



EL DELITO DE INFANTICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

Jorge A. Pérez López^(*)

Fecha de publicación: 01/10/2012

SUMARIO: I. Introducción. II. Bien Jurídico protegido. III. Tipicidad objetiva. III.1. Modalidad típica. III.1.1. Durante el parto. III.1.2. Bajo la influencia del estado puerperal. III.2. Sujeto activo. III.3. Sujeto pasivo. IV. Tipicidad subjetiva. V. Fundamento del privilegio punitivo. VI. Grados de desarrollo del delito. VII. Participación. VIII. Penalidad.

I. INTRODUCCION

El artículo 110 del Código penal, que sanciona el delito de infanticidio, adquiere importancia, en que delimita con la frase “durante el parto” el momento del inicio de la protección de la vida humana independiente en nuestro ordenamiento jurídico.

El ordenamiento jurídico es un conjunto ordenado –de allí su nombre- de normas jurídicas que regulan las relaciones interpersonales en una determinada sociedad, siendo uno de sus principios fundamentales el de la unidad. Este principio importa un criterio ordenador que busca la coherencia interna entre las normas jurídicas conformantes del sistema, de tal forma que una norma no prohíba lo que otra permita ni viceversa. Es en ese sentido, que muchas veces para determinar el contenido y alcance de un determinado precepto es necesario interpretarlo en concordancia con otros preceptos del mismo o de diferente sector del ordenamiento jurídico. Esto es lo que se denomina método de interpretación sistemática. Así, para determinar el inicio de la protección jurídico-penal de la vida humana independiente es necesario establecer el límite mínimo de desarrollo vital del sujeto pasivo del homicidio, como delito contra este objeto de protección. Este límite mínimo de desarrollo está determinado con la frase

^(*) Abogado
coquiperezl@hotmail.com

“durante el parto” del delito de infanticidio, pues no existe, en el rubro de los delitos contra la vida en nuestro Código penal, ningún otro tipo penal que establezca anterior límite de desarrollo vital. En otras palabras: si el infanticidio ha sido considerado por nuestro legislador como un delito contra la vida humana independiente y éste establece dentro de sus presupuestos que la muerte de infante se produzca durante el parto (o, en todo caso, durante el estado puerperal) –y, en consecuencia, es el tipo penal que otorga la primera protección en sentido temporal al sujeto pasivo-, entonces es lógico que la vida humana independiente se inicia con el parto¹.

En la doctrina nacional se sostiene tradicionalmente que el infanticidio es un parricidio privilegiado a consecuencia del estado fisiológico de la madre.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido por el delito de infanticidio lo constituye la vida humana independiente, entendida como aquella que no necesita mecanismo artificial para desarrollarse y desenvolverse en este mundo. Esto es, desde el momento en que el individuo trata o mejor dicho intenta, en forma natural, salir del vientre de la madre hacia adelante².

III. TIPICIDAD OBJETIVA

III.1. Modalidad típica

El ilícito penal de infanticidio, contenido en el artículo 110 del Código penal, se configura cuando la madre ocasiona, ya sea por acción u omisión, la muerte dolosa del producto de su gestación durante o en circunstancias del parto, o cuando se encuentre bajo los efectos del estado puerperal. Un ejemplo de infanticidio por omisión sería el supuesto en el que la madre deja de amamantar a su hijo.

III.1.1. Durante el parto

La expresión “durante el parto”, como ya hemos indicado, precisa el límite mínimo de desarrollo vital del sujeto pasivo que cuenta con vida humana independiente, es decir, con ésta frase se determina el límite entre el delito de infanticidio con el aborto: antes del parto existiría aborto, a partir del inicio del parto es posible el infanticidio. En la ciencia penal peruana existen diversos criterios para precisar este límite: Para Hurtado Pozo³, el parto comienza con los primeros dolores producidos por las **contracciones**

¹ VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. “La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico-penal”. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales* N° 3, Grijley, Lima, 2002, pp. 377-378.

² SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. 3ra. edición, Grijley, Lima, 2008, p. 83.

³ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. T.I. Homicidio y aborto. Sesator, Lima, 1982, p. 112. En el mismo sentido, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Política criminal peruana*. Edit. Cuzco, Lima, 1985, p. 85.

del útero, las mismas que van a continuar hasta la expulsión del nacido; entiende que esta es la segunda fase del proceso del nacimiento, y que la primera comprende el descenso del feto, quince a veinte días antes de la expulsión. Este autor parte, pues, de un concepto elaborado por la ciencia médica⁴, en la que se distinguen hasta tres períodos que comprenden el parto: etapa de dilatación del cuello uterino, etapa de expulsión o del nacimiento y período placentario o alumbramiento. La primera etapa se inicia generalmente –pues el dolor en algunas ocasiones puede manifestarse después de la dilatación- con las contracciones del útero (fase latente del trabajo de parto), que ocasionan normalmente los dolores del parto, y culmina con la dilatación cervical completa, es decir, cuando se presenta una dilatación de diez centímetros (fase activa de dilatación cervical). Este es el período más prolongado y su duración oscila entre ocho y doce horas en las primigrávidas y entre seis y ocho horas en las multíparas. Por su parte, el segundo período empieza con la total dilatación del cuello uterino y culmina con la expulsión del infante y se extiende, generalmente, hasta treinta minutos. Y, finalmente, la tercera fase, denominada placentaria, está representada por el lapso comprendido entre la expulsión del infante y la expulsión de las membranas a través de la cavidad vaginal. Se observa, entonces, que en esta tesis el límite mínimo de la protección jurídico-penal de la vida humana independiente viene determinado por un concepto extraído de la medicina⁵.

Siguiendo también a la ciencia médica, Villavicencio Terreros⁶ considera que el parto se inicia con la **dilatación**, y que ello se caracteriza por los dolores y la dilatación del cuello uterino, y que posteriormente se realiza la expulsión del naciente y la placenta en sus respectivos momentos.

Para Luis Bramont Arias⁷, el parto es el tránsito entre la vida fetal dependiente de la madre hacia la independiente o vida individual; entiende también que la norma al usar la expresión “durante el parto” ha querido referirse a “durante el nacimiento”, y que el nacimiento, como la etapa más importante del parto, comienza cuando una parte de la criatura se asoma al exterior, culminando con su expulsión total del claustro materno; en base a

⁴ En la ciencia médica, se entiende por parto a la función fisiológica natural mediante el cual el producto del embarazo es expulsado del vientre materno al mundo exterior. Se inicia desde el momento que la gestante comienza a sentir intensos dolores que avisan el inminente nacimiento y finaliza cuando es totalmente expulsado al exterior el nuevo individuo. En forma más precisa, el parto se inicia con lo que comúnmente los obstetras, obstetrices y ginecólogos llaman **dilatación**, pues desde esos instantes, el producto de la gestación tiene vida independiente y se encuentra expedito para desarrollar su vida en el mundo exterior. Ya sea expulsado naturalmente por la madre o extraído mediante intervención quirúrgica –conocida como cesárea-, el individuo tiene todas las posibilidades biológicas para hacer vida normal en el mundo exterior sin necesidad de algún instrumento mecánico.

⁵ VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob cit, p. 377.

⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código penal comentado*. 3ra. edición, Grijley, Lima, 2001, p. 296.

⁷ BRAMONT ARIAS, Luis. *Temas de Derecho penal*. T.I. Lima, 1990, p. 63.

lo referido se admite el infanticidio, dice, incluso cuando el niño no ha adquirido vida propia. En el mismo sentido, Roy Freyre⁸, señala que el parto es “la actividad fisiológica mediante la cual el producto de la concepción es expulsado del claustro materno a través de las vías naturales y por el mismo impulso que la naturaleza ha destinado a este fin”; entiende como sinónimos las expresiones “durante el parto” o “durante el nacimiento”, que comenzaría cuando una parte del cuerpo del infante se asoma al exterior y terminaría con la expulsión total de éste que trata de adaptarse a la vida extrauterina, para lo cual comienza a respirar. Como vemos, los dos autores antes mencionados entienden al parto como la **expulsión del producto de la concepción del claustro materno**.

Bramont-Arias Torres/García Cantizano⁹, consideran como “más acertado el criterio de la **percepción visual** como el límite mínimo de la vida humana independiente”, entendida ésta “como la posibilidad de apreciar en la fase de expulsión el feto, una vez que comienza a salir del claustro materno”, para dicha postura la independencia de la vida del nuevo ser se dejaría al arbitrio del que lo puede ver.

