

INFANTICIDIO

Clarivel Erguy¹

*Dos tiranos decidieron tu suerte
en contra del honor, el amor te dio la vida
y en contra del amor, el honor te dio la muerte.*

Consideraciones previas

El breve trozo precedente, citado por Gian Doménico Romagnosi en su obra *Genesi del Diritto Penale* (1791), es parte seguramente de un poema más extenso, pero el maestro italiano nada dice sobre quien fuera su autor ni transcribe otras partes; sin embargo, luego de más de doscientos años no caben dudas de que conserva la particular característica de poner de relieve la naturaleza dramática y desgarradora de la figura del infanticidio, delito éste que tiene en realidad dos víctimas, una de las cuales es también victimaria.

Los tipos penales, al igual que todo el derecho, no son sino producto o manifestación de la estructura mental que sustenta el poder social y político dominantes en épocas determinadas, y muchas veces la realidad social, histórica o cultural no llega a ser aprehendida por el derecho -sea porque éste marcha detrás de aquellas, sea porque los moldes penales surgen de sectores que no alcanzan a comprender que no es el derecho penal el que puede dar solución a planteos o problemas sociales, sea porque los grupos de poder encargados de establecer los moldes conductuales negativos (ya que eso y no otra cosa son los tipos penales), pasan por alto valores de la realidad que no consiguen captar o aprehender-. Sea cual fuere la causa o razón (la cual variará en cada sociedad y tiempo), cada delito comprende mucho más que el tipo penal y el análisis dogmático. Existe todo un contexto y entramado complejo y subyacente constituido por elementos culturales, económicos, históricos y sociales (sin que esta enunciación implique establecer grado de prelación alguno entre tales factores) que determinan su acaecimiento. No existe un “delincuente nato” –eso quedó en claro hace mucho tiempo-; tampoco quien despliega una conducta desviada puede ser analizado en so-

¹ Abogada, Escribana y Mediadora. Alumna de la Segunda Cohorte de la carrera de posgrado Maestría en Ciencias Penales.

edad, es decir, aislado de su medio social, su entorno, circunstancias familiares, vitales, psíquicas: desde que somos entes biopsicosociales nada en nosotros es aislado o espontáneo, con lo cual para entender tanto a quien comete un delito como a la producción del delito mismo –o, dicho en términos criminológicos, al autor de la conducta desviada– debemos ir mucho más allá de la norma jurídica, la cual sólo capta al ser humano en un hecho, en un momento de su vida, pero no explica todo el derrotero vital que lo llevó a realizarlo.

Es por ello que el presente trabajo discurre muy poco sobre el tema dogmático y se enfoca, esencialmente, en las características que han rodeado desde siempre un delito tan particularmente penoso como el del infanticidio; delito que en muchas ocasiones no es sino el corolario amargo e insoslayable de otros, cometidos, a veces, por una sola persona y, otras, por la sociedad toda.

En cuanto al planteo general de este trabajo deben establecerse algunas precisiones:

- el *infanticidio* –sobre el cual versa el presente trabajo– está constituido, exclusivamente, por la muerte del recién nacido, llevada a cabo por su madre, sea en el momento del parto o inmediatamente después del mismo y estando bajo los efectos del estado puerperal; en otras palabras: la figura que operaba como un atenuante a los homicidios agravados y se encontraba contenida en el derogado Artículo 82, inciso 2^{do}, de nuestro Código Penal, esto es, antes de la reforma introducida por la Ley N° 24410 del año 1995;
- por lo cual quedan excluidos aquellos que tienen como víctimas a niños mayores de dicha edad, los cuales se consideran comprendidos por el tipo más genérico del *parricidio*;
- tampoco se ingresará –no obstante su notable valor criminológico, cultural y social– a los denominados “infanticidios femeninos”, ya que resultan extraños a nuestras pautas culturales y su producción en nuestro país es prácticamente nula, aun cuando resulten tan lamentablemente frecuentes en China, India y el sur del Asia. Si bien el Comité por los Derechos del Niño (ONU) ha hecho referencia, en sus Observaciones Finales, a que este tipo de infanticidio se registra también en la Federación Rusa y en las Islas Maldivas;²

² CRIN. *Child Rights International Network* (información brindada en 2000).

- desde el punto de vista esencialmente legislativo, normativo, a partir de la reforma introducida a nuestro Código Penal por la Ley N° 24410 (Sancionada el 30/11/1994, promulgada el 28/12/1994 y publicada el 02/01/1995) la figura del “infanticidio”, tal y como existía antes de la reforma, ha desaparecido de nuestro derecho objetivo.

No obstante, ello no implica que la misma haya sido derogada de la realidad social, del mundo fáctico. Es sabido que una de las características del derecho estaría dada por la simple razón de que el proceso debe ser, exactamente, el inverso: los hechos determinan e imponen el Derecho, aun cuando en la práctica esto constituya una utopía.

Concepto

Una vez establecido lo precedente, y en busca de un concepto del infanticidio, vemos que, como en tantas otras instituciones, resulta el maestro Francesco Carrara quien nos brinda una conceptualización interesante y objetiva. El mismo indica que la palabra *infanticidio*, que fuera desconocida para los latinos, “deriva del italiano *infantare*, registrada como sinónimo de parir (*partorire*) y equivale a la muerte del hombre recién nacido”.³

Resulta interesante esta definición porque su amplitud –pero a la vez su precisión– determina que en primer término queden excluidos los casos de muerte dada a niños mayores de la etapa del nacimiento reciente, y en segundo lugar porque constituye, en mayor o menor medida, la base fáctica para todos los tipos penales de infanticidio contemplados en el derecho actual.

Es así que podemos concluir pero también partir de la premisa de que el infanticidio es una forma de parricidio, aunque atenuado por las particulares circunstancias (temporales, fisiológicas, psicológicas, sociales, culturales o personales) por las que atraviesa el sujeto activo del mismo, a saber, la madre.

Dado que, como indicara, no es objetivo de este trabajo adentrarnos en la dogmática penal sino trabajar la perspectiva criminológica, y que la conceptua-

³ Carrara, F. (1945). *Programma del Corso de Diritto Criminale*. T. III, Parte Especial. Buenos Aires, Depalma, p. 250.

lización dada por el maestro de Pisa resulta el elemento común a todas las legislaciones, puesto que constituye la base fáctica de la penalización, considero suficiente la misma.

Sistemas legislativos

El sistema latino tradicional (o de la motivación): la cuestión “del honor”

Este sistema hace girar la atenuación de la pena por la comisión de dicho delito en torno a la “deshonra de la madre” o a la “ilegitimidad del parto”.

En términos generales, la peculiar *causa honoris*, que tiene que ver con el “deshonor”, que acarrearía sobre la madre la sobrevivencia del hijo nacido como consecuencia de relaciones sexuales ilegítimas, siendo indiferente de la mujer agente activa de la conducta, sea soltera, casada o viuda, fue, paradójicamente, la razón por la cual fue suprimida de la legislación española en el año 1995.

Así el deshonor (o la deshonra) sería el elemento imprescindible y definidor que habría de determinar la benignidad de la pena del delito en estudio.

