero que la muerte del infante ocurra un momento posterior a las 48 horas de vida, o que se dé comienzo a la acción homicida dentro de las 48 horas de vida del infante, pero se concluya cuando ya ha transcurrido dicho plazo⁶¹. “En esas situaciones la determinación de si se ha cometido infanticidio o parricidio u homicidio queda sujeta al momento en que se concretó la conducta del sujeto activo. Por consiguiente, cuando la conducta del sujeto activo se realizó en su totalidad dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, hay infanticidio, aunque la muerte sobrevenga después. Pero, en el caso contrario, es decir, cuando la conducta del sujeto no se terminó dentro del plazo de 48 horas y la prolongo, la persona será condenada por parricidio u homicidio, según sea el caso”⁶².

En cuanto a los concursos y las circunstancias modificatorias de responsabilidad, el delito en cuestión es considerado independiente, como consecuencia de ello y en virtud del principio de especialidad no resulta posible que coincida con el parricidio respecto de un mismo hecho. El mismo razonamiento se aplica a propósito del homicidio calificado puesto que en este caso tampoco existiría una relación de género especie. Bajo el supuesto que se consume un infanticidio agravado por cualquiera de las circunstancias contempladas a propósito del homicidio, ante tal situación se configura una agravante general del artículo 12 del Código penal. Pero, distinto es el contexto cuando se incurre con alevosía debido a lo inherente que resulta la indefensión de la víctima dentro del infanticidio. Por ello, en el común de los casos la alevosía no procede como agravante general del artículo 12⁶³.

En lo que concierne a la pena, se contempla una sanción distinta en comparación al reproche que actualmente se aplica a los sujetos activos del infanticidio. La propuesta

⁶¹ Garrido Montt, M., op. cit., cfr., pág. 95.

⁶² Ídibem.

⁶³ Ídem, cfr. págs., 96-97.

consiste en una disminución a presidio menor en su grado medio a máximo. Esto atendiendo a las circunstancias especiales de cometimiento de este delito. Se trata de mujeres cuya racionalidad ha sido alterada producto de las consecuencias que implica el estado puerperal o por circunstancias que derivan de un abandono moral y material. Sin perjuicio que se sigue estando frente a un hecho ilícito, se le debe sancionar de manera acorde y racional a las circunstancias en las que se cometió. Incluso, en ciertos casos particulares no se podría descartar una eventual inimputabilidad de la mujer que atenta contra la vida de su hijo como consecuencia de factores biológicos o externos que perturban su racionalidad. Además, teniendo en cuenta que se trata de una figura privilegiada, su pena debe ser inferior frente a un homicidio reducido en alguno de sus grados o ante un eventual homicidio culposo.

Finalmente, no hay que perder de vista que la modificación propuesta busca amparar bajo esta figura privilegiada aquel reducido grupo de mujeres infanticidas, quienes ante la supresión de esta figura serían penadas a título de parricidas lo cual no parece racional, debido a que las circunstancias de cometimiento entre un delito y otro son sumamente distintas. En el caso de la mujer que se encuentra bajo los efectos del estado puerperal se entiende que hay una alteración detrás. Frente a la situación de abandono moral y material hay condiciones que evidentemente influyen en la mujer a la hora de actuar. La propuesta de artículo tiene por objeto que exista una congruencia necesaria entre el contexto vigente en que se comete éste delito y la manera de sancionarlo. Se trata de circunstancias que desde luego cuentan con algún grado de justificación dentro de su reprochable conducta, lo cual las hace merecedoras del privilegio. No está demás mencionar que bajo ninguna circunstancia se busca la impunidad de este delito, considerando que indudablemente existe una conducta delictual punible, sin perjuicio de los casos especiales de inimputabilidad los cuales tendrán que ser analizados de manera particular por cada juez.