Peña Cabrera¹⁰, entiende que “el nacimiento comienza con el parto y termina en el momento de la total independización del nuevo ser”, señala además que ese es el criterio más seguro para poder determinar la diferencia entre el delito de aborto y el infanticidio; indica que el parto comienza con la **ruptura del saco amniótico** y termina cuando el feto se desprende del cuerpo de la madre.

Vásquez Shimajuko¹¹ no comparte la tesis de la percepción visual sostenida por Bramont-Arias Torres/García Cantizano, porque el criterio de la percepción visual utilizado para establecer el comienzo de la vida humana independiente resultaría contrario a la ley y apelar a él traería consigo soluciones insatisfactorias a todas luces. Piénsese, por ejemplo, en un sujeto invidente o que el hecho se produzca en una habitación totalmente oscura. Estos casos serían calificados de aborto. Ahora bien, sus defensores no han explicado con claridad si la posibilidad de apreciar a la persona siendo expulsada del claustro materno es una posibilidad en el caso concreto o, en todo caso, se trata de una posibilidad *in abstracto*, válida para todos los supuestos que se presenten. En el primer caso, es decir, si se trata de una apreciación *in concreto*, los supuestos mencionados (ejemplo del invidente o de la habitación oscura) serían constitutivos de aborto; pero,

⁸ ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Derecho penal peruano. Parte especial*. T.I. 2da. edición, Eddili, Lima, 1986, p. 209.

⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 4ta. edición, San Marcos, Lima, 1998, p. 40.

¹⁰ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte especial*. V.II. 4ta. edición. Sesator, Lima, 1982, p. 112.

¹¹ VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob cit, p. 378.

si sus defensores se refieren a una apreciación *in abstracto*, entonces los supuestos descritos serían calificados como infanticidio u homicidio, según las circunstancias.

Las tesis de Bramont Arias y de Roy Freyre al asimilar los conceptos “parto” y “nacimiento” sobre la base de consideraciones de política criminal, no encuentran justificación; por el contrario, dificulta la tarea de determinar el sentido y el alcance de la norma y, por consiguiente, obstaculiza la correcta determinación del bien jurídico. Todo ello sin contar que, al igual que la posición de Bramont-Arias/García Cantizano, resultaría contraria al tenor literal del precepto de infanticidio¹².

El parto es un momento específico del proceso del nacimiento; ahora bien, el *parto natural* se iniciaría con las primeras contracciones del útero y culminaría con la total separación del nuevo ser del vientre de su madre. Dentro del parto natural, si las contracciones son provocadas, con aquél primer acto de provocación se iniciaría el parto. El *parto artificial* (cesárea) se inicia cuando se empiezan a ejecutar las técnicas propias del procedimiento quirúrgico, hasta que el *nasciturus* es extraído y separado completamente del vientre de su madre. El término “durante el parto” (*in ipso partu*) no se referiría, entonces, a la expulsión misma del infante del cuerpo materno (al proceso “externo”), sino a todo el proceso del parto, desde el comienzo de las contracciones y de los “dolores”, o sea desde el inicio real del proceso “activo” con su fase “interna” que conduce normalmente al nacimiento.

No hay duda que el inicio de la protección de la vida humana independiente está determinado por la frase “durante el parto”, como proceso de orden biológico que empieza con las primeras contracciones del útero. Sin embargo, este criterio establecido normativamente no puede ser aplicado a otros supuestos, como sucede con la cesárea. En estos casos se hace necesario buscar otros criterios a aplicar. Así Castillo Alva, tratando de encontrar un punto de equilibrio con el parto natural en que basar su opinión, sostiene que en los supuestos de cesáreas cabrá la posibilidad de homicidio (infanticidio), no desde la extracción del producto de la concepción, sino desde la primera incisión que se efectúe en el vientre de la madre¹³. Esta posición, para Vásquez Shimajuko¹⁴, no resulta convincente,

¹² Idem, p. 379.

¹³ CASTILLO ALVA, José Luis. *Homicidio: Comentarios de las figuras fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 39, quien afirma que con “la primera incisión del cirujano en la apertura del abdomen (...) se inicia de modo inequívoco el proceso de parto, tendiente a producir el nacimiento de la criatura y la subsiguiente separación del seno materno”.

