

EL DELITO DE INFANTICIDIO: UN CASO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY PENAL

THE CRIME OF INFANTICIDE: A CASE OF
CRIMINAL LAW UNCONSTITUTIONALITY

LAURA MAYER LUX*

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto destacar los problemas de constitucionalidad del tipo penal de infanticidio regulado en el artículo 394 del Código Penal chileno, así como plantear la necesidad de modificar dicha figura delictiva en un sentido que tutele adecuadamente tanto los derechos fundamentales del recién nacido, como las garantías constitucionales de la madre. Para ello, se parte de la base de que no basta con suprimir la existencia del tipo penal de infanticidio para superar la inconstitucionalidad de la figura, si dicha supresión no va acompañada de un tratamiento punitivo de la mujer que sea acorde con la culpabilidad de la misma.

Palabras clave: Derecho constitucional a la vida, trastorno puerpera, principio de culpabilidad, culpabilidad disminuida, exigibilidad.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the problems of constitutionality within the crime of infanticide regulated in article 394 of the Chilean Criminal Code, as well as to express the need for amending this offense in a way that will safeguard the constitutional rights of the new born and the constitutional guarantees of the mother. In doing so, it assumes that is not enough to eliminate the existence of the crime of infanticide to overcome the unconstitutionality of the figure, if such elimination is not accompanied by the punitive treatment of women in line with their own culpability.

Keywords: Constitutional right to life, puerperal disorder, principle of culpability, diminished culpability, enforceability.

Recibido: 5 de noviembre de 2012.

Aceptado: 5 de diciembre de 2012.

* Doctora en Derecho, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: laura.mayer@ucv.cl
La autora agradece al profesor Jaime Vera Vega por sus valiosos comentarios para la elaboración del presente trabajo.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tipo penal de infanticidio, sancionado en el artículo 394 del Código Penal chileno, dispone: “Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”. Si comparamos su pena con la de otras figuras protectoras de la vida humana independiente, donde también podría subsumirse la conducta del padre, la madre o los demás ascendientes que matan al recién nacido que no ha superado cuarenta y ocho horas de vida desde el evento del parto, advertiremos que la misma es considerablemente menor. En efecto, mientras que el delito de infanticidio es castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, la pena del tipo penal de parricidio, que en el artículo 390 del Código Penal chileno castiga al que “conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente”, puede llegar a presidio perpetuo calificado. Por su parte, si confrontamos la pena del infanticidio con la del homicidio calificado del artículo 391 número 1., circunstancia primera, que castiga al que mate a otro con alevosía¹, elemento típico que puede presentarse en la provocación de la muerte de un recién nacido², advertiremos nuevamente que se trata de una figura mucho más drástica que la del artículo 394, por cuanto impone la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo.

Independientemente de que consideremos que el infanticidio es un parricidio³ o un homicidio (calificado) privilegiado⁴, lo cierto es que las penas del infanticidio son considerablemente inferiores a

¹ Pero sin estar comprendido en el artículo 390 del Código Penal chileno, según dispone expresamente el artículo 391.

² Cfr. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 513. Con matices, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 56 ss.

³ Véase ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 75.

⁴ Cfr. POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 56 ss.

las de los tipos de parricidio y de homicidio calificado, cuestión que plantea la necesidad de justificar por qué matar a un recién nacido que no ha superado las cuarenta y ocho horas de vida merece menos pena que matar a un ser humano que ya ha cumplido esa edad. Y por más que se intente encontrar un fundamento al tratamiento punitivo de la figura, ello resulta imposible atendida la forma en que se encuentra actualmente descrita la conducta típica en el Código Penal chileno. Pues mientras el infanticidio contemplado en códigos penales foráneos hace alusión al denominado móvil de honor o al trastorno puerperal de la mujer⁵, nuestro Código punitivo omite cualquier alusión a los mismos. A ello se agrega la extensión del privilegio penal a la madre, pero también al padre y a todos los demás ascendientes del recién nacido, lo cual, unido a la falta de referencia al móvil de honor o a otro que justifique un tratamiento punitivo privilegiado de ascendientes diversos de la madre, acarrea, por ejemplo, que el abuelo que mata a su nieto recién nacido, movido por la codicia o la pura maldad⁶, se vea injustificadamente beneficiado con la menor pena del delito de infanticidio.

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE INFANTICIDIO EN RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIDA

El inciso primero del artículo 19 número 1 de la Constitución chilena asegura a todas las personas, entre otras cosas, el derecho a la vida. Dicha garantía constitucional, con la que se inicia el catálogo de derechos fundamentales contenido en nuestra Constitución, está integrada por dos realidades: una de carácter biológico, es decir, la “vida” en tanto “estado de actividad de los seres orgánicos”⁷, la cual se opone a la noción, también biológica, de muerte; y una de carácter jurídi-

dica de Chile, 2005, p. 82, quienes califican al infanticidio como una figura especial de homicidio.

⁵ Cfr. solamente el Código Penal de Uruguay (artículo 313), como normativa que contiene un trato privilegiado, entre otros, de la madre en virtud de la *causa honoris*; y los códigos penales de Austria (§ 79) y Portugal (artículo 136), como ordenamientos que contemplan un tratamiento privilegiado de la madre que se encuentra afectada por el trastorno puerperal.

⁶ Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 78.

⁷ Así, la segunda acepción de la voz “vida” contenida en el sitio web del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado el 31 de octubre de 2012.

co, que identificamos con el “derecho constitucional a la vida” como concepto normativo constitucional incardinado dentro del conjunto de garantías fundamentales consagradas en el artículo 19 del texto constitucional chileno⁸. Si distinguimos “vida” de “derecho constitucional a la vida”, podemos sostener que la “vida” constituye la base biológica de la existencia humana y el presupuesto “físico” del ejercicio de las demás garantías constitucionales⁹. Mientras que el “derecho constitucional a la vida”, en tanto realidad normativa y no meramente biológica, implica los conceptos de libertad e igualdad a que alude el artículo 1 de la Constitución chilena, de suerte tal que puede entenderse como un derecho que se ejerce autónoma e igualitariamente por parte de todos quienes son titulares del mismo¹⁰.

De las propias normas constitucionales que regulan el derecho a la vida, se desprende que su titular es la persona y que “persona” alude a un ser humano nacido¹¹. Como acertadamente sostiene ALDUNATE LIZANA, “[l]a afirmación de la calidad de persona desde el momento de la concepción es sustentable desde un punto de vista extrajurídico, pero no parece encontrar fundamento en la estructura del artículo 19”¹². Las garantías descritas en dicho artículo no se encuentran ase-

⁸ Cfr. MAYER LUX, Laura, “La vida del que está por nacer como objeto de protección legal”, en: *Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar*, Nº 5, Primer semestre (2011), p. 67, con referencias ulteriores.

⁹ Solo desde este punto de vista resulta acertado afirmar, que “[l]a vida humana es el presupuesto necesario de todos los demás derechos fundamentales, sin el cual estos últimos no podrían gozarse ni ejercerse” (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 1, Santiago, Librotecnia, 2008, p. 367).

