

Informe sobre proyecto de Ley sobre incorporación del infanticidio al Código Penal.

Pasaremos a continuación a analizar algunos aspectos importantes de la figura de infanticidio que se intenta reintroducir en el Código Penal, pasando por aspectos clínicos, dilucidando el concepto clave de Estado Puerperal, aspectos legales, comparando la figura con otros tipos penales para llegar finalmente a estudiar la necesidad, racionalidad y conveniencia o no de la introducción de dicha figura.

1) Estado Puerperal¹.

Ante la iniciativa de legislar una nueva atenuante en el Código Penal, que impondría una pena gravemente disminuida a “la madre que matare a su hijo durante o luego del nacimiento mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal”² cabe antes de analizar la legitimidad o ilegitimidad, la conveniencia o inconveniencia de dicha figura, varias veces excluida del código, entender a que nos referimos cuando hablamos de estado puerperal, puesto que la norma pretende fundarse en un supuesto estado emocional de la homicida que le habría impedido actuar completamente en su juicio.

En este sentido, nos preguntamos, en primer lugar, qué es el estado puerperal. Cuestión la cual, coinciden los diputados en sus respectivas presentaciones, en que es un concepto vago y carente de una definición precisa.

No obstante, cabe definir al estado puerperal como “período de tiempo desde el parto hasta la recuperación, de los cambios tanto físicos como hormonales de la gestación. Dura aproximadamente 40 días”. Vemos a raíz de la definición dada, que el estado puerperal tiende a denominar más bien un período de tiempo que un trastorno propiamente, si bien es un período de tiempo condicionado por algunas circunstancias que vuelven a la mujer especialmente sensible, del mismo modo que otras etapas de su vida genital.

Este “desorden” es consecuencia de la represión anterior al parto de la liberación de hormonas y otras sustancias, que son liberadas en las 48 horas siguientes al mismo provocándoles una cierta estabilidad emocional.

Ahora bien, de la lectura de los dictámenes, resalta que las impulsoras han optado por atenuar la pena a la mujer que obrare en el estado estudiado, pero como bien señala la diputada Bianchi, es imprescindible distinguir entre el estado y la psicosis puerperal, que es donde, como veremos, se produce una verdadera alteración psíquica, y que, según el diputado Juan C. Vega, en los anexos que adjunta al dictamen, tiene una duración muy limitada, que él pone entre los 3 y 6 días.

El estado Puerperal, en efecto, no se identifica con