¹⁴ Ver VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob cit, p. 381, quien considera que “afirmar la posibilidad de homicidio, desde la primera incisión que se realice en el vientre materno nos lleva a defender soluciones a todas luces insostenibles. Y ello por cuatro razones: En primer lugar, porque, cabría homicidio si el agente mata al producto de la concepción mediante un fuerte golpe dado sobre el vientre de la madre previamente cortado sólo de manera superficial, es decir, sin necesidad de que la incisión

pues la cesárea es la operación destinada a extraer el feto del claustro materno e implica el corte de la pared abdominal, del útero y del saco amniótico, y la posterior extracción del infante; por lo tanto, bajo estos presupuestos deberá determinarse cuándo estamos frente a una vida humana independiente; la misma que se constituirá a partir del corte del saco amniótico, en tanto que dicha incisión supone una interrupción irreversible del embarazo; interrupción que no se produce con el corte del vientre ni con la incisión del útero.

III.1.2. Bajo la influencia del estado puerperal

La doctrina no ha sido uniforme cuando le ha correspondido interpretar lo que implica el “estado puerperal” en el tipo penal de infanticidio, habiendo quienes han optado por asimilar la interpretación relevante al tipo en su acepción naturalística (señalando que el estado puerperal debe tomarse como presunción de presencia de patología psicológica), existiendo también otros que han preferido asignar un juicio de valor jurídico al concepto de “estado puerperal”, tomándolo como criterio de referencia cronológico-temporal, y unos últimos, como un elemento circunstancial.

Los que consideran al estado puerperal **como presunción de presencia de patología psicológica** señalan que ese particular estado pone a la mujer en condiciones psicológicas propicias para que obren la causa de honor y otras como la miseria, las dificultades de la vida o las torturas morales, disminuyendo la capacidad de entendimiento y de autoinhibición de la parturienta. Los que defienden ésta posición, señalan que la psicosis puerperal de acuerdo a su nivel de alteración puede ser causa de inimputabilidad o por lo menos de semimputabilidad en la mujer. Dichas perturbaciones psíquicas se deben presumir, no necesitan probarse, ya que dicha prueba es difícil de aportar por su particular característica.

Los que consideran al estado puerperal **como criterio meramente temporal**, señalan que existen dos criterios para interpretarlo: uno *psicológico* y otro *fisiológico* (temporal-cronológico), el legislador no

llegue a cortar todas las capas de protección del menor (vientre, útero y saco amniótico). En segundo lugar, porque si el delito de homicidio implica la acción de matar a una persona, entonces, considerando que dicha persona se halla en el claustro materno, la acción de efectuar cortes sobre el vientre de la madre únicamente pueden ser considerados actos facilitadores de la acción de matar y, por ello, actos preparatorios; quien realiza las incisiones no llegaría siquiera a la tentativa de homicidio. En tercer lugar, porque la opinión de Castillo Alva tendría como consecuencia la dependencia de considerar persona, y por tanto, sujeto pasivo de homicidio, al hecho de realizar incisiones en la pared abdominal de la madre. Y, finalmente, porque se dificultaría la delimitación, en nuestro ordenamiento jurídico, entre aborto y homicidio, toda vez que el primero supone la interrupción de la gestación y con las primeras incisiones no se concretaría dicha interrupción; por el contrario, la gestación continúa: con el corte del vientre, la cesárea apenas comienza y al cirujano aún le queda cortar el útero y el saco amniótico para extraer el producto de la concepción., en este sentido, equiparar las primeras contracciones uterinas, como inicio del parto natural, por un lado, y, las primeras incisiones en el vientre, por otro, implicaría arribar a situaciones dogmáticas cuestionables y a extender ilegítimamente el Derecho penal al sancionar actos preparatorios”.

considera el criterio psicológico sino el de orden fisiológico, pues bastaría la comprobación, por un lado, de la existencia del estado puerperal en la madre, y por otro, que su acción homicida se llevó a cabo durante ese período. Los estados fisiológicos propios de la mujer consecuencia del puerperio determinan ciertos desequilibrios que sin llegar a constituir un estado de inimputabilidad son tomados en cuenta por la ley en el sentido de aumento de la sensibilidad. Como vemos, se verifica una contradicción en esta posición, pues si se entiende que el estado puerperal debe ser entendido en un sentido “estrictamente fisiológico”, al momento de advertir que la ley lo entiende como una circunstancia de “aumento de sensibilidad”, estaría poniendo de relieve la incidencia psicológica de dicho estado en la mujer, (pese a considerar que no se trata de un estado de inimputabilidad), lo que desmerecería la consideración del estado puerperal como un criterio estrictamente cronológico-fisiológico.