Las legislaciones adscritas a lo que se ha denominado “sistema latino o de la motivación”, constituyen la tendencia de la mayoría de los códigos penales latinoamericanos.

Sistema helvético: el estado puerperal

El *sistema helvético* —o sistema de la alteración fisiopsicológica— tiene como fuente histórica el artículo 108 del Anteproyecto del Código Penal Suizo de 1916, figura mantenida en el artículo 103 del Proyecto de 1918, y plasmado ya en el artículo 116 del Código Penal Suizo de 1937; es el receptado por los Códigos Penales de Brasil y Perú, entre otros.

Este sistema se caracteriza por incluir en los presupuestos para la aplicación del tipo penal el requisito de que la conducta homicida de la madre, para configurar infanticidio, deba llevarse a cabo “durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal”, diferenciándose de la postura latina tradicional que considera la *causa honoris* como elemento del tipo en que el *estado puerperal*

resulta un elemento objetivo de la realidad fisiológica y, por lo tanto, ajeno y extraño al mundo jurídico, el cual no puede regular ni establecer sus reglas sino sólo reconocerlas.

Ahora bien, la razón de la importancia de este elemento, proveniente de las ciencias de la naturaleza y no de las ciencias de la cultura, se halla en el hecho de que el “estado puerperal” puede llegar a producir en la mujer lo que en ciertas ocasiones la medicina psiquiátrica define como un

*trastorno mental transitorio incompleto (trastorno crepuscular) producido por anormalidad orgánica con fondo no patológico, psicopático o psicogénico, compartiendo características con el estado de emoción violenta, entendido este último como una reacción tanto primaria como secundaria a un desarrollo sobrevalorado*⁴.

El sistema mixto

Fue el adoptado en nuestro país; tomaba del sistema latino la *causa honoris* y del sistema helvético *el estado puerperal*. Así, el artículo 82 del Código Penal, derogado por la Ley N° 24410, contenía ambos elementos “para ocultar su deshonra, (...) durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal”. En su trabajo original, y anterior a la reforma de 1995, indicaba Soler⁵ que la figura del “infanticidio” estaba ya prevista en el Proyecto de 1891; la misma y con algunas variantes en la penalidad llegó hasta el Proyecto de 1917, al cual la comisión del Senado introdujo algunas modificaciones siguiendo el modelo suizo.

Dicha incorporación determinó la configuración del sistema denominado “mixto” por cuanto presenta caracteres del sistema latino, la *causa honoris* (“para ocultar la deshonra”), pero también del sistema helvético, *estado puerperal*, elemento este último proveniente de la realidad biológica y referido a una alteración fisiopsicológica.

Para infortunio de nuestra legislación, al momento de efectuarse la reforma del año 1995, el primer elemento (*causa honoris*) arrastró al segundo (*estado puerperal*) en su desaparición, denotando que el legislador de la Cámara

⁴ Marianetti, J. E. (1999). *Emoción violenta: Interrelaciones, Psiquiátrico-Psicológico Jurídicas*. (3ª edic.). Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 262.

⁵ Soler, Sebastián. (1992) *Derecho Penal Argentino*. T. III. TEA, p. 80.

de Senadores (autor de la supresión total del tipo atenuado, el cual había llegado con media sanción proveniente de la Cámara baja) no comprendió no sólo la realidad social subyacente a esta particular conducta desviada, sino que tampoco visualizó cómo operaba en relación a la misma el sistema mixto del Código vigente, a cambio de lo cual consideró una interdependencia o interrelación necesaria e indisoluble entre ambos elementos (la cual no existía), o bien que el *estado puerperal* por sí mismo no resultaba suficiente para justificar la atenuación de la pena por el delito de infanticidio. Cualquiera haya sido la razón, el tipo completo desapareció de nuestro derecho; constituyendo esta modificación, más que un error de técnica legislativa, un error de apreciación y valoración de la realidad.

Dentro de nuestro derecho el tipo había sufrido ya varios avatares: algunos gobiernos suprimieron la figura, otros la reinstalaron; pero la realidad social, cultural y sobre todo la naturaleza del estado puerperal, como todo elemento ajeno al derecho y propio de las ciencias biológicas, permaneció inmutable. Así, el Proyecto Moreno de 1921 la contenía como una figura privilegiada.

En 1965 el gobierno de facto de la “Revolución Argentina” (1966/1971) presidido por el General Juan Carlos Onganía, prácticamente “canceló” la figura.

Durante el gobierno de Héctor J. Cámpora (28/05/1973 al 13/07/1973) la Ley N° 20509 reinstaló la figura.

El Dcto. Ley N° 21338 (cuerpo normativo de facto que respondía a la “doctrina de seguridad nacional” adoptada y establecida por el Proceso de Reorganización Nacional, que tenía la “peculiaridad” de establecer en nuestro derecho la pena de muerte), volvió a reincorporar la figura del infanticidio en el más puro sistema mixto ya que establecía que la atenuante funcionaría por la *causa honoris* o por el *estado puerperal*, con lo cual se reinstaló el sistema del Código Moreno.

La figura permaneció hasta el año 1995, durante el cual es suprimida mediante la Ley N° 24410.

Los actuales Códigos Penales de Colombia e Italia

El *Código Penal Colombiano* vigente ha cambiado la causa o móvil del infanticidio abandonando la *causa honoris* por la de *repulsión moral* hacia el hijo fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida. El nuevo *Código Penal Colombiano*, sancionado por Ley N° 599 del año 2000 y posteriormente modificado en el año 2004, reza:

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

Esto sería un mínimo de cinco años y cuatro meses y un máximo de nueve años.

Esta legislación dejó de lado el infanticidio *honoris causa* previsto en el Código Penal de 1936, primeramente con la modificación efectuada en el año 1980, oportunidad en que mediante la Exposición de Motivos se dio la razón de tal supresión: el infanticidio *honoris causa* desaparece “por ser una institución obsoleta que no corresponde a los valores morales vigentes en la sociedad contemporánea”, llegando al Código del año 2000 y sus posteriores modificaciones con el mismo tipo aunque con penas agravadas.

Por su parte el *Código Penal Italiano*, en base a la consideración de que la *causa honoris* es para la conciencia social actual incongruente y hasta aberrante, ha derogado dicha causa mediante la Ley N° 442 del 5 mayo de 1981 que modificó el Art. 578 del *Código Penal Italiano*, el cual en su redacción actual establece una pena de cuatro a doce años de reclusión para la madre que actuare en “condición de abandono material y moral conexas al parto” (“*Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale*”),⁶ prescribiendo, pues, que si dichas causas hubieren provocado la conducta feticida o infanticida de la madre, ésta se vería privilegiada con la subsunción de su conducta en dicha previsión legal, lo cual tendrá como efecto material que no se le habrán de aplicar los agravantes genéricos previstos por el Art. 61 del citado cuerpo legal (“*Non si applicano le aggravanti stabilite dall’articolo 61 del codice penale*”).⁷

La fórmula “condiciones de abandono material y moral conexas al parto” implica que la mujer se encuentra desamparada por la falta de ayuda y solidaridad no sólo en el orden familiar y social sino también en el ambiental, entendi-

⁶ *Código Penal Italiano*. Ley 442 (05/05/1981), art. 578.