¹⁰ Véase, más profundamente, y con especial énfasis en la noción de derecho constitucional a la vida autónoma, MAYER, “La vida...”, p. 67.

¹¹ El punto ya se analizó en MAYER, “La vida...”, pp. 64 ss., con referencias ulteriores. En cambio, sostiene que también sería titular de derechos y, concretamente, del derecho a la vida “(...) la persona que se halla aún en el vientre materno, cualquiera sea el tiempo transcurrido en su proceso de gestación”, la cual “(...) tiene el derecho a vivir”, CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II –2ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, p. 101. Véase asimismo BRONFMAN VARGAS, Alan, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política Comentada, Parte Dogmática*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2012, pp. 81 ss., y NOGUEIRA, *Derechos fundamentales...*, Tomo 1, pp. 371 ss.

¹² ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 150.

guradas en beneficio del “que está por nacer”¹³, no obstante lo cual, su vida es objeto de protección imperativo para el legislador por expreso mandato constitucional¹⁴.

El derecho constitucional a la vida de que son titulares todas las personas no admite ser valorado cualitativamente: la “personalidad” de que goza todo ser humano nacido no admite ponderaciones¹⁵. Toda persona, en cuanto tal, es titular en el mismo sentido y con idéntico alcance del derecho constitucional a la vida. Por lo mismo y mientras no acaezca la muerte de la persona, cualquier distinción legal o administrativa que se efectúe respecto del sentido y alcance del derecho fundamental a la vida de que ella es titular, ha de ser considerada como inconstitucional¹⁶. Desde un punto de vista constitucional, a dicha conclusión puede llegarse si se atiende a la forma cómo está regulado el derecho a la vida, el cual se encuentra asegurado por la Constitución chilena a todas las personas sin distinción (artículo 19 número 1); pero también si se considera la manera en que está establecida la garantía de igualdad ante la ley, que consagra, entre otras cosas, que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias (artículo 19 número 2)¹⁷, esto es, meramente caprichosas o carentes de razón¹⁸. La inconstitucionalidad de las ponderaciones cualitativas que el legislador o la autoridad efectúe respecto del sentido y alcance del derecho constitucional a la vida puede asimismo fundamentarse en lo establecido en el artículo 1 de la Constitución chilena. Dicha norma

¹³ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, p. 92.

¹⁴ Véase MAYER, “La vida...”, p. 69.

¹⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, “Rechtmäßige Abtreibung von Personen?”, en: *Juristische Rundschau* (2000), p. 406.

¹⁶ Cfr. MAYER, “La vida...”, p. 69.

¹⁷ Similar es el contenido del artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”; así como lo establecido en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁸ Cfr. BRONFMAN, MARTÍNEZ y NÚÑEZ, *Constitución Política Comentada...*, p. 97.

dispone, en su encabezado, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. En lo que interesa a la problemática que analizamos, la disposición indicada vincula el valor de la igualdad con el concepto de derechos, sosteniendo, en ese orden de ideas, que las personas nacen iguales en derechos por mandato constitucional.

La actual regulación del tipo penal de infanticidio, en cambio, plantea la existencia de dos categorías de persona: las que aún no han cumplido cuarenta y ocho horas de vida y las que ya han superado dicho umbral de existencia. Para el Código Penal chileno, la vida de un recién nacido de menos de cuarenta y ocho horas de vida tiene menos valor que la de cualquier otra persona, cuestión que se ve reflejada en el tratamiento punitivo que se brinda a las figuras protectoras de la vida humana independiente contenidas en los artículos 390 y siguientes, los cuales no tutelan a toda persona en el mismo sentido y con el mismo alcance. El principio, según el cual matar a un recién nacido, a un anciano, o bien a un hombre o a una mujer, constituye idéntico injusto penal¹⁹, es relativizado por el legislador penal chileno que, con la actual regulación del delito de infanticidio, introduce una distinción cualitativa a la tutela penal de la vida. El ser humano nacido que no ha superado las cuarenta y ocho horas de existencia y que, de acuerdo con la Constitución chilena, es titular del derecho constitucional a la vida en el mismo sentido y con el mismo alcance que cualquier otra persona, se encuentra penalmente menos protegido que cualquier otro ser humano nacido en lo que dice relación con dicha garantía constitucional. De ahí que se sostenga que el tipo de infanticidio del Código Penal chileno “[a]parece como una clara discriminación del recién nacido en relación con los demás descendientes (...)”²⁰, toda vez que, desde el punto de vista constitucional, la edad de la persona no juega ningún papel en lo que dice relación con su derecho a un trato y a una protección jurídica igualitarios de sus garantías constitucionales²¹.

¹⁹ Véase al efecto INGELFINGER, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 9.

²⁰ GARRIDO, *Derecho Penal...*, p. 85.

²¹ Cfr. FRICK, Verena, *Die Kinstöpfung im deutschen und englischen Recht*, Aachen, Shaker, 1995, p. 81.

3. FUNDAMENTOS DOCTRINALES RELATIVOS A LA REGULACIÓN DEL DELITO DE INFANTICIDIO

La dispar protección penal de la vida humana independiente que consagra el Código Penal chileno, ha llevado a que la doctrina nacional se pregunte por el fundamento de semejante diferenciación. En Derecho comparado son dos los argumentos que principalmente se esgrimen a la hora de justificar el tratamiento penal privilegiado del ascendiente que provoca la muerte activa o pasiva de un recién nacido, en relación con la realización de dicho comportamiento en contra de cualquier otra persona. Por una parte, la denominada *causa honoris* o móvil de honor; por la otra, el trastorno puerperal de la madre de ese recién nacido.

La razón de la menor penalidad del infanticidio llevado a cabo en virtud del móvil de honor se encontraría en la finalidad de salvaguardar el honor sexual de la mujer que ha dado a luz. Los casos que la doctrina cita como fuentes de la posible deshonor sexual de la madre son de la más diversa índole y van desde el mero desliz sexual²² hasta la violación²³, si bien todos tendrían en común la supuesta menor reprochabilidad de la mujer que mata a su hijo recién nacido movida por la finalidad de evitar la reprobación social que supondría el conocimiento público de su alumbramiento.

Pese a que algunos autores han intentado dar una interpretación moderna al móvil de honor como fundamento del privilegio punitivo del infanticidio²⁴, la finalidad de preservar una cierta reputación moral pública basada en la observancia de determinadas conductas sexuales²⁵ no parece ir en sintonía con los cambios que ha experimenta-

²² Véase BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "Parricidio e infanticidio: ¿Dos especies a extinguir?", en: UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (edit.), *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, València, Universitat de València, 1989, p. 147.

²³ Véase MORRA, Carlos A., "Concepto del estado puerperal. Infanticidio", en: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXXI, N° 1-3 (1967), p. 94, p. 96. Crítico, por su parte, TOCORA, Fernando, *Derecho Penal Especial* -3ª edición-, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991, pp. 31 ss.

²⁴ Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Infanticidio. Proyecto de restablecimiento de la atenuante", en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Año I (2011), pp. 27 ss.