Los que consideran al estado puerperal **como elemento circunstancial**, señalan que si bien la ley no exige que el puerperio haya producido trastornos psíquicos en la mujer para aplicar la atenuante, no cabe duda de que tal posibilidad fue tenida en consideración por el legislador, aunque sin otra pretensión que fijar el estado dentro del cual se debe producir la acción letal. No se trata ni de una presunción ni de un puro criterio temporal, sino de un particular elemento circunstancial que eventualmente puede significar un límite temporal (la atenuante es inaplicable cuando la acción se realiza una vez que ha cesado el puerperio).

Roy Freyre¹⁵ enseña que estado puerperal es el tiempo que transcurre sin que la madre se haya recuperado todavía de las alteraciones psíquico-físicas propias del embarazo y del alumbramiento. La palabra “estado” permite dar una idea clara que se trata de un proceso donde se presentan sucesivos modos de ser, de una situación personal sujeta a cambio. Núñez¹⁶, define al estado puerperal como el estado psicológico en que se encuentra la mujer a raíz del parto y que, a excepción, por lo general de la actividad de las glándulas mamarias, tiende a desaparecer en sus causas en un lapso relativamente corto. Para Soler¹⁷, el estado puerperal es considerado solamente como un conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan en el tiempo después del parto.

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

¹⁵ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob cit, p. 81.

¹⁶ NÚÑEZ, Ricardo. *Derecho penal argentino. Parte especial*. T. III. Bibliográfica, Buenos Aires, 1961, pp. 133-134.

¹⁷ SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. T. III. Tea, Buenos aires, 1976, p. 93.

los órganos genitales y el estado psicológico de la recién madre vuelvan a su normalidad anterior a la gestación. Resulta, como efecto natural del parto, la alteración psicológica de la madre, ocasionando una disminución en su capacidad de entendimiento y sus frenos inhibitorios, ello como consecuencia del sufrimiento físico vivido durante el parto y la debilidad al haber perdido abundante líquido sanguíneo y cuando no, el latente sentimiento de no querer al recién nacido ya sea por circunstancias éticas o económicas¹⁸. 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. Como dice Soler¹⁹, la expresión estado puerperal no es empleada por la ley en el sentido de una alteración patológica de las facultades mentales.

Al consistir el estado puerperal en aspectos orgánicos, no puede establecerse en términos generales. La doctrina es unánime respecto a que el tiempo que dura es incierto y varía de una mujer a otra, su fijación se determinará en cada caso concreto que la realidad presente, situación que será determinada con el apoyo de expertos en la ciencia médica y psicológica, y sobre la base de las circunstancias en que ocurrieron y rodearon a los hechos²⁰. Los criterios propuestos para delimitar al estado puerperal (algunas pocas horas, días, cuatro semanas, cuarenta días) son extremadamente relativas pues el proceso de recuperación no es igual en todas las madres²¹.

La ciencia médica²² señala que el **puerperio o período puerperal** es el lapso en que se produce la involución completa o casi completa y persistente de todos los órganos modificados por la gestación, con excepción de las mamas. La duración del período puerperal puede extenderse entre 40 o 50 días posteriores al parto, concluyendo con la aparición del primer ciclo menstrual. Según los tratados de Medicina legal, este estado finaliza con la aparición de la primera menstruación o con la total involución del útero. El influjo del estado de puerperio varía según cada caso particular y su duración es difícil de determinar; ello depende del estado de depresión de la mujer, como consecuencia de los sufrimientos físicos por los cuales ha pasado, de sus preocupaciones y de su estado de agotamiento producidos por el parto.

¹⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho penal peruano. Parte especial II*. Palestra, Lima, 2000, pp. 81 y 82.

¹⁹ SOLER, Sebastián. Ob cit, p. 93.

²⁰ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Ob cit, p. 81.