⁷ *Ídem*, art. 61.

da esta situación como el entorno (económico, familiar social, cultural, etc.) en el cual la misma vive su embarazo y parto.

Resultan interesantes ambos antecedentes del Derecho Comparado –por lo cual se incluyen aquí– ya que si bien la causa del honor a desaparecido de ambas legislaciones con fundamentos semejantes, ante la necesidad de dar una respuesta a la realidad el derecho interno ha recurrido a valoraciones o construcciones conceptuales externas a lo jurídico, dogmático o legislativo –como en el caso de la legislación italiana– o a previsiones que remiten a otras normas del derecho interno –como en el caso de la legislación colombiana– pero no ha suprimido la atenuante ni la figura como se ha hecho en la legislación argentina. Dicho de otro modo: el derecho con sus defectos y aciertos ha “encontrado” el camino para tratar de responder a la realidad social y humana subyacente, la cual, a su vez, le da sentido y origen.

Resulta interesante observar cómo la cuestión del honor, tan propia de las estructuras mentales latinas, al ser suprimida de la realidad social no es remplazada por datos de la realidad biológica (como lo es el estado puerperal), sino que el legislador sustenta el tipo en otros elementos de la realidad social, lo cual podría confirmar lo sostenido inicialmente sobre las estructuras mentales del poder social y político dominantes en cada sociedad como factores de creación del derecho penal.

La cuestión social subyacente. Breve panorama histórico

Si bien el hecho de asesinar niños pequeños ha sido una práctica común a través de los siglos en cada una de las distintas culturas humanas y con diferentes finalidades (religiosas, culturales, de control étnico o simplemente con el fin de evitar el aumento de la natalidad y por ende de la población), el infanticidio en el sentido en que es enfocado en el presente trabajo tiene huellas más difíciles de hallar. Así, retomando al maestro de Pisa el mismo indica en su obra “Cuando, dónde y por qué en la práctica se introdujo este nombre para configurar un título de delito distinto del homicidio o del parricidio, es un problema que mis estudios han resultado insuficientes para resolver”, para a continuación conjeturar: “si no se encontrase un antecedente que lo haga remontar a algún padre de la Iglesia, sería necesario atribuir su origen a la escuela germánica

posterior a la Constitución Carolina”.⁸ Continuando con esa línea de búsqueda, y si tenemos presente que en los pueblos de origen germánico (suevos, vándalos, godos -visigodos y ostrogodos-, francos, burgundios, turingios, alamanes, anglos, sajones, jutos -o jutes-, hérulos, rugios, lombardos, etc.) que invadieron la Europa romana durante los siglos I a V, la mujer participaba de todos los ámbitos de la vida del hombre, acudiendo a la batalla a animarlos y curarlos, y –en caso de necesidad– entrar en combate, y que aun cuando el *mundo* era la autoridad total del padre sobre la mujer y los hijos, las mujeres germánicas podían alcanzar un papel importante en el grupo, comprenderemos por qué fue en Germania antes que en otra parte donde prevaleció la idea de que el infanticidio era un delito más leve que la muerte del hijo adulto, aun cuando este primer paso “hacia la benignidad” sólo implicó sustituir la pena de decapitación por la del anegamiento.⁹ En cierta forma, esta tal vez débil pero aun así interesante conexión podría indicar que en aquellas sociedades en las cuales la mujer poseyó una cierta participación mayor que en otras fue donde se concibió primeramente la percepción atenuada de la gravedad de este delito. Aun cuando tal consideración sólo se tradujese en una forma distinta de ejecución, podríamos considerar junto a Foucault que

*Unos castigos menos inmediatamente físicos, cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de su fasto visible ¿merece todo esto que se le conceda una consideración particular, cuando no es, sin duda, el efecto de reordenaciones más profundas?*¹⁰

Tal “reordenación profunda” llegaría sólo luego de varios siglos, ya que “la concepción del infanticidio como delito merecedor del máximo castigo perdura hasta la segunda mitad del siglo XVIII”¹¹, época en la cual siguiendo “la suprema fuerza de la lógica”, al decir de Carrara,¹² y con origen en “los principios

⁸ Carrara, F., ob. cit., p. 253.

⁹ Carrara, F., ob. cit., p. 254.

¹⁰ Foucault (1976), M. *Vigilar y Castigar- Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno Editores, p. 10.

¹¹ Stampa Braun, J. M. (1952). “Las corrientes humanitarias del Siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como delictum exceptum”. En *Anuario de Derecho Penal y Ccias. Penales* Año N° 3- Inst. Nac. Estudios Jurídicos. España, Mterio. Justicia.

¹² Carrara, F., ob. cit.

humanitario-utilitaristas que, procedentes del Enciclopedismo francés y de la última fase iluminista, transformaron radicalmente los supuestos fundamentales de la justicia punitiva tradicional”¹³. La primera sistematización de tales supuestos se debe a Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, quien con su obra *De los delitos y de las penas* inició un camino que nadie antes se había siquiera molestado en percibir. Casi contemporáneamente, es decir fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, sus particulares y novedosos puntos de vista fueron también desarrollados por Jeremías Bentham y Gian Doménico Romagnosi, quienes atacaron directamente y sin ambages el desmedido rigor con que los sistemas penales vigentes castigaban a la madre infanticida. Es así que al decir del catedrático español Stampa Braun “La valoración piadosa del infanticidio florece, por lo tanto, como consecuencia del gran movimiento reformador del Derecho Penal”.¹⁴

Este mismo autor señala otro hito importante en el proceso, como fue la secularización del derecho penal, cuestión de no menor importancia, puesto que, al ir perdiendo paulatina influencia los estrictos y férreos moldes ascéticos de tiempos anteriores, el infanticidio dejó de percibirse como “una monstruosidad injustificada” castigable con penas que eran, ellas mismas, monstruosas.

Fue Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach quien tomando los trabajos de Becaría, Bentham y Romagnosi, los sistematizó por primera vez dándoles el carácter de categorías técnicas en 1801 al estructurar la primera definición del infanticidio.

Como puede verse en este breve relato, los cambios sociales y culturales, la transformación de las ideas, la modificación de los valores y sobre todo la capacidad de aprehender y comprender la realidad social y humana individual, mediante la observación de las mismas desde ángulos diferentes, fueron mutando la visión que social y legislativamente se tenía de este delito.

No obstante, el mismo permaneció estrechamente relacionado en los países de raíz latina –a partir de España y desde allí hacia Hispanoamérica– con la cuestión altamente subjetiva del “honor”, entendiéndose que la atenuante procedía en aquellos supuestos que en términos generales tenían que ver con el “des-honor” que acarrearía sobre la madre la sobrevivencia del hijo nacido como consecuencia de relaciones sexuales “ilegítimas”, siendo indiferente que la mujer,

¹³ Stampa Braun, J. M., ob. cit.