²⁵ Véase, en sentido análogo, MENDOZA, José Rafael, "Infanticidio por móvil de honor", en: *Revista de Derecho Penal Argentino*, Año IV, N° 2 (1948), pp. 147 ss.

do la sociedad chilena²⁶. En efecto, y salvo en círculos minoritarios en extremo retrógrados, nuestra sociedad ha avanzado tanto en materia de control de la natalidad²⁷, como en lo que concierne al respeto por la moral sexual de sus integrantes en cuanto expresión del derecho constitucional a la vida privada (artículo 19 número 4)²⁸. A ello se agrega el problema que plantea la posible supervaloración de la honra de la mujer en desmedro de un interés de mayor entidad jurídica: la vida del recién nacido²⁹.

Como otro de los fundamentos de la penalidad privilegiada del delito de infanticidio, suele citarse al denominado trastorno puerperal, esto es, la tensión emocional o alteración psíquica transitoria³⁰ producto del influjo perturbador del embarazo y el parto³¹. Dicha tensión emocional no alcanzaría a tener la intensidad de la locura o demencia o de la privación total de razón como supuestos de inimputabilidad, ni tendría el carácter de una psicosis³², pero sí supondría

²⁶ En ese orden de ideas GARRIDO, *Derecho Penal...*, pp. 85 s. Véase también, a propósito del antiguo infanticidio del § 217 del StGB, SIEG, Rainer, "Gegen die Privilegierung der Tötung des nichtehelichen Kindes (§ 217 StGB)", en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 102 (1990), p. 312.

²⁷ Véase HUBER, Barbara, "El delito de infanticidio", en: *Revista de Derecho Penal*, Nº 1 (2003), p. 142.

²⁸ Para NOGUEIRA, *Derechos fundamentales...*, Tomo 1, p. 629, la vida sexual forma parte de la intimidad, concepto que puede concebirse como un aspecto de la vida privada.

²⁹ Véase TOCORA, *Derecho Penal Especial...*, p. 30.

³⁰ Véase, en ese sentido, BORJA, "Parricidio e infanticidio...", p. 147. Si bien el trastorno puerperal suele ser asociado con la denominada depresión posparto, es posible distinguir ambas patologías. Cfr. al efecto HORNSTEIN, Christiane, HOHM, Erika y TRAUTMANN-VILLALBA, Patricia, "Die postpartale Bindungsstörung: Eine Risikokonstellation für den Infantizid?", en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, Nº 1 (febrero de 2009), p. 4.

³¹ Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Artigo 136.º", en: EL MISMO, *Comentário do Código Penal* -2ª edición-, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 420, número marginal 3. Véase también HUBER, "El delito...", p. 147, así como desde un punto de vista médico, EVANS M., Gregorio, VICUÑA M., Mcjohn y MARÍN, Rodrigo, "Depresión posparto realidad en el sistema público de atención de salud" [en línea], en: *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, vol. 68, n. 6 (2003) [citado el 31 de octubre de 2012], http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso

³² Cfr. ZAFFARONI, "Infanticidio. Proyecto...", p. 25. Véase asimismo, desde un punto de vista médico, GARCÍA LÓPEZ, Mª Teresa y OTÍN LLOP, Raúl, "Sobre la psicosis puerperal" [en línea], en: *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*,

una acción irreflexiva, si bien más o menos consciente de la madre, determinada por la alteración de su ánimo³³.

Desde el punto de vista de sus consecuencias penales, el trastorno puerperal implicaría una reprochabilidad menor o culpabilidad acen- tuadamente disminuida³⁴ de la mujer que lleva a cabo la conducta típica de infanticidio. Así entendido, el trastorno puerperal no presentaría los problemas del móvil de honor en el sentido de tratarse de un fundamento anacrónico y de escasa entidad como para justificar las consecuencias de su acogida. Por el contrario, en el evento de presentar la mujer una tensión emocional basada en causas físicas y psíquicas ligadas con el embarazo y el alumbramiento, habría que plantear su tratamiento punitivo privilegiado, como veremos en seguida.

La pregunta que cabe plantearse a estas alturas es la de si acaso la normativa chilena relativa al infanticidio alude a algunos de los fundamentos que, en Derecho comparado, han servido tradicionalmente como fundamento de la penalidad privilegiada de dicha figura. De la sola lectura de la norma contenida en el artículo 394 del Código Penal chileno es posible responder a dicha cuestión en términos negativos. En efecto, el legislador penal nacional no considera alusiones ni a la denominada *causa honoris* ni al trastorno puerperal de la mujer que ha dado a luz. Más aún, incluye dentro del listado de posibles beneficiarios del privilegio punitivo a todos los ascendientes del recién nacido, cuestión que hace dudosa la invocación del móvil de honor³⁵ y evidentemente insostenible la del trastorno puerperal, que solo puede afectar a la madre, no así al padre o a los abuelos. Por lo mismo, la doctrina chilena ha criticado acertadamente la tipificación actual

vol. 27, n. 2 (2007) [citado el 31 de octubre de 2012], http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352007000200017&lng=es&nrm=iso

³³ Como puede advertirse, esta noción de trastorno puerperal no se restringe a ningún factor desencadenante del mismo, pudiendo identificarse con un cuadro psiquiátrico, o bien, con una situación de desamparo o miseria social de la que la madre pretende evadirse a través del consumo de alcohol y de drogas. Cfr., en ese sentido, MUNDT, Christoph, "Pathologischer Altruismus, Narzissmus und Dissoziation als Vorbedingungen für Infantizid", en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, N° 1 (febrero de 2009), pp. 16 ss.

³⁴ Cfr. ZAFFARONI, "Infanticidio. Proyecto...", p. 22. Véase también ALBUQUERQUE, "Artigo 136.º...", p. 420, número marginal 3.

³⁵ De otra forma ETCHEBERRY, *Derecho Penal, Parte Especial...*, p. 76, con expresa alusión a los abuelos maternos contenidos como sujetos activos de infanticidio en la antigua legislación española, en quienes, a juicio de dicho autor, "(...) lógicamente puede suponerse concurrente (...) el deseo de ocultar su deshonra (...)".

del delito de infanticidio³⁶, al punto de llegar a sostener que encontrar una justificación para la menor penalidad de la figura no resulte posible³⁷. Si volvemos al punto de partida de este trabajo, donde se puso de relieve la protección penal diferenciada entre la vida de una persona de menos y otra de más de cuarenta y ocho horas de existencia y no habiendo un fundamento lo suficientemente poderoso como para justificar semejante distinción de protección, ha de concluirse que la norma del artículo 394 del Código Penal chileno es contraria a la Constitución. El derecho constitucional a la vida de que son titulares todas las personas sin distinción, se encuentra infundada y, de esta forma, inconstitucionalmente tutelado en las normas penales protectoras de la vida humana independiente consagradas en nuestro Código punitivo.