VI. Conclusión

El delito de infanticidio ha sido un fenómeno presente desde siempre en las distintas sociedades. De este modo, se pueden identificar dos grandes etapas a propósito de la pena contemplada para el delito. Así, en un comienzo se trataba de una figura extremadamente reprochada por la sociedad que castigaba a las mujeres infanticidas con penas severas. Rigurosidad que era atribuida a la Iglesia, a tal punto que dicho rigor se plasmó en leyes laicas. Esta corriente se caracterizaba por no distinguir entre las motivaciones que guiaban el actuar de la mujer, velando siempre por la vida humana. En este período no hay cabida alguna para el honor como posible atenuante del delito, existiendo además, una clara diferencia en la punibilidad si es que el infanticidio era cometido por la madre o por el padre de la criatura. Incluso en la institución del *pater familiae*, se le atribuye a éste el derecho de vida y muerte sobre los miembros de su familia, no así a la madre. En un segundo momento, con el advenimiento de los movimientos ilustrados se produce un cambio en la consideración valorativa y técnica del infanticidio. De manera tal, que las excesivas penas provenientes de una concepción eclesiástica pierden su fundamento, surgiendo como nuevo protagonista aquella corriente que busca un tratamiento más benigno para la mujer infanticida. Dándose así el inicio del infanticidio como figura privilegiada. Con esto, por primera vez se ponen de manifiesto las garantías humanas de las personas que están dentro de un proceso penal, entendiendo que la pena debe ser un castigo comprensivo y proporcional en relación al ilícito cometido. Se entiende que existe una suerte de compasión hacia la mujer que perpetraba este delito, justificado en la deshonra que significaba el nacimiento de un hijo que no cumplía con los imperativos sociales de la época. De modo tal que el privilegio no abarcaba solamente a la madre, sino que también al padre e incluso a los familiares que cometieran este delito.

El móvil de ocultar la deshonra no perduró a lo largo de toda la historia. En un principio, el honor se pone de manifiesto durante el auge del sistema latino de motivación. Tiempo después, en virtud de los avances propios de la época, surge el sistema germano, más bien, suizo de motivación. Este último toma en cuenta una consideración fisiológica a la hora de justificar este delito, centrándose en las alteraciones propias del alumbramiento, denominado estado puerperal. Como consecuencia de lo anterior, el privilegio queda

reducido de manera exclusiva a la madre. Finalmente, el sistema francés del Código Napoleónico se caracteriza por la objetividad al momento de tipificar el delito como figura privilegiada, sin exigir la configuración de calidades o circunstancias especiales. La importancia de estos sistemas radica en la trascendencia que han tenido en las legislaciones a nivel mundial al momento de tipificar el infanticidio como figura privilegiada.

A pesar de que el artículo 394 del Código penal chileno no contempla al honor de manera explícita, se ha evidenciado, a través de la historia que existe un trasfondo de motivación latino. Toda vez que se sigue el modelo del Código penal español del año 1848. Sin perjuicio de ello, la actual redacción del delito de infanticidio obedece al sistema objetivo de motivación, visto que para su configuración no se exigen situaciones especiales de motivación. De esta manera, en virtud de la tradición histórica de Chile, queda de manifiesto que el fundamento político criminal que dio vida al delito de infanticidio en nuestra legislación no es el mismo que existe hoy en día para mantenerlo.

Teniendo en consideración los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas de nuestro país relativo a los delitos cometidos contra las personas, y específicamente referidos a las circunstancias particulares en las que se lleva a cabo los delitos de infanticidio, queda de manifiesto que es un delito cometido de manera casi exclusiva por mujeres, que además demográficamente la mayor cantidad de infanticidios se concentran en la zona sur del país, zona que a su vez se caracteriza por contar con la mayor cantidad de población rural en el territorio nacional. De forma tal, que se trata de un delito rural.

Sin perjuicio, de que han existido distintos anteproyectos del Código penal, y propuestas de reforma del infanticidio ninguna se ha llevado a cabo. De forma tal que, este delito jamás ha sido objeto de ninguna modificación desde su incorporación. Incluso, siguiendo la misma línea de algunos países que han optado por la supresión de la figura privilegiada, los últimos dos anteproyectos del Código penal chileno no contemplan la hipótesis del infanticidio como figura autónoma. Situación que no parece racional ni proporcional, considerando que la eliminación de esta figura privilegiada del homicidio se

tornaría en una figura agravada de éste. Toda vez que, las madres puérperas o en situación de abandono moral o material cometedoras de este hecho delictivo serán castigadas a título de parricidas con una pena, evidentemente desproporcionada en relación con las circunstancias especiales del hecho cometido.

Ante esta situación, se demuestra que no existe un fundamento político criminal para la supresión del infanticidio considerando la situación de las mujeres puérperas en Chile. Además de las circunstancias de abandono moral y material que inciden como factores determinantes en la mujer infanticida. Es por ello que, la respuesta a las exigencias sociales de hoy es la modificación del artículo 394 de nuestro Código penal. De modo tal que, aquel grupo minoritario de mujeres que comete este delito no se vea desamparado como consecuencia de la eliminación del infanticidio como figura autónoma.