¹⁴ Stampa Braun, J. M., ob. cit.

agente activa de la conducta, hubiera sido soltera, casada o viuda. Este concepto de honor se refería, esencialmente, a la honestidad sexual de la mujer/madre; siendo así que el móvil de ocultar la deshonra implicaba ocultar la existencia de relaciones sexuales ilícitas que eran la causa directa de la “ilegitimidad” de la concepción del recién nacido. Por otra parte, el honor al que aludía la causa de atenuación, y para que fuese tal, era el de la madre no el de su familia, por lo que se requería, además, que la mujer gozara de una estimación pública susceptible de ser dañada. Tal estimación no requería que realmente la mujer fuera honesta. Así, la honra a la que aludía y exigía el tipo de atenuación, quedaba entendida como ausencia de relaciones sexuales socialmente desvaloradas.

Es así que a la mujer se le exigía “honorabilidad sexual”, la cual a su vez era más estricta cuanto mayor nivel socioeconómico tuviera la misma. Esto tiene una suerte de contracara y nos lleva a un análisis interesante con relación al castigo por el homicidio del hijo recién nacido y la operatividad de la *causa honoris*: ¿qué pasaba con las prostitutas o simplemente aquellas mujeres que sin serlo llevaban una “vida alegre”, como gustaba denominarse, o simplemente –y siendo parte del lumpen– se prostituían ocasionalmente cuando el hambre las acosaba a ellas y a sus generalmente numerosas familias? ¿Era quizás que no tenían honor y por ende no les era aplicable la atenuante en caso de matar a su hijo recién nacido? Sería necesaria una investigación de antecedentes históricos de juicios llevados a cabo por este tipo de delitos para poder dar una respuesta con base cierta; pero todo parece indicar que dichas mujeres, al no ser socialmente valoradas y concebidas “honorables”, carecían del beneficio de la atenuante. Es así que, justamente, por una cuestión de realidad social la supresión total del tipo mixto del infanticidio que tenía nuestro sistema penal no sólo resultó del producto de una errónea apreciación y valoración de la realidad vigente sino –lo que es mucho peor– estableció un marco de injusticia jurídica y un vacío legal notable.

Según puede rescatarse de los diarios de sesiones confeccionados en oportunidad de tratarse, en el año 1994 en el Congreso, lo que después sería la Ley N° 24410, la supresión de la figura de atenuación se debió a que sin mayores explicaciones, razones ni debates, el Senado de la Nación entendió, por aquel entonces, que la alusión “a la honra de la madre era una cuestión pasada de moda y que de ninguna manera podía servir para fundar la atenuación de un homicidio”.

El haber suprimido sin más la figura del tipo de atenuación, sin haber reparado en que la misma contenía dos elementos de igual valor, y que mientras uno,

el *honor*, es una creación subjetiva histórico-cultural y por tanto circunstancial, el otro, el *estado puerperal*, resulta objetivo, naturalístico y por tanto ajeno a cuestiones contingentes como los valores, la historia o la cultura.

El efecto directo que tuvo la supresión de la figura de atenuación puede ser analizado desde, al menos, dos ángulos: en primer lugar, desde el punto de vista técnico jurídico (derecho objetivo) las madres que matan a sus hijos recién nacidos caen actualmente bajo la agravante del parricidio, contenida en el Art. 80, inciso 1º, CP, cuya pena es la prisión o hasta la reclusión perpetua; a su vez esta situación establecida por la norma jurídica –y desde un punto de vista que podríamos denominar subjetivo– tiene que ver con la amplia atribución conferida a los magistrados referida a la posibilidad de valorar la conducta de la madre a fin de determinar si mediaron o no en el hecho “circunstancias extraordinarias de atenuación” (Art. 80, último párrafo). Esto, que en realidad es un poder de decisión inmenso, no existía bajo el imperio de la norma anterior, la cual en razón de la existencia de un tipo penal concreto determinaba mayores y más claros límites a la facultad de los jueces.

Infanticidio y criminología

Conforme a todo lo dicho, resulta claro que a fines de trabajar el tema del infanticidio y su relación con la criminología resulta útil tratar antes, aun brevemente, la relación entre género y criminología, para luego, partiendo la premisa de que este tipo de homicidio es únicamente femenino en cuanto a su autoría, establecer qué influencias tienen sobre la madre infanticida tanto el medio socio cultural en el que vive, como la situación familiar y económica de estas mujeres y sus historias de vida. Adelanto desde ya que los factores socioeconómicos y culturales, así como afectivos y vivenciales, resultan determinantes en el proceso de lo que podría denominarse etapa previa al delito.

La categoría “género” es considerada una de las innovaciones epistemológicas más importantes de los últimos veinte años en las ciencias sociales, y si bien los criminólogos concluyen que las mujeres son siempre y en todo lugar menos propensas que los hombres a cometer actos delictivos, en el delito en análisis, con la particularidad destacada precedentemente en lo que a su sujeto activo se refiere, la relación con la criminología surge de una pregunta: ¿cómo ve cada sociedad a la madre infanticida?

La respuesta guarda estrecha relación con el origen sociocultural y económico tanto de las mujeres que cometen este delito, como de la forma en que la sociedad “castiga” o pune el mismo basándose en las diferencias de apreciación de circunstancias y contextos que cada encuadre o franja social tiene, tanto de sí mismo como de los demás.

Así “el estereotipo de una mujer imputada está ideológicamente marcado por la masculinidad de quienes juzgan, aun cuando puedan ser mujeres”¹⁵ por cuanto resulta muy difícil comprender que una madre pueda dar término voluntario a la vida de su propio hijo recién nacido, aun cuando mediaren evidentes alteraciones psíquicas. Algo de esto se observa en el proceso a Romina Anahí Tejerina –que será analizado más adelante– y que fuera agudamente observado por los Dres. Fayt, Zaffaroni y Maqueda en sus respectivos votos, en los que hacen especial referencia a la interpretación dada en las instancias provinciales a la multiplicidad de heridas infligidas por Tejerina a la recién nacida: en lugar de ver en ello un síntoma claro de alteración morbosa del estado psíquico se lo consideró un indicador de peligrosidad.

Ahora bien, al juzgar este tipo de delitos y ante la ausencia de la figura atenuante, los juzgadores muchas veces no atisban siquiera el efecto que sobre las infanticidas tiene su realidad vital toda vez que son, casi por regla, mujeres sometidas a una indefensión social, moral y jurídica abrumadora; mujeres cuya orfandad afectiva les viene desde el nacimiento: han carecido del afecto y amor maternos, no tienen una familia a la cual se sientan unidas por lazos de pertenencia, son abusadas sistemáticamente, primero por su familia nuclear de origen y luego por sus parejas, encontrándose sumergidas en una realidad única de agresiones, ya que “la violencia es la materia prima de las relaciones sociales, que se replica en el ámbito doméstico con la complicidad de un colectivo social que no lo sanciona y ni siquiera lo reprende”¹⁶. Al momento del parto, el cual generalmente se produce en condiciones de extremo abandono, se suman a todo lo anterior los efectos del estado puerperal como fenómeno fisiológico no abolido por la legislación, determinándose el desastre.

Es así entonces que el infanticidio, o filicidio materno, para ser objetivamente analizado debe realizarse desde varios puntos de vista, teniendo siem-

¹⁵ Kalinsky, B. y Cañete; O. (2010) “Madres frágiles: un viaje al infanticidio”. Buenos Aires, Biblos, p. 109.