²¹ VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte especial*. I-A, San Marcos, Lima, 1998, p. 18.

²² Unos llaman estado puerperal al embarazo, al parto y al puerperio que le sigue; otros, sólo a este último; otros, consideran que este estado puerperal dura el tiempo de la involución clínica del útero; algunos lo refieren a la involución histológica de ese órgano, que suele durar hasta dos meses; hay quienes lo limitan a la duración de los loquios, y otros la extienden hasta la aparición de la menstruación.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, hay que considerar que el estado puerperal representa un “estado” psico-físico y **no un “período obstétrico”**. El estado puerperal es un trastorno mental transitorio incompleto por que es de corta duración y porque no alcanza a constituir un estado de alienación mental. El estado puerperal no puede prolongarse demasiado, pues no se puede extender el privilegio de la atenuación de la pena más allá de sus propios fundamentos. Serán finalmente los médicos (peritos), quienes en el marco del proceso penal, deberá dar su opinión al respecto. No olvidemos que la ley penal hace mención a la “influencia”, la cual no importa *per se* el padecimiento mismo del estado fisiológico²³.

El tipo penal, al indicar que la madre mate estando bajo la influencia del estado puerperal, no exige necesariamente que el resultado muerte de la criatura suceda en ese término, sino que la conducta infanticida se desenvuelva bajo esa influencia, así, por ejemplo, si la madre sometida a la influencia del estado puerperal le causara al hijo una lesión mortal de lenta evolución, produciéndose el deceso del infante una vez que se hubiera recuperado la madre²⁴.

De verificarse la inexistencia del estado puerperal al momento de dar muerte a su hijo, la conducta homicida de modo alguno constituirá infanticidio sino parricidio y, por tanto, la pena a imponerse será mayor.

III.2. Sujeto activo

Por la misma construcción del tipo penal, solo es posible que la madre biológica del naciente o recién nacido sea sujeto activo del ilícito penal de infanticidio. Se conoce como un típico delito de propia mano. El infanticidio viene a construir un delito especial impropio, pues la condición del sujeto activo solo atenúa la penalidad. En tanto, si la madre no actúa bajo las circunstancias anotadas en el tipo penal, será autora del ilícito de parricidio²⁵.

La naturaleza atenuada (privilegiada) del tipo penal de infanticidio se funda en la relación de parentesco que se advierte de la autora con la víctima; no importando el estado civil que tenga la madre al momento de comisión del ilícito penal, verbigracia, puede ser casada, soltera, viuda o divorciada, o bajo el régimen del concubinato²⁶.

III.3. Sujeto pasivo

²³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho penal. Parte especial*. T. I. Idemsa, Lima, 2008, p. 128.

²⁴ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob cit, p. 64

²⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Ob cit, p. 83.

²⁶ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob cit, p. 126.

Solo será sujeto pasivo de infanticidio el individuo que se encuentra en inminente nacimiento, el que está naciendo y el ya nacido que se encuentra desarrollándose normalmente durante el período en que la madre se encuentra bajo los efectos del estado puerperal. Si la madre mata bajo la influencia del estado puerperal a otro hijo, distinto del recién nacido, estaríamos ante un caso de parricidio, posiblemente atenuado por disminución de la culpabilidad de la mujer, pero no infanticidio. Incluso si la recién madre bajo la influencia del estado puerperal da muerte a otro niño que no es su hijo, su conducta ilícita se subsumirá en el tipo penal del homicidio. Esto se deduce del mismo tenor literal del texto del artículo 110 del Código penal, en donde se relaciona directamente el momento del parto y del estado puerperal con la figura de “su hijo”²⁷.

La ley no exige que el sujeto pasivo se trate de un ser viable, pues protege la vida cualquiera que sea la posibilidad de prolongarse más o menos tiempo²⁸. En definitiva, debe acreditarse que el niño estaba vivo al momento de ejecutarse la acción típica por parte de la madre, si éste ya estaba muerto, por incapacidad del objeto ha de tratarse de un delito imposible.