4. EL PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD PENDIENTE: LA NECESIDAD DE SANCIONAR A LA MUJER SOBRE LA BASE DE LA EXTENSIÓN CONCRETA DE SU CULPABILIDAD

Si bien la actual regulación del tipo penal de infanticidio ha sido criticada, y con razón, por la doctrina penal nacional, no basta con suprimir dicha figura para resolver los problemas constitucionales que plantea la consagración de dicho delito. Pues si bien ello superaría la insostenible diferenciación entre la tutela penal de la vida de un recién nacido que no ha superado las cuarenta y ocho horas de existencia y la protección punitiva de la vida de una persona que sí ha traspasado dicho umbral, el ordenamiento jurídico penal también tiene que tener en cuenta un conflicto subyacente a la ejecución de la conducta típica: si acaso la mujer actuó o no bajo los efectos del trastorno puerperal³⁸, esto es, si cometió el delito en una hipótesis

³⁶ Cfr. POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 103 ss. Véase también POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones Parte Especial...*, p. 81, con referencias ulteriores.

³⁷ Cfr. GARRIDO, *Derecho Penal...*, p. 85.

³⁸ En la misma línea se pronuncia ZABEL, Benno, “Der Neonatizid in forensischer Psychiatrie und höchstrichterlicher Rechtsprechung”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 5, Nº 4 (noviembre de 2011), p. 268, en el sentido de destacar que la discusión sobre el carácter legítimo o ilegítimo del niño, que determinaba la punibilidad de la conducta de la mujer en el antiguo infanticidio alemán del § 217 del StGB, tendió a esconder un conflicto que afectaba a la madre, a saber,

de culpabilidad disminuida o aun acentuadamente disminuida³⁹. Tal consideración nos plantea un problema de constitucionalidad diverso de la tutela penal de la vida de todas las personas sin distinción, a saber, la existencia de un ordenamiento punitivo respetuoso del principio de culpabilidad. Dicho conflicto seguirá presente por más que se suprima el tipo penal de infanticidio del Código Penal chileno. La derogación de dicha figura podrá mejorar la tutela legal de la vida del recién nacido que no ha cumplido cuarenta y ocho horas de existencia frente a lo dispuesto en la Constitución chilena en materia de derechos fundamentales, pero no habrá resuelto de manera certera el problema del castigo de la madre que se encuentra en una situación de culpabilidad disminuida. Por otra parte, el peligro de imponerle una pena injusta o que no retribuya su culpabilidad⁴⁰ aumenta en un supuesto como el del infanticidio, si se tiene en cuenta que la derogación de la figura provocará la necesidad de castigarla, las más de las veces, como parricida⁴¹ y que la aplicación de las atenuantes generales no resulta del todo evidente a su caso ni implica, necesariamente, un castigo proporcional.

su situación de vida desprovista y vinculada, en ese sentido, con una personalidad temporal o parcialmente desestabilizada.

³⁹ GARRIDO, *Derecho Penal...*, pp. 85 s., considera recomendable, de *lege ferenda*, eliminar la figura, pese a reconocer que ciertos factores endógenos y exógenos pueden repercutir en la culpabilidad de la madre, “cuyo comportamiento debería ser objeto de un menor reproche dadas estas eventualidades”. Por otra parte, y más allá de la problemática constitucional que presenta la tutela diferenciada de la vida en las figuras protectoras de la vida humana independiente del Código Penal chileno, la escasa frecuencia práctica en la comisión del delito de infanticidio no parece ser un argumento convincente como para aprobar, sin más, su derogación. Sobre la poca relevancia práctica de la figura cfr. solamente SIEG, “Gegen die Privilegierung...”, pp. 292 ss.

⁴⁰ Cfr., desde un punto de vista más general, KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución”, en: EL MISMO y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2011, pp. 20 ss., así como KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, en: EL MISMO y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2011, pp. 147 ss.

⁴¹ En el mismo orden de ideas ZABEL, “Der Neonatizid...”, p. 269, a propósito de la necesidad de castigar a la mujer, por mandato del legislador, a título de asesinato por motivos bajos (*Mord aus niedrigen Beweggründen*) del § 211 del StGB.

a. El principio de culpabilidad como principio constitucional

Pese a que el principio de culpabilidad no se encuentra contenido de manera expresa en la Constitución chilena, su consagración puede desprenderse de diversas normas constitucionales⁴², como el artículo 1, que reconoce, entre otras cosas, el valor de la dignidad humana⁴³ y el artículo 19 número 3 inciso séptimo, según el cual, la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal⁴⁴. La posibilidad de fundar el principio de culpabilidad en el valor de la dignidad humana supone basar dicho principio en una idea de persona como sujeto y nunca como instrumento o medio para el desarrollo de otros fines⁴⁵.

⁴² Más bien escéptico en lo relativo al reconocimiento constitucional de dicho principio, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 9 (2007), pp. 18 ss.

⁴³ En el mismo sentido, a propósito de la falta de consagración expresa del principio de culpabilidad en la Constitución alemana, pero destacando la posibilidad de derivarlo, entre otras cosas, de la dignidad humana como valor inviolable (artículo 1, apartado 1 de la Carta Fundamental alemana), KINDHÄUSER, “Retribución de culpabilidad...”, p. 147, con nota a pie de página número 1.

⁴⁴ En la ciencia penal chilena, vinculan el principio de culpabilidad con el de irretroactividad del artículo 19 número 3 inciso octavo de la Constitución chilena, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe, “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIII (1989-1990), pp. 131 ss. Una argumentación similar se lleva a cabo en Alemania, en el sentido de señalar que el principio de culpabilidad deriva del principio de Estado de Derecho, el cual, a su vez, se fundamenta en el artículo 103 II de la Constitución alemana. Cfr. DÖLLING, Dieter, “Die Kindestötung unter strafrechtlichen Aspekten”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, Nº 1 (febrero de 2009), p. 33 y KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* –5ª edición–, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 178, número marginal 2, quien basa el principio de culpabilidad en el concepto de Estado de Derecho, en la dignidad humana y en la libertad general de acción. Véase también, en la dogmática argentina, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 132. Para la noción de Estado de Derecho como forma de gobierno caracterizada por el sometimiento del poder al Derecho cfr. NASH ROJAS, Claudio, “Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca”, en: *Derecho y Humanidades*, Nº 18 (2011), p. 74. Véase asimismo, para dicho concepto, ALDUNATE, *Derechos fundamentales...*, pp. 63 ss. En lo que atañe al principio de culpabilidad, el Estado de Derecho solo está facultado para castigar penalmente a un individuo en quien concurra culpabilidad.

⁴⁵ Así, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo 2, Santiago, Librotecnia, 2008, p. 220. A juicio de GROPP, Walter,

La dignidad humana, que es inherente a toda persona, se predica de un individuo potencialmente racional⁴⁶, dotado de libertad y llamado a la autodeterminación⁴⁷, de un sujeto responsable de sus propios actos⁴⁸ y al cual pueden imputársele las consecuencias de los mismos. Respecto de la posibilidad de basar el principio de culpabilidad en la norma constitucional, según la cual, la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, se sostiene que dicha prohibición se refiere a todos los presupuestos de la responsabilidad penal "(...) y en el caso concreto del delito (...) comprende todos sus elementos, porque la presunción que se estableciera a nivel de uno cualquiera de ellos, ciertamente vulneraría el principio de racionalidad y justicia procesales"⁴⁹.