¹⁶ Kalinsky, B. y Cañete, O., ob. cit., p. 61.

pre en cuenta la singularidad de cada caso; en ese marco deben considerarse tanto el contexto familiar y social de la madre, como su historia vital, por cuanto, al igual que los restantes hechos homicidas, resulta imposible aislar la conducta desviada del contexto previo que determinara o condicionara el accionar del autor.

Estudios psicológicos y antropológicos recientes dejan en claro que las infanticidas presentan rasgos comunes:¹⁷ tras haber sido objetos de maltrato y de poco sostén afectivo, no están en condiciones emocionales de llevar adelante la maternidad. La situación no es percibida por el entorno y, como consecuencia, no reciben la ayuda necesaria; ocultan o niegan el embarazo por el temor de ser echadas de su hogar, o bajo la amenaza de perder el trabajo; viven en condiciones anímicas y sociales de gran vulnerabilidad; gran parte de ellas presenta patologías psiquiátricas o psicológicas de base y por ende previas al acto homicida, lo cual determinará una eventual mayor labilidad en la producción de psicosis puerperal; en muchas se ha detectado –en los exámenes periciales posteriores al hecho– trastornos de personalidad, retraso mental y traumas psíquicos; después del parto, se desencadenan cuadros de depresión puerperal de mayor o menor intensidad, así como también cuadros de psicosis puerperal; en ocasiones, cuadros de psicosis posparto, con o sin antecedentes de esquizofrenia, acompañadas con alucinaciones que ordenan matar al niño; en el colectivo social, son estigmatizadas por quebrar “la ley de reproducción” de la especie y “el mandato socio-cultural-familiar”, que equipara la identidad femenina con la maternidad y su rol esperable, deseable. Dicho de otro modo: el castigo les será impuesto por no ser “buenas madres” ya que no han respondido a lo que la sociedad espera de ellas como tales, no obstante no haberles dado ésta nada de lo que está obligada a brindar: educación, seguridad, refugio, identidad, dignidad, respeto, libertad de elegir una forma de vivir.

Resulta claro, entonces, que buscando las causas criminológicas de la conducta desviada de la mayoría de las infanticidas, a poco que se ahonde en sus historias de vida, hallaremos una suerte de “predestinación” sociocultural e histórico-vivencial para la misma. Lo dicho no implica en modo alguno sostener

¹⁷ Jadur, S y Alkolombre, P., miembros de la Asociación Psicoanalítica Argentina (APA) y Directora del Centro Argentino de Psicología y Reproducción (Capsir) psicoanalista de la APA y autora del libro *Deseo de Hijo. Pasión de Hijo. Y Esterilidad y técnicas reproductivas a la luz del psicoanálisis*, respectivamente. Nota publicada en lanacion.com el 24/11/2010.

que toda mujer inmersa en las condiciones desfavorables descritas resulte una infanticida en potencia: ello resultaría una afirmación poco seria y muy poco científica, pero sí queda claro que la raíz de la conducta filicida de las infanticidas puede hallarse, la mayoría de las veces, en razones de índole socioeconómico y cultural, conducta agravada por el estado fisiológico del puerperio.

Dos fallos

La razón del análisis de ambos fallos se encuentra en el hecho de que los mismos constituyen extremos opuestos de la interpretación jurisdiccional de este delito; mientras uno condena, el otro absuelve; y mientras el primero (emitido por la CSJN) ratifica el fallo condenatorio de la Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de San Salvador de Jujuy, el otro obedece a la interpretación que los jurados populares le dieron a determinado hecho de Infanticidio.

Fallo “Tejerina”, SC Provincia de Jujuy; CSJN

Este Fallo, emitido por la CSJN el 08/04/2008, juzgó el caso de Romina Anahí Tejerina, el cual concitó la atención de la opinión pública sobre el tema del infanticidio, haciendo que la sociedad volviera la vista y atención hacia una realidad que nunca dejó de producirse pero que, en el ámbito jurisdiccional, después de la verdadera aniquilación legislativa de la figura atenuante contenida en el Código Penal hasta el año 1995, adquirió ribetes dramáticos, agregando victimización a la víctima sobreviviente del hecho.

En el fallo los votos se dividieron: la mayoría, integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Argibay Molina, se pronunció por el rechazo del Recurso Extraordinario que por vía de Queja llegara ante la CSJN interpuesto por la defensa de Tejerina contra el fallo condenatorio dictado por la Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de San Salvador de Jujuy; los Dres. Fayt y Zaffaroni en un voto conjunto se pronunciaron por la aceptación del Recurso Extraordinario interpuesto, mientras el Dr. Maqueda, en su voto unitario, se pronunció en idéntico sentido que los dos anteriores pero propugnó revocar la sentencia y, en ejercicio de facultades acordadas por la Ley N° 48, modificar sensiblemente la pena impuesta, fijándola en el mínimo legal establecido, esto es, ocho años en lugar de los catorce de la sentencia recurrida.

Plataforma fáctica; hechos

Los hechos probados en la causa relatan que *el día 23 de febrero de 2003, cerca de las 8.00 de la mañana, Romina Anahí Tejerina dio a luz a una niña de casi dos kilos en el baño del domicilio de su hermana Mirta, donde vivía hacía más de un año. Según pudo reconstruirse, luego de higienizarse, colocó a su hija en una caja de cartón y la apuñaló en dieciocho oportunidades atravesando la tapa con la hoja de metal. La niña fue trasladada al hospital por la madre de la imputada, y agonizó casi 48 horas hasta que se produjo su deceso a raíz de las múltiples heridas cortantes que le fueron inferidas*¹⁸.

La Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de la Provincia de Jujuy condenó a la imputada a la pena de catorce años de prisión por encontrarla autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (artículo 80, inciso 1° y último párrafo del Código Penal). Contra dicho pronunciamiento, la defensa dedujo Recurso de Casación, que fue rechazado, lo cual motivó un Recurso Extraordinario y su denegatoria dio lugar a la Queja que resolvió la CSJN.

A los fines del presente trabajo y su enfoque netamente criminológico revisten importancia sólo los votos de los Dres. Fayt y Zaffaroni, por una parte, y el del Dr. Maqueda por la otra.

Voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni

Este voto efectúa severas críticas al fallo recurrido. Las mismas se relacionan esencialmente, y desde el punto de vista dogmático, con la forma en que los jueces hicieron operar la expresión “comprender la criminalidad del acto del Art.34 del CP”; con la falta de consideración y real valoración de las pruebas periciales aportadas, con el hecho de haber fallado ignorando pautas establecidas tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, y por ignorar constancias de la causa. Pero también, y en lo que al presente trabajo interesa, con el hecho de que

¹⁸ CSJN, Fallo T.228.XLIII- “Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado – causa N°29/05, del voto de la Dra. Highton de Nolasco.

[el] tribunal tampoco tuvo en cuenta, a fin de determinar la capacidad de culpabilidad, que el análisis del sujeto debe realizarse en forma concreta, lo que significa que debe tomarse en cuenta el contexto socio cultural en que se desenvuelve y la situación en que se produce el hecho que motiva el análisis como ut infra se detallará¹⁹.