Antes del inicio del parto, la conducta ha de ser valorada como abortiva y si la acción homicida de la madre, se encuentra desprovista de la influencia del estado puerperal, como ya hemos indicado, será constitutiva de un delito de parricidio; las pericias psicológicas en este último caso, serán en verdad, esclarecedoras y determinantes en cuanto al juicio de tipicidad penal y con respecto a la suerte de la agente, puesto que las penas de ambos delitos son en extremo diferenciadas²⁹.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

Necesariamente se requiere la presencia del dolo al momento de realizarse el hecho punible, es decir, de conciencia y voluntad homicida. Sin la constatación efectiva de aquel elemento subjetivo, no habrá infanticidio sino homicidio por negligencia o también podrá declararse la inimputabilidad de la madre, en caso de constatarse una grave alteración de la conciencia que afecte gravemente el concepto de la realidad; ello en aplicación del artículo 20 inciso 1 del *corpus juris penale*³⁰. Esto último ocurriría cuando la madre actúe bajo los efectos de una fiebre puerperal,

²⁷ Ver SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Ob cit, p. 84.

²⁸ NÚÑEZ, Ricardo. Ob cit, p. 125.

²⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob cit, p. 127.

³⁰ **Artículo 20 del Código penal.-** Está exento de responsabilidad penal: 1. El que anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión (...).

por ejemplo³¹. No obstante, es suficiente evidenciar el dolo eventual en la conducta desarrollada por la madre para imputarle infanticidio, es decir, la madre percibe el resultado muerte de su hijo como posible mediante su comportamiento y circunstancias, sin embargo, lo asume y acepta seguir actuando de la misma manera. No se requiere de un ánimo de naturaleza trascendente ajena al dolo para que se configure el tipo penal de infanticidio.

Los especiales deberes de tutela, que haya infringido la madre, que pudiesen haber ocasionado la muerte del infante, al carecer de una esfera intelectual vinculada con la conducta homicida, serán reputados como un homicidio culposo. No cabe por tanto un infanticidio a título de culpa.

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

V. FUNDAMENTO DEL PRIVILEGIO PUNITIVO

Las especiales circunstancias en las que actúa el sujeto activo constituyen el fundamento del privilegio punitivo del injusto penal de *nomen iuris* infanticidio. “La atenuación se explica por los trastornos psíquicos que ocasionan en la mujer los significativos cambios físicos propios del embarazo y del parto”³².

En el Código penal peruano, la razón esencial de la atenuación no es otra cosa que el estado puerperal en que se encuentra la madre, fórmula procedente del Código penal suizo³³ (sistema helvético³⁴), que es considerada por muchos autores como un criterio vago, incierto y hasta peligroso. Entonces, este estado fisiológico, se supone repercute de forma significativa en la gestante, provocando una motivabilidad normativa disminuida, por lo cual la agente no realiza una conducta de acuerdo a su estado normal de aprehensión normativa. Esta situación en la que se encuentra la mujer determina en ella una disminución de su capacidad de culpabilidad, por lo que el fundamento último de la atenuación de la pena hay que situarlo en una disminución de la imputabilidad de la madre, y no en un supuesto estado de necesidad, como ha sido afirmado por algún autor, en la medida en que aquí no concurre ningún conflicto de intereses, presupuesto básico para la existencia de un estado de necesidad³⁵.

³¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Ob cit, p. 84.

³² HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. T.I. Juris; Lima, 1995, p. 109.

³³ VILLA STEIN, Javier. Ob cit, p. 113.

³⁴ El sistema helvético 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. Así es como desde nuestro anterior Código Penal, nuestra legislación ha mantenido una postura helvética "pura".

³⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob cit, p. 63.

Para Bustos Ramírez³⁶, el solo hecho de tratarse el sujeto pasivo de un recién nacido no puede servir de fundamento del privilegio punitivo del ilícito penal de infanticidio, ya que implicaría una discriminación notable entre las personas (la vida de un recién nacido no tiene menor o mayor valor que la de otra persona), por tanto una violación flagrante de la Constitución³⁷. Tampoco en la actualidad se puede sostener, como fundamento del privilegio, el móvil de “ocultar la deshonra” (esto es, la honra desvalorando la vida de la persona), si bien se podría considerar una circunstancia posiblemente a tener en cuenta (y no en relación a la deshonra misma, sino su carácter emocional, con lo cual no se vería razón para plantear un límite de tiempo).