Además de sustentarse en el valor de la dignidad humana y en la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, el principio de culpabilidad puede desprenderse de la garantía de igualdad ante la ley⁵⁰ del artículo 19 número 2 de la Constitución chilena. Dicha regla implica, entre otras cosas, una proscripción de la discriminación arbitraria, la cual puede sintetizarse en la máxima de no tratar de manera diferente a quienes se encuentran en la misma situación jurídica⁵¹, pero también excluir un trato igualitario "(...) de personas que se encuentran en situaciones en que hay diferencias jurídicas relevantes, que obligarían a un tratamiento diferenciado"⁵². En lo que

Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin-Heidelberg, Springer, 1997, p. 59, número marginal 43, imponer una pena sin que exista culpabilidad en el agente supone tornar al individuo en un mero objeto del actuar estatal, vulnerando su dignidad. Para GROPP, de seguirse un planteamiento como el indicado, ya no podría diferenciarse entre adiestrar a un animal y castigar penalmente a una persona.

⁴⁶ Véase ALDUNATE, *Derechos fundamentales...*, pp. 98 ss.

⁴⁷ Cfr. MAIHOFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2008, p. 61.

⁴⁸ Cfr. NOGUEIRA, *Derechos fundamentales...*, Tomo 2, p. 220.

⁴⁹ RODRÍGUEZ y DE LA FUENTE, "El principio...", p. 146. Una línea argumentativa similar plantea GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 12 (1994), pp. 190 ss.

⁵⁰ Cfr. GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, p. 59, número marginal 44, quien vincula el principio de culpabilidad con la máxima de igualdad.

⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001, p. 136.

⁵² NOGUEIRA, *Derechos fundamentales...*, Tomo 2, p. 229. Véase también BRONFMAN, MARTÍNEZ y NÚÑEZ, *Constitución Política Comentada...*, p. 95.

respecta al tipo penal de infanticidio, derogar la figura sin resolver la injusticia que supondría castigar con la misma pena a la madre que se encuentra en un caso de culpabilidad disminuida o acentuadamente disminuida y aquella que no se halla bajo dicho supuesto, implicaría tratar de manera igual a quienes, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, son diferentes⁵³. Si la pena estatal ha de retribuir de manera equitativa el daño culpable provocado por el agente⁵⁴, dicho objetivo se verá truncado en aquellos casos en que el castigo punitivo no guarde relación con el nivel de culpabilidad presente en el sujeto activo del delito.

La culpabilidad del agente es un presupuesto de la pena estatal⁵⁵. Su responsabilidad penal se encuentra fundamentada “cuando, en las circunstancias del caso, se podía esperar del autor que evitara la realización del tipo delictivo en pos del seguimiento de la norma que prohíbe el comportamiento en cuestión”, pudiendo esperarse tal seguimiento de la norma si el sujeto activo del delito tenía capacidad de acción, es decir, si era capaz tanto cognitiva como físicamente de formarse la intención de evitar la realización del tipo penal, y si tenía capacidad de motivación⁵⁶.

La extensión de la pena estatal no puede superar la medida de culpabilidad presente en quien realiza la conducta típica⁵⁷. Ella debe, en este orden de ideas, compensar única y exclusivamente el daño culpable provocado por el agente⁵⁸, esto es, guardar estricta relación

⁵³ En el mismo orden de ideas parece pronunciarse NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Tomo I –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 439, al sostener que si la capacidad de razonamiento y de determinación del sujeto está disminuida, “(...) también ha de hallarse aminorada su capacidad para ser objeto de reprobación jurídica”. Véase también CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, 1957, p. 280.

⁵⁴ Véase GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, p. 59, número marginal 44.

⁵⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* –7ª edición–, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, p. 132, número marginal 63. Véase para ello, también, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *Culpabilidad y pena*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 19 ss., con referencias ulteriores.

⁵⁶ Así, la formulación de KINDHÄUSER, “Retribución de culpabilidad...”, pp. 147 ss.

⁵⁷ Cfr. FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil* –5ª edición–, München, Beck, 2011, p. 27, número marginal 1 y KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, p. 178, número marginal 1.

⁵⁸ De forma análoga KINDHÄUSER, “Retribución de culpabilidad...”, p. 148.

“(...) con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible efectuar al autor”⁵⁹.

Sobre la base de lo indicado puede concluirse que la culpabilidad determina, primero, si acaso puede imponerse una pena y, segundo, cuál ha de ser la extensión de la misma sobre la base del juicio de evitabilidad, así como de la capacidad de acción y de motivación del agente recientemente aludido. Sostener que el principio de culpabilidad se encuentra reconocido constitucionalmente supone afirmar que ambas dimensiones de dicho principio pueden fundamentarse en nuestra Carta Fundamental⁶⁰. Después de todo, los poderes públicos se encuentran vinculados a los derechos fundamentales, razón por la cual carecen de la facultad de disminuir las posibilidades de actuación de sus titulares “(...) si no es en virtud de una causa justificada, y solamente en la medida necesaria para obtener el fin que justifica dicha causa”⁶¹.

La acepción del principio de culpabilidad que aquí nos interesa es aquella que se denomina estricta o, lo que es lo mismo, principio de culpabilidad en sentido estricto⁶². En efecto, el problema penal que plantea la supresión legal del delito de infanticidio no dice relación con diversos límites al *Ius puniendi*, que suelen incluirse dentro del principio de culpabilidad en sentido amplio, a saber, “principio de personalidad de las penas”, “principio de responsabilidad por el hecho” y “principio de dolo o culpa”, sino que más bien con el llamado “principio de imputación personal”, según el cual, “(...) para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal”⁶³. En esta vertiente estricta del principio, culpabilidad supone exigibilidad, en el sentido de que el Estado solo

⁵⁹ RODRÍGUEZ y DE LA FUENTE, “El principio...”, p. 126.

⁶⁰ Por lo mismo, no parece correcto sostener que solo el aspecto cualitativo del principio de culpabilidad, esto es, la circunstancia de que la culpabilidad sea un requisito ineludible para la configuración del delito y la imposición de la pena estatal, se encuentre consagrado en la Constitución chilena, pero no así su aspecto cuantitativo, es decir, el hecho de que la culpabilidad guarde estricta relación con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que pueda efectuarse al agente (en ese sentido, en cambio, RODRÍGUEZ y DE LA FUENTE, “El principio...”, p. 126 en relación con pp. 148 ss.).

⁶¹ ALDUNATE, *Derechos fundamentales...*, p. 264.

⁶² Cfr. al efecto MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 132 s., número marginal 63 y 65.

⁶³ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, p. 132, número marginal 63.

podrá perseguir la responsabilidad penal de un sujeto que comprenda el injusto y al cual pueda exigírsele la realización de una conducta determinada conforme a Derecho⁶⁴ diversa de la llevada a cabo⁶⁵.

La pregunta que plantea el principio constitucional de culpabilidad respecto del tipo penal de infanticidio, es la de si a la madre que mata a su hijo recién nacido encontrándose bajo el denominado trastorno puerperal:

- 1) Puede efectuársele el reproche de culpabilidad, esto es, aquel “(...) que se hace al que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”⁶⁶.
- 2) Puede efectuársele el reproche de culpabilidad en los mismos términos que a la madre que mata a su hijo sin encontrarse en un supuesto de trastorno puerperal.