Así, ambos magistrados analizan pormenorizadamente los datos de la realidad clínica y psicológica del estado puerperal, pero también los elementos de la realidad en la que vivía Romina Tejerina, su entorno familiar, la falta de afecto y violencia del mismo: su madre, una mujer que la sentencia describe parafraseando los informes socio-ambientales como “dominante y represora”; “un padre evasivo que delega la autoridad en la figura materna, quien la ejerce muchas veces a través del castigo físico”; una hermana mayor con la que vivía la imputada al momento del hecho y que también, al igual que sus padres, le pegaba; el rechazo del que la familia la hacía objeto; la falta de estudios de Romina Anahí (de lo cual se deduce una carencia de la comprensión de un eventual futuro diferente y que pudiera construir ella misma); todo lo cual lleva a los votantes a afirmar que la sentencia recurrida arbitrariamente no tuvo en cuenta los motivos ambientales como factores etiopatogénicos²⁰.

Se trata de un voto que atrae la atención sobre la realidad subyacente a este tipo de delitos y pone de manifiesto que, si bien la relación entre juzgador y juzgado en el ámbito del Debate (más que en ningún otro) pone en evidencia una de las relaciones de poder más asimétricas que existen, para que tal desequilibrio específicamente diseñado así, resulte operativo y útil a la sociedad, el juzgador debe tener en cuenta elementos o datos de la realidad que van más allá de lo dogmático y estrictamente normativo ya que

Al no tener en cuenta las condiciones específicas del caso, las historias de vida, los vínculos que ellas mismas [las infanticidas] tuvieran con sus madres, los eventuales abusos en la infancia o la adolescencia, se está negando no sólo buena parte del conocimien-

¹⁹ Fallo cit.

²⁰ CSJN, Fallo T.228.XLIII- “Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado – causa N°29/05; Considerando 20) del voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni.

*to científico acumulado hasta ahora sino la posibilidad de una defensa en sentido estricto*²¹.

Voto del Dr. Maqueda

El magistrado elabora su voto en torno a la condición de culpabilidad disminuida de Tejerina en razón de la influencia que sobre ella tuvieron al momento del parto tanto el estado puerperal (fenómeno fisiológico patológico) como los factores exógenos y provenientes de su realidad familiar, social y cultural. En tal sentido el Dr. Maqueda entiende, en coincidencia con lo sostenido por sus colegas autores del voto analizado precedentemente, que “considerar la reiteración de lesiones como criterio de mayor ilicitud sin tener en cuenta los datos referidos a la culpabilidad constituye una escisión inadmisibles”. Por lo cual concluye que

agregado esto a las circunstancias de extrema soledad, abandono y desamparo en que se hallaba Tejerina en el momento del parto, todo indica que su autonomía de voluntad estaba por demás limitada, de modo tal que, el reproche no podía indicar nada superior a ese mínimo.

Argumento que sustenta su criterio de revocar el fallo recurrido e imponer a la joven la pena mínima establecida por la legislación.

La Corte, por mayoría, desestimó el Recurso de Queja y la sentencia de la justicia provincial jujeña quedó firme.

Conclusiones

- Con el “Fallo Tejerina” sucedió la paradójica situación que se produce cuando se recuerda más un hecho por el desempeño de los “perdedores” que por lo actuado por los “triunfadores” (si se me permite el uso de expresiones absolutamente banales como “ganar” o “perder”), ya que más allá de que la sentencia recurrida fuera confirmada y por tanto la condena aplicada por la justicia jujeña a Romina Anahí Tejerina

²¹ Kalinsky, B. y Cañete, O., ob. cit, p. 111.

quedara firme, el Fallo emitido por la CSJN atrajo la atención sobre una cuestión que se encontraba aletargada, si no dormida, entre los sectores político-sociales con capacidad de decisión, aquellos que normal y frecuentemente tienen la mira puesta en otras direcciones, y lo hizo así por el contenido criminológico, sociológico y psicológico de las consideraciones del voto de los Dres. Fayt y Zaffaroni, sobre todo porque el mismo apuntó a parámetros de interpretación destinados a alcanzar algo de justicia mediante la comprensión de realidades subyacentes a uno de los fenómenos criminales más dolorosos y más ignorados tal vez por su escasa frecuencia. Posiblemente este efecto tenga mucho que ver con que la sociedad no ha resuelto aún su conflicto entre moral, justicia y derecho.

- Como dato sociológico interesante puede verse una nota periodística aparecida en el periódico digital *jujuyalmomento.com* el día 25.06.2012 y titulada “Caso Romina Tejerina: El ‘infanticidio’ se paga con 9 años de cárcel”, cuyo sumario reza:

Romina Tejerina ya recuperó su libertad tras cumplir los dos tercios de su condena por la muerte de su prematura hija recién nacida. En la sociedad todavía hay un dejo de «impunidad» hacia la figura del infanticidio y en torno a este caso.

La misma permite apreciar los valores sociales vigentes en una sociedad tradicionalista y que pugnan por una penalización severa para este delito, como si penar más fuertemente y castigar más duramente pudieran resolver problemas socio-estructurales de fondo como la violencia de género, la pobreza, la injusticia y la falta de oportunidades, entre otros.

Fallo “Díaz”. Provincia de Córdoba. María Elizabeth Díaz

Esta causa fue juzgada, en primer término, por la Cámara Penal de Villa Dolores (Provincia de Córdoba) con participación de jurados populares, proceso en el cual se decretó la absolución de la imputada por considerar que al momento del hecho la joven no alcanzó a comprender la criminalidad del acto, en los términos establecidos por el Art. 34, inciso 1, CP. De los ocho jurados populares, seis votaron por la absolución y los dos restantes, junto a los jueces técnicos, se pronunciaron por la condena. Posteriormente el Fiscal de Cámara

recurrió el fallo absolutorio ante el Tribunal Superior de Córdoba cuya Sala Penal confirmó la absolución el 05/03/10. Este fallo ha sentado precedente en la provincia hasta la fecha.

Plataforma fáctica; hechos

El hecho se produjo el 8/02/06 en una vivienda de la localidad cordobesa de San Javier, a 20 kilómetros de Villa Dolores, en el valle de Traslasierra.

Desde los 9 años María Elizabeth Díaz trabajó como empleada en la casa de Arturo Benavídez, de 61 años, al momento del hecho. La Cámara I del Crimen de la ciudad de Córdoba encontró culpable de abuso deshonesto reiterado, abuso sexual con acceso carnal y lesiones leves en perjuicio de la misma, ya que peritajes realizados a la niña muerta determinaron la paternidad de Benavídez.

Quedó comprobado que María Elizabeth fue violada por Benavídez desde que tenía 9 años y durante casi una década, siendo así como quedó embarazada

Según la investigación judicial, María Elizabeth Díaz, de 19 años, dio a luz a una beba en el baño de la casa de una familia, distinta de la de Benavídez, donde también trabajaba como empleada doméstica, y de inmediato la mató a golpes y ocultó el pequeño cuerpo en un bolso. Claudia Romero, la dueña de casa, encontró a la chica, desnuda y tirada en un charco de agua y sangre dentro del baño. Con la ayuda de otras personas la trasladó hasta un hospital, creyendo que la mujer había sufrido un aborto; María Elizabeth llevaba consigo aferrada a ella un bolso que al llegar al hospital le fue retirado de las manos y al ser abierto se descubrió que contenía el cuerpo sin vida de su hija.