VII. Bibliografía

- Bascañan, Antonio: *Minuta para el análisis de los títulos I y II del libro segundo: delitos contra la vida y la salud, delitos contra la libertad (arts. 203 a 256 AP 2015)*, Tesis inédita, 2018.
- Beccaria, Cesare: *Tratado de las penas y los delitos*. Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
- Bentham, Jeremy: *Tratado de legislación civil y penal*, Ferrer y Valls, Madrid, t. II. 1834.
- Bustos, Juan: *Manual de Derecho penal Parte Especial*. Editorial Ariel, Barcelona 1991.
- Carrasco, Edison: Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la “elasticidad de la ley”, en *Ius ete Praxis*, Thomson Ruthers, vol. VI, núm. I, 2017.
- Castillo, Alejandra: *Aborto e infanticidio: cómo sostener una adecuada defensa*, obra inédita, 2010.
- Ceardi Ferrer, Jorge: *El Infanticidio bajo el punto de vista penal y médico legal*. Talleres Gráficos Proteo. Valparaíso, Tesis inédita, 1926.
- Cortés Bachiarelli, Emilio: Ante a derogación del artículo 410 del Código penal: especial valoración de la expresión típica ocultar la deshonra en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura de España, núm. 26, 2008.
- Díez, José Luís/ García, Octavio (coords.): *La política legislativa penal iberoamericano en el cambio de siglo*, EDISOFER S.L, Madrid, 2008.
- Feuerbach, Paul Johann: *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal Parte Especial*, 4ºed., t. III Editorial Jurídica, Santiago, 2010.
- Guzmán, José Luís: Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal de Chile, en Díez, José Luís/ García, Octavio. (coord.), *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, EDISOFER S.L, Madrid, 2008.

- Guzmán, José Luís: El Código Penal Francés de 1791. Traducción y notas introductorias, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 3° época, n°1, enero 2009.
- Guzmán, José Luís: El Iluminismo penal en la obra de Manuel Rivacoba, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. I, núm. XXVI, 2005.
- Mantovani, Ferrando: *Diritto Penale Delitti contro la persona*. Cedam, Padova, 1995.
- Pereda, Ana/ Navarro, María Teresa/ Viñuela, M.C./ Aguarón, Ángel/ Ortiz, Luís: “Desórdenes psiquiátricos en el puerperio: nuestro papel como obstetras” en *Clínica e investigación en ginecología y obstétrica*. Vol. 41, n° 4, 2014.
- Pérez, Jorge: El delito infanticidio en el Código penal peruano en *Derecho y Cambio Social*, núm. 30, 2012.
- Politoff, Sergio/ Grisolia, Francisco/ Bustos, Juan: *Derecho penal chileno Parte Especial delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, Editorial Jurídica Congreso Ltda, Santiago, 2°ed., 2006.
- Politoff, Sergio/ Matus, Jean Pierre/ Ramírez, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*, 2°ed., Editorial Jurídica, Santiago, 2006.
- Quintano Ripollés, Antonio: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal Tomo I*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- Radbruch, Gustav/ Gwinner Enrique: *Historia de la criminalidad Ensayo de una Criminología histórica*. Editorial BOSCH, Barcelona, 1955.
- Rivacoba, Manuel: *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1974.
- Rodríguez, Alfredo: El infanticidio en la España Moderna: entre la realidad y el discurso jurídico y moral, en *Tiempos Modernos*, vol. IX, núm, 36, 2018.
- Roxin, Claus: *Política criminal y sistemas del Derecho penal*. Editorial BOSCH, Barcelona, 1972.
- Soto, Sebastián: Infanticidio en *Revista Pensamiento Penal*, agosto 2014.

- Stampa, José María: Las corrientes humanitarias del siglo XVIII y sus influencias en la concepción del infanticidio como delictum exceptum. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1, Tomo 6, Mes 1, año 1953.
- Zaffaroni, Raúl: *Política criminal latinoamericana Perspectivas – Disyuntivas*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1982.
- Zaffaroni, Raúl: Proyecto de restablecimiento de la atenuante. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. La Ley, Año I, n°3, año 2011.