Si la madre que mata a su hijo recién nacido se encuentra, efectivamente y tras un análisis de todas las circunstancias que rodean el caso, en un supuesto de conmoción psíquica y, consiguientemente, de culpabilidad disminuida o de exigibilidad menor a la de la madre que actúa sin encontrarse bajo el influjo del trastorno puerperal, tendremos que concluir, necesariamente, que la pena de esa madre ha de ser también menor. Respetar el principio constitucional de culpabilidad en el delito de infanticidio implica sancionar penalmente a la madre en quien concurre culpabilidad y solo en la medida de dicha culpabilidad. La culpabilidad de la madre que mata a su hijo recién nacido permite fundamentar su castigo punitivo y determina, al mismo tiempo, la extensión que ha de alcanzar la pena que se le imponga⁶⁷. Como puede advertirse, este planteamiento no supone una valoración sobre el (menor) injusto del hecho, cuestión que volvería a plantear la inconstitucionalidad del tratamiento penal privilegiado de la madre,

⁶⁴ Cfr., en ese orden de ideas, FERNÁNDEZ, Gonzalo D., “Culpabilidad normativa y exigibilidad (A propósito de la obra de Freudenthal)”, en: FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y reproche en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2003, p. 39.

⁶⁵ Véase ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal...*, p. 132.

⁶⁶ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones Parte General...*, p. 243.

⁶⁷ Véase, desde una perspectiva más general, GROPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, p. 59, número marginal 44.

sino que sobre la menor culpabilidad de la mujer frente a ese hecho y sobre la adecuación de la pena estatal a la misma⁶⁸.

Sostener un tratamiento privilegiado de la madre que se halla bajo el influjo del trastorno puerperal no se opone a la idea de que los padres, en general, son garantes de la vida de sus hijos⁶⁹. En lo que respecta a la situación de la madre, el especial vínculo que la une con el recién nacido puede fundamentar su responsabilidad penal por homicidio o infanticidio omisivo, o bien por parricidio⁷⁰. El supuesto que aquí interesa, en cambio, solo incide en la extensión de la culpabilidad de la madre que provoca la muerte de su hijo en una situación de exigibilidad disminuida producto del trastorno puerperal que la afecta. Por lo mismo, es perfectamente posible que, pese a encontrarse en posición de garante respecto de la vida del niño, la madre termine, si no exenta de responsabilidad, al menos sufriendo una pena atenuada, debido al trastorno puerperal que la aqueja. La expectativa de actuación basada en el mandato que se impone a la madre garante supone, entre otras cosas, una disposición cognitiva y afectiva suficiente de su parte, que le permita comprender y evaluar la situación y, sobre esa base, tomar la decisión de matar o no al niño que ha dado a luz⁷¹. Por el contrario, la mujer que se encuentra bajo el influjo del trastorno puerperal carece de una disposición cognitiva suficiente en los términos recientemente indicados, cuestión que obliga, desde la perspectiva del principio de culpabilidad, a imponerle una pena acorde con la misma.

⁶⁸ Véase FRICK, *Die Kindestötung...*, p. 81. Cfr. asimismo, desde un punto de vista más general, GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 181 s., p. 186, excluyendo la posibilidad de apreciar en estos supuestos un menor injusto, pero no así una menor culpabilidad.

⁶⁹ Véase solamente FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* –58ª edición–, München, Beck, 2011, § 13, número marginal 15 y FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil...*, p. 287, número marginal 39.

⁷⁰ SIEG, “Gegen die Privilegierung...”, p. 305, destaca, a este respecto, que la posición de garante del agente comúnmente provoca el efecto opuesto a aquel que se presenta en el tipo penal de infanticidio, como es el de fundamentar o aun agravar la responsabilidad penal del autor.

⁷¹ Véase LAMMEL, Matthias, “Die forensisch-psychiatrische Beurteilung des Neonatizids unter besonderer Berücksichtigung des Eingangsmerkmals der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, N° 1 (febrero de 2009), p. 28.

b. Las dudas que plantea la aplicación de las atenuantes generales en caso de derogación del tipo penal de infanticidio

Si se suprime el tipo penal de infanticidio e intenta aplicar a la madre que lo comete, encontrándose afectada por el trastorno puerperal, algunas de las restantes figuras protectoras de la vida humana independiente, pueden plantearse una serie de interrogantes relativas al sentido y alcance que las atenuantes genéricas del artículo 11 tendrían en el supuesto que nos ocupa.

Respecto de la posibilidad de aplicar a la madre la atenuante del artículo 11 número 1 en relación con la eximente del artículo 10 número 1 del Código Penal chileno, el primer escollo que debe superarse es el de interpretar dicha atenuante, no en un sentido meramente formal, sino que desde un punto de vista material. Es decir, cuando el legislador penal determina una atenuación de la responsabilidad si, respecto de la locura o demencia o de la privación total de razón, “no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad”, debemos entender que, más que faltar uno, dos o más requisitos de dichos cuadros psiquiátricos, lo que no concurre es la intensidad de los mismos⁷². A ello se agrega la discusión que pudiera suscitar la naturaleza jurídica de la denominada “eximente incompleta” en relación con la eximente del artículo 10 número 1 del Código Penal chileno, puesto que, el trastorno puerperal, más que un caso de imputabilidad disminuida, corresponde a una hipótesis de exigibilidad disminuida. Superados los problemas indicados, debe determinarse si acaso el trastorno puerperal es, efectivamente, un caso de locura o demencia o de privación total de razón de menor intensidad. Respecto de la locura o demencia, se plantea el problema de que la intensidad menor del cuadro deberá estar referida, en todo caso, a un proceso duradero de alteración mental⁷³, cuestión que no se presenta en el trastorno puerperal, caracterizado, precisamente, por verificarse durante el parto, así como con posterioridad al mismo. En cuanto a la privación total de razón, la ley exige que el agente se encuentre bajo dicho estado “por cualquier causa independiente de su voluntad”, lo

⁷² Sobre el punto cfr. solamente ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Sentencias 1875-1966, Parte General*, Tomo I –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 341 ss.

⁷³ Así, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* –10ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, pp. 415 y 422.

cual ha sido entendido en el sentido de que la voluntad del sujeto activo no haya intervenido en la creación de la situación de inimputabilidad⁷⁴. Si se parte de la base de que la independencia de la voluntad es un requisito esencial de la eximente, de suerte tal que su ausencia importaría incluso excluir la concurrencia de una atenuante (eximente incompleta), resta por establecer si todos los casos de trastorno puerperal pueden ser calificados como supuestos en que, existiendo una privación “parcial” de razón, ella obedece a causas independientes de la voluntad de la madre.