Posteriores peritajes forenses determinaron que la beba había nacido con vida y murió por golpes en la zona occipital; sin embargo, cuando la madre fue interrogada dijo que nada recordaba sobre lo ocurrido. La joven, integrante de una familia de humildes condiciones, criaba, cumpliendo el rol de madre, a sus dos hermanos menores: un varón de 14 años y una chica de 12, puesto que la madre de los tres padece problemas mentales y el padre es un hombre de edad avanzada que se encuentra postrado por razones de salud. Los informes psicológicos practicados durante la instrucción judicial revelaron que la chica tenía rechazo por el sexo opuesto, inmadurez sexual y timidez.

Fallo

La resolución de los jurados populares se sustentó en la consideración que la imputada al momento de la comisión del hecho se hallaba en estado de inconsciencia compatible con el Art. 34, inciso 1, CP.

Por su parte la Sala Penal de la Corte Provincial valoró que la sentencia de primera instancia arribara con fuerte grado de certeza a la absolución de la acusada María Elizabeth Díaz, teniendo por acreditado su estado de inconsciencia al momento de los hechos; por lo cual entendió que, del cuadro convictivo valorado, se desprendería que al momento de los hechos la acusada María Elizabeth Díaz había padecido un estado psicológico que le impidió asimilar el significado de las conductas que realizaba; esto es, comprender la criminalidad de sus actos y, en consecuencia, dirigir sus acciones, resultando imposible exigirle actuar de otro modo, por lo cual rechazó el Recurso de Casación interpuesto por el fiscal y confirmó el fallo absolutorio.

El juicio a Díaz constituye una excepción a la regla de actuación de los jurados populares desde el establecimiento del sistema: de los 25 juicios llevados a cabo por jurados populares en Córdoba desde la aprobación de la Ley N° 9182²² y hasta mediados del año 2006, 24 tuvieron sentencia condenatoria; sólo para María Elizabeth Díaz este sistema significó la libertad.

El análisis de los dos fallos precedentes nos permite elaborar algunas sencillas y básicas primeras conclusiones:

- El vacío que ha dejado en nuestro sistema normativo la supresión del tipo penal del infanticidio se evidencia marcadamente en la siguiente situación: mientras el sistema judicial, actuando solo a través de sus magistrados, debe aplicar una legislación carente de un tipo penal para la figura, debiendo juzgar en consecuencia a las infanticidas por el delito de homicidio agravado por el vínculo, (*v.gr. parricidio*, Art. 80 inciso 1, CP), existiendo únicamente la posibilidad de atenuar la pena a aplicar mediante la interpretación (que queda librada a cada magistrado) de la existencia de “causas extraordinarias de atenuación” en la producción de los hechos; para quienes, como los jurados populares, juzgan desde otro ángulo valorativo y de interpretación tanto los hechos como el derecho, queda la posibilidad de atenuar la responsabilidad de la imputada (o de

²² Ley N° 9182, Pcia. de Córdoba, publicada B. O. del 09/11/2004.

excluirlo directamente), privilegiando la aplicación del Art. 34, inciso 1, CP, por sobre la del Art. 80, *in fine*, CP, por ejemplo. Esta situación, a su vez, induce a dos posibles consideraciones: primero: paralelamente con el vacío que dejó a supresión del tipo de infanticidio de nuestra ley penal y con sustento en la redacción de la última parte del Art. 80 del mismo cuerpo, surgió un amplio margen de discrecionalidad puesto en manos de los juzgadores para valorar y meritar —o no— cada realidad subyacente a este delito. Y si bien es cierto que la discrecionalidad interpretativa es casi un ingrediente de la tarea de juzgar, la amplitud que se acuerde a la misma puede resultar en sí exclusiva de la justa aplicación del derecho a la realidad; y por último, parece quedar bastante claro que la realidad que percibe y vivencia oportunamente cada individuo de la sociedad sigue un camino bastante diferente al de la legislación.

- Considerar que el elemento de la causa honoris ha desaparecido de la sociedad sólo y únicamente por que fue borrado del Código Penal constituye un absurdo, una visión cuanto menos simplista de la variada realidad social de nuestro país en el cual los mandatos sociales y familiares referentes “al honor, el buen nombre y las buenas apariencias” permanecen vigentes en muchas sociedades, tal y como lo prueba el caso de María Elizabeth Díaz quien soportó, durante diez años, los vejámenes y ultrajes de una persona “poderosa” de su localidad de origen, donde el “mandato social” era la obediencia, a su vez arraigada y sostenida en la necesidad y la miseria; con lo cual pretender que la “cuestión del honor” desapareció de la sociedad trae a la memoria aquello de que “los muertos que vos matáis gozan de buena salud”²³.

Conclusiones finales

Primera conclusión

La problemática social determinante de conductas desviadas no se soluciona con la aplicación de penas. Comparto con la antropóloga Beatriz

²³ Ruiz de Alarcón, J. (1630) *La verdad sospechosa*.

Kalinsky y el dirigente comunitario Osvaldo Cañete, autores del trabajo de campo realizado entre los años 2000 y 2010 con mujeres que se encuentran cumpliendo condenas por el delito de infanticidio (aun cuando su investigación se realizó sobre casos que exceden el marco normativo del infanticidio que aquí se considera) en cárceles de la Provincia de Neuquén²⁴, el criterio de que la diversidad de opiniones tanto sobre el tipo de homicidio como sobre el o los móviles de las infanticidas y que oscilan entre acusarlas de “malas madres”, “monstruos” o justificarlas atribuyéndoles “fines altruistas” a su obrar homicida, deja en claro que existe una profunda dificultad para realizar una reflexión productiva sobre el infanticidio como fenómeno criminológico. Asimismo, y por esa razón, debe abordarse la figura con prescindencia tanto de prejuicios morales como de pretextos exculpadores.

Ahora bien, lo que sí queda claro es que la discusión toma tintes maniqueos las más de las veces. Según desde qué sector parta el discurso se intentará presentar a la infanticida como una víctima (del sistema social, de la cultura machista y anticuada, de la vida) absolutamente inocente, sin responsabilidad alguna, pretendiendo asimilar la despenalización de la figura del infanticidio con la del aborto, como si ambas cosas fueran lo mismo –a mi criterio no lo son–; o bien considerando monstruosa a la mujer que ha asesinado a su hijo recién nacido, asesina sin conciencia y sin valores, discurso éste que ignora todos los antecedentes vitales que la llevaron a cometer el hecho.