VI. GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

El delito se perfecciona en el instante en que el agente pone fin a la vida de su indefensa víctima. Es irrelevante determinar los medios y la forma empleada para calificar el delito, pudiendo ser por estrangulamiento, por inanición, sumersión, sepultamiento, etc. Es posible la tentativa al ser el infanticidio un hecho punible de resultado lesivo al bien jurídico vida; por ejemplo, cuando la madre después de dos días de haber tenido un parto complicado, se dispone a dar muerte al causante de sus intensos dolores mediante sumersión, siendo el caso que cuando ya tenía al recién nacido por dos minutos debajo del agua, hizo su aparición su cónyuge y padre de la criatura, evitando que se produzca el resultado letal luego de un alterado forcejeo³⁸.

VII. PARTICIPACIÓN

Los motivos que sostienen la atenuación de la pena, son estrictamente personales, y siendo que autora sólo pondrá serlo la madre, éstos no podrán ser extensibles a los otros intervinientes, según lo dispuesto en el artículo 26 del Código penal³⁹. Al tratarse de un delito personalísimo la condición del estado puerperal es incommunicable, luego el partícipe –*extraneus*- respondería por un delito de homicidio –si no es pariente por línea de consanguinidad -o de parricidio- si es, por ejemplo, padre o abuelo del recién nacido⁴⁰.

³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Ariel, Barcelona, 1986, p. 39.

³⁷ **Artículo 2 de la Constitución Política del Estado.**- Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (...).

³⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Ob cit, p. 86.

³⁹ **Artículo 26 del Código penal.**- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

⁴⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Ob cit, p. 65.

Si terceros concurren en la comisión del delito de infanticidio, estos no pueden ser autores, por cuanto el tipo penal señala que sólo la madre es sujeto activo del mencionado ilícito penal⁴¹; en dicho supuesto, los terceros responderán en calidad de partícipes de delitos diferentes al infanticidio; por ejemplo: el galeno que coadyuva a la madre para que de muerte a su hijo recién nacido, será cómplice de un asesinato o de un homicidio simple dependiendo del caso, y si éste es el padre del niño, su conducta será penalizada como una acción parricida. Dicha participación se fundamenta en la infracción del deber negativo (*neminem leade*).

Al constituir un tipo penal privilegiado que se basa en un especial y/o particular estado fisiológico, no resulta posible una autoría mediata (delito especial impropio) de una persona distinta a la madre. Quien obra desde atrás, con dominio de la voluntad sobre la madre, y hace que ésta de forma ciega mate a su infante, mediante un brebaje venenoso que suponía un medicamento, por mas que se encuentre influenciada por el estado puerperal, por las razones antes expuestas, no dará lugar a un infanticidio, sino a un homicidio doloso (asesinato) por parte del autor mediato, y al actuar la madre bajo un error, quedará exenta de pena. Al revés, si la madre –influenciada por el estado puerperal-, es quien domina la acción y con ello la voluntad del hombre de adelante, que resulta ser su hijo, a quien le ordena dar un biberón con leche envenenada al hermano nacido, desconociendo el primero el contenido del mismo, produciendo así la muerte del segundo, en este caso si cabría admitir la autoría mediata de la madre⁴². En el infanticidio, el tipo penal no hace alusión a la forma como debe matarse al sujeto pasivo, y la autoría mediata correspondería a una de ellas.

Por ser benigna la pena, puede parecer una injusticia que a un partícipe que no se encuentre en las especiales circunstancias que exige el tipo penal para la agente, sea merecedor de la atenuante o minorante; sin embargo, este supuesto de ningún modo puede ser un argumento para romper los principios generales de la figura penal de la participación⁴³.

VIII. PENALIDAD

Después del debido proceso donde queda claro la forma, medios y circunstancias en que actuó el sujeto activo, así como su personalidad, la autoridad jurisdiccional podrá imponerle una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o también de acuerdo a las circunstancias le impondrá una pena imitativa de derechos de prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas. Esto es,

⁴¹ Ver URQUIZO OLAECHEA, José. *Código penal*. T. I, IDEMSA, Lima, 2010, p. 359.

⁴² PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. Ob cit, p. 129.

⁴³ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*. Ob cit, p. 86.

facultativamente, el juzgador le impondrá una pena privativa de libertad o una pena limitativa de derechos a la madre que dolosamente mate a su hijo durante el parto o bajo influencia del estado puerperal.