En cuanto a la posibilidad de aplicar a la mujer la atenuante del artículo 11 número 5 del Código Penal chileno, si bien pueden plantearse ciertos puntos en común entre el trastorno puerperal y la atenuante de arrebato y obcecación⁷⁵, también es posible destacar algunos elementos de dicha atenuante que tornan dudosa su aplicación en caso de presentarse dicho trastorno. Por una parte, si bien algunos autores plantean que el trastorno puerperal generaría un “impulso de matar al recién nacido”⁷⁶, el cual puede vincularse con el “arrebato” contenido en la atenuante indicada, desde un punto de vista psiquiátrico y criminológico también se ha sostenido que el denominado trastorno afectivo posparto puede vincularse con cuadros depresivos de la madre⁷⁷, que desemboquen en el homicidio del recién nacido, pero sin que concorra forzosamente un supuesto de arrebato. Algo similar podría afirmarse si se sostuviera la posibilidad de aplicar la denominada eximente incompleta respecto del miedo insuperable del artículo 10 número 9 del Código Penal chileno. Pues incluso en el evento de que se planteara una suerte de miedo “superable” o de miedo de menor intensidad al miedo insuperable, no resulta claro el hecho de que todos los supuestos de trastorno puerperal se caractericen por una especie de miedo, entendiendo por tal “(...) un estado de

⁷⁴ Cfr. CURY, *Derecho Penal...*, p. 423.

⁷⁵ De forma similar se pronuncia KONOW, Karl-Otto, “Die Bedeutung des § 217 im Rahmen der Vorschriften des StGB über Tötungsdelikte”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, N° 19 (1961), p. 862, en el sentido de plantear que el fundamento del castigo atenuado de la madre se encontraría en el particular estado pasional, así como en el estado anímico de la madre durante el alumbramiento.

⁷⁶ MENDOZA, “Infanticidio por móvil...”, p. 145. Véase asimismo, CARRARA, *Programa de Derecho...*, pp. 279 s. Escéptico, en cambio, y planteando derechamente la posibilidad de que en el puerperio se presenten impulsos opuestos a los de matar al recién nacido, SIEG, “Gegen die Privilegierung...”, p. 315.

⁷⁷ Cfr. HORNSTEIN, HOHM y TRAUTMANN-VILLALBA, “Die postpartale...”, pp. 4 ss.

perturbación anímica más o menos profunda, provocada por la previsión de ser víctima o de que otro sea víctima de un daño⁷⁸. De otro lado, no parece del todo evidente la posibilidad de considerar que el trastorno puerperal produzca “naturalmente” arrebatos y obcecación, si se parte de la base de que la voz “naturalmente” ha de entenderse en el sentido de que los estímulos produzcan dicho efecto “(...) en la generalidad de las personas en las circunstancias del caso (...)”⁷⁹.

Pero aun de aceptarse la concurrencia de alguna de las atenuantes precedentemente indicadas, su aplicación puede, de todas maneras, ser insuficiente si se parte de la necesidad de imponer a la mujer una pena que sea acorde con el grado de culpabilidad con el que actuó. Si se tiene en cuenta, como se indicó con anterioridad, que una derogación del infanticidio acarrearía que la madre resulte sancionada, las más de las veces, como autora de parricidio, la aplicación de una sola atenuante a la comisión de dicha figura no parece resolver la desproporcionalidad e injusticia de su castigo punitivo. Sostener que junto con dicha atenuante pueden concurrir otras, no parece ser más que un consuelo meramente contingente, alejado de un tratamiento del trastorno puerperal caracterizado por el respeto irrestricto de la culpabilidad disminuida de la mujer que ha dado a luz.

c. Consideraciones de *lege ferenda*

De *lege ferenda*, las posibles formas que puede asumir una regulación penal del infanticidio acorde con la Constitución, tanto en lo que respecta a la tutela de la vida de todas las personas por igual, como en lo que atañe a la imposición de un castigo que esté en concordancia con la culpabilidad de la madre, son variadas. Una primera alternativa es la de mantener el tipo penal de infanticidio en el catálogo de delitos contra la vida humana independiente, con una penalidad privilegiada respecto de los tipos de parricidio o, en su caso, de homicidio calificado, basada en la culpabilidad disminuida de la madre y que solo la beneficie a ella⁸⁰. Una segunda posibilidad es la

⁷⁸ CURY, *Derecho Penal...*, p. 458.

⁷⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 21.

⁸⁰ Quedan excluidos como beneficiarios del privilegio punitivo, tanto el cónyuge de la mujer como sus parientes y otros terceros y tanto si se invoca el trastorno puerperal, que solo puede afectar a la madre, como si se recurre a la *causa honoris* en cuanto fundamento de la atenuación. Cfr. al efecto, con expresa alusión al móvil de honor,

de suprimir el delito de infanticidio de las figuras lesivas de la vida y reemplazarlo por un tipo genérico de homicidio privilegiado, aplicable a supuestos de culpabilidad disminuida de diversa índole⁸¹. Una tercera opción, en fin, es la de eliminar el tipo penal de infanticidio y resolver el problema de la pena a imponer a la madre en virtud de la existencia de una atenuante genérica⁸² o específica pero muy calificada, aplicable a la mujer que actúa encontrándose en un supuesto de culpabilidad disminuida o acentuadamente disminuida⁸³. Pero más allá de la forma concreta que asuma la regulación punitiva del supuesto que plantea el delito de infanticidio, lo cierto es que dicha regulación, en cuanto norma legal, debe encontrarse en sintonía con lo dispuesto en la Constitución, tanto a propósito del derecho constitucional a la vida, como del principio de culpabilidad (en sentido estricto).

SIEG, "Gegen die Privilegierung...", p. 301. Véase también POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *Derecho Penal...*, p. 106. La exclusión como beneficiarios del privilegio penal de sujetos diversos de la madre se extiende tanto a quienes actúen en calidad de (co)autores, como a quienes lo hagan a título de instigadores o cómplices. Cfr. al efecto KONOW, "Die Bedeutung...", p. 861.

- ⁸¹ Tal es el caso del § 213 del StGB, que sanciona supuestos "menos graves de homicidio" (*minder schwerer Fall des Totschlags*), los cuales, por cierto, no se restringen al caso de infanticidio aquí planteado. Cfr. al efecto NEUMANN, Ulfrid, "§ 213", en: KINDHÄUSER, Urs, EL MISMO y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo II -3ª edición-, Baden-Baden, Nomos, 2010, número marginal 23. De *lege ferenda*, ZABEL, "Der Neonatizid...", p. 269, ha planteado, entre otras cosas, la necesidad de que la norma del § 213 StGB haga alusión expresa al infanticidio como supuesto "menos grave de homicidio", a fin de evitar dudas frente a su aplicación a estos casos.
- ⁸² Por ejemplo, en el sentido de las denominadas atenuantes analógicas del artículo 21 n° 7 (anterior 6, reenumerado por la Ley Orgánica 5/2010), que consideran como atenuante: "Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores". Al efecto cfr. solamente MIR PUIG, *Derecho Penal...*, pp. 612 s., número marginal 46 y ss., quien entiende, acertadamente, que "significación" alude, entre otras cosas, al fundamento y no al sentido de la atenuante en cuestión (cfr. *ibid.*, número marginal 50).
- ⁸³ En ese sentido, SIEG, "Gegen die Privilegierung...", p. 316, planteando, entre otras cosas, la posibilidad de aplicar el § 21 del StGB que regula, precisamente, el supuesto en que el agente actúa encontrándose en situación de culpabilidad disminuida. Sobre las propuestas de solución y los problemas que pueden conllevar cfr. ZAFFARONI, "Infanticidio. Proyecto...", pp. 28 ss.