Lo cierto es que ninguno de los dos contempla la realidad íntegra y válida: la mujer detrás de la conducta desviada, el ser humano con sus circunstancias y debilidades, sus cargas o defectos, el ser humano producto de su entorno social y familiar así como de su propia soledad o miseria; a ninguno le interesa pues cada cual ha tomado para hacer suya la parte de la realidad que más le conviene porque mejor encastra con sus otros ámbitos de lucha. Así, algunos levantarán banderas contra el machismo, la acendrada cultura patriarcal, los valores establecidos y más o menos aceptados, buscando romper moldes y quebrar objeciones de conciencia intentando establecer nuevos paradigmas (útiles aunque sea a unos pocos); los otros, en cambio, lucharán por mantener todo lo que los primeros quieren desterrar; y en el medio queda la realidad social absolutamente insoslayable determinando, las más de las veces, las conductas desviadas. En ese punto

²⁴ Kalinsky, B. y Cañete, O., ob. cit.

medio y sin que nadie las vea realmente están aquellas personas que viven tan sumidas en la violencia y el desamparo, tanto que ello mismo genera que la única forma de responder a los conflictos sea generando una violencia mayor de la que reciben, o simplemente tolerarla: “Cada ofensa es una historia, pero que puede ser dicha de muchas maneras diferentes, todas ellas legítimas porque son el producto de la voz de quien estuvo en los acontecimientos”.²⁵

La aplicación de penas no soluciona nada, el establecimiento de tipos penales más severos, como en el caso del delito en análisis, no es la solución; no es puniendo como podemos evitar o librar a la sociedad de este tipo de delitos; el derecho penal es la última *ratio legis*, el último muro de contención contra la barbarie, el desorden, la destrucción de la sociedad. Por ello no debe ser la moneda de cambio que se saque en primer término. Las conductas desviadas pueden y deben prevenirse para poder evitarse, ya que cuando aplicamos una pena en realidad estamos llegando tarde; se la aplica porque la sociedad toda tiene una razón para lamentar algo perdido: una o más vidas, la seguridad, la dignidad, cualquiera de los bienes jurídicos ya han sido dañados por lo que someter a cárcel al o a los responsables en realidad es solo una reacción *ex post facto*, pero nunca una solución. Es necesario buscar alternativas válidas, económicas, educativas, culturales, para interrumpir o evitar el derrotero vital que conduce a las conductas desviadas. Con lo dicho no debe entenderse que considero al abolicionismo una solución, ni siquiera una posibilidad, sólo que los problemas sociales nunca se solucionaron con la cárcel, con el aumento de la tipificación penal de conductas o con la mayor severidad de las penas que, como en el caso del delito de infanticidio, sólo agregan dolor al dolor.

Segunda conclusión

Necesidad del restablecimiento de la figura atenuante. La Fiscal cordobesa Laura Battistelli, que interviniera en el juicio a María Ernestina Guevara llevado a cabo por la Cámara Cuarta del Crimen de la Provincia de Córdoba en el año 2009 y que culminara con la absolució n por duda insuperable de la imputada y a solicitud de la citada magistrado, pronunció en el mismo una frase que considero resume claramente la cuestió n: “Se derogó el infanticidio, pero el puerperio no se derogó”, esto que pareciera ser una auténtica verdad de Perogrullo no fue

²⁵ Kalinsky, B. y Cañete, O., ob. cit., p.116.

en realidad tal para los legisladores de 1994/95, quienes al considerar que la “honra” era un valor abolido por el devenir de los nuevos tiempos no alcanzaron a comprender que con los parámetros fisiológicos, clínicos o médicos, no sucede lo mismo que con las subjetivas valoraciones sociales.

Resulta, entonces, socialmente imperiosa la reinstalación en nuestro sistema penal de la figura atenuada del delito de homicidio en estado puerperal; ello por razones de estricta justicia, ya que si el derecho pretende regular válidamente la vida social debe ajustarse a los datos fácticos que la misma le brinda tanto como a los parámetros que por ser ajenos a la voluntad social son más perennes y estables.

Por último, si deseamos una sociedad más justa y equitativa no debemos dejar de lado el dato de la realidad que indica que son justamente los sectores menos favorecidos y más desamparados aquellos en los que este tipo de delito se manifiesta más severamente. Y esto no es una novedad de los tiempos actuales, ya que casi nada es original en la Historia humana, y, si no, recuérdese un fragmento del poema del autor alemán Bertolt Brecht:²⁶

*Marie Farrar, nacida en abril,
menor, sin señas particulares, raquítica, huérfana,
[...]
Marie Farrar, nacida en abril,
muerta en la prisión de Meissen
madre soltera, sentenciada, quiere
mostrarles los sufrimientos de todas las criaturas.
Ustedes que dan a luz en limpias
camas de maternidad y llaman
“benditos” a sus vientres preñados quieran
no condenar a los débiles perdidos
pues sus pecados fueron duros y su dolor fue grande.
Por eso, les ruego, se abstengan de juzgar
Pues toda criatura necesita ayuda de todas las demás.*

²⁶ Brecht, B. Alemania, Augsburgo 1898 - Berlín 1956, el fragmento es extraído del Poema “La infanticida Marie Farrar”, contenido en el libro “Hauspostille” (1927) primer libro de poesía del autor y que contiene una guía que da cuenta de que el personaje existió, Marie Farrar, nacida en Augusta de Lech (...), fue procesada por infanticidio a la tierna edad de dieciséis años. Esta Farrar conmovió el alma de los jueces con su inocencia y su sensibilidad humana, no obstante fue igualmente condenada.

Bibliografía

- Brecht, B. (1927) “La infanticida Marie Farrar”. En *Hauspostille*.
- Carrara, F. “TIII, Parte Especial”. En *Programma del Corso de Diritto Criminale*.
- Cayo, S. “César”. En *Vida de los doce Césares*.
- CRIN. *Child Rights International Network*.
- CSJN. Fallo T.228.XLIII- “Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado. Causa N° 29/05”.
- Foucault, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores
- Jadur, S. y Alkolombre, P. Disponible en: [www.lanacion.com.ar/1327454-como-es-el-universo-de-una-mujer-que-mata-a-su-hijo].
- Kalinsky, B. y Cañete, O. (2010) *Madres frágiles: un viaje al infanticidio*. Biblos.
- Núñez, R. (1998). *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Córdoba, Ed. Marcos Lerner.
- Núñez, R. (1977) *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. T. III (Vol. I)*. Buenos Aires, Ed. Lerner.
- Plutarco. “Vol. VI: Alejandro y Julio César”. En *Vidas Paralelas*.
- Soler, S. (1963) *Derecho Penal Argentino*, T. III. Buenos Aires, Editorial TEA.
- Stampa Braun, J. M. (1952). “Las corrientes humanitarias del Siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como delictum exceptum”. En *Anuario de Derecho Penal y Ccias. Penales*. (N° 3). España, Inst. Nac. Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia.
- Superior tribunal de justicia pcia. De córdoba. *In re* “Díaz, María Elizabeth p.s.a. homicidio agravado, etc. Recurso de Casación (Expte. “D” 1/04), sentencia N° 34, 05/03/10”.
- Zaffaroni, E. R. (2004). “Eficacia Jurídica de los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos de las Mujeres” Conferencia magistral. En *Congreso Internacional para apoyar al armonización de las legislaciones locales con los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos de las Mujeres*. México.
- Zaffaroni, E. R. (2011). “Infanticidio. Proyecto de restablecimiento de la atenuante”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año 1, Número 3, Buenos Aires, La Ley.