5. CONCLUSIONES

La actual regulación del delito de infanticidio del Código Penal chileno es contraria a la Constitución. El artículo 394 de nuestro Código punitivo plantea la existencia de dos categorías de persona: las que aún no han cumplido cuarenta y ocho horas de existencia y las que ya han superado dicho umbral de vida. Careciendo dicho distinguido de un fundamento que lo justifique, resulta imperiosa la introducción de una modificación legal a dicho delito. Pero para que ésta sea acorde con el principio constitucional de culpabilidad, resulta asimismo indispensable incorporar una reforma legislativa que tenga en cuenta la culpabilidad disminuida o aun acentuadamente disminuida de la mujer que, hallándose afectada por el trastorno puerperal, mata a su hijo recién nacido.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, "Artigo 136.º", en: EL MISMO, *Comentário do Código Penal* –2ª edición–, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 420-422.
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, LegalPublishing, 2008, 439 pp.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, "Parricidio e infanticidio: ¿Dos especies a extinguir?", en: UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (edit.), *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*, València, Universitat de València, 1989, pp. 141-153.
- BRONFMAN VARGAS, Alan, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Constitución Política Comentada, Parte Dogmática*, Santiago, Abeledo Perrot-LegalPublishing, 2012, 562 pp.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, Volumen I, Bogotá, Editorial Temis, 1957, 524 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II –2ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, 773 pp.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal, Parte General* –10ª edición–, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, 812 pp.
- DÖLLING, Dieter, "Die Kindestötung unter strafrechtlichen Aspekten", en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, Nº 1 (febrero de 2009), pp. 32-36.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 269 pp.

- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, 490 pp.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia, Sentencias 1875-1966, Parte General*, Tomo I –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 485 pp.
- EVANS M., Gregorio, VICUÑA M., McJohn y MARÍN, Rodrigo, “Depresión postparto realidad en el sistema público de atención de salud” [en línea], en: *Revista chilena de obstetricia y ginecología*, vol. 68, n. 6 (2003) [citado el 31 de octubre de 2012], http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262003000600006&lng=es&nrm=iso
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., “Culpabilidad normativa y exigibilidad (A propósito de la obra de Freudenthal)”, en: FREUDENTHAL, Berthold, *Culpabilidad y reproche en Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2003, pp. 21-40.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, *Principio constitucional de igualdad ante la ley*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur, 2001, 352 pp.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* –58ª edición–, München, Beck, 2011, 2548 pp.
- FRICK, Verena, *Die Kindestötung im deutschen und englischen Recht*, Aachen, Shaker, 1995, 187 pp.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil* –5ª edición–, München, Beck, 2011, 479 pp.
- GARCÍA LÓPEZ, M^a Teresa y OTÍN LLOP, Raúl, “Sobre la psicosis puerperal” [en línea], en: *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 27, n. 2 (2007) [citado el 31 de octubre de 2012], http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352007000200017&lng=es&nrm=iso
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo III –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 463 pp.
- GROPP, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg, Springer, 1997, 504 pp.
- GRÜNEWALD, Anette, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, 432 pp.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El Derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, 302 pp.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, en: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 12 (1994), pp. 165-199.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9 (2007), pp. 11-45.

- HORNSTEIN, Christiane, HOHM, Erika y TRAUTMANN-VILLALBA, Patricia, “Die postpartale Bindungsstörung: Eine Risikokonstellation für den Infantizid?”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, N° 1 (febrero de 2009), pp. 3-10.
- HUBER, Barbara, “El delito de infanticidio”, en: *Revista de Derecho Penal*, N° 1 (2003), pp. 135-148.
- INGELFINGER, Ralph, *Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, 376 pp.
- JAKOBS, Günther, “Rechtmäßige Abtreibung von Personen?”, en: *Juristische Rundschau* (2000), pp. 404-407.
- KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución”, en: EL MISMO y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2011, pp. 1-28.
- KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, en: EL MISMO y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2011, pp. 147-179.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* –5ª edición–, Baden-Baden, Nomos, 2011, 436 pp.
- KONOW, Karl-Otto, “Die Bedeutung des § 217 im Rahmen der Vorschriften des StGB über Tötungsdelikte”, en: *Neue Juristische Wochenschrift*, N° 19 (1961), pp. 861-862.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *Culpabilidad y pena*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, 281 pp.
- LAMMEL, Matthias, “Die forensisch-psychiatrische Beurteilung des Neonatizids unter besonderer Berücksichtigung des Eingangsmerkmals der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, N° 1 (febrero de 2009), pp. 22-31.
- MAIHOFFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2008, 165 pp.
- MAYER LUX, Laura, “La vida del que está por nacer como objeto de protección legal”, en: *Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar*, N° 5, Primer semestre (2011), pp. 63-80.
- MENDOZA, José Rafael, “Infanticidio por móvil de honor”, en: *Revista de Derecho Penal Argentino*, Año IV, N° 2 (1948), pp. 143-155.
- MORRA, Carlos A., “Concepto del estado puerperal. Infanticidio”, en: *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXXI, N° 1-3 (1967), pp. 87-120.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General* –7ª edición–, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, 781 pp.

- MUNDT, Christoph, “Pathologischer Altruismus, Narzissmus und Dissoziation als Vorbedingungen für Infanticid”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 3, N° 1 (febrero de 2009), pp. 16-21.
- NASH ROJAS, Claudio, “Estado social y democrático de derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca”, en: *Derecho y Humanidades*, N° 18 (2011), pp. 73-84.
- NEUMANN, Ulfrid, “§ 213”, en: KINDHÄUSER, Urs, EL MISMO y PAEFFGEN, Hans-Ullrich (edit.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Tomo II –3ª edición–, Baden-Baden, Nomos, 2010, 3161 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomos 1 y 2, Santiago, Librotecnia, 2008, 746 y 734 pp., respectivamente.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Tomo I –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, 585 pp.
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, 293 pp.
- POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 609 pp.
- POLITOFF L., Sergio, MATUS A., Jean Pierre y RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* –2ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, 689 pp.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe, “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIII (1989-1990), pp. 125-153.
- SIEG, Rainer, “Gegen die Privilegierung der Tötung des nichtehelichen Kindes (§ 217 StGB)”, en: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Tomo 102 (1990), pp. 292-317.
- TOCORA, Fernando, *Derecho Penal Especial* –3ª edición–, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991, 377 pp.
- ZABEL, Benno, “Der Neonatizid in forensischer Psychiatrie und höchstrichterlicher Rechtsprechung”, en: *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Tomo 5, N° 4 (noviembre de 2011), pp. 261-270.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Infanticidio. Proyecto de restablecimiento de la atenuante”, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 3, Año I (2011), pp. 19-29.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, 1017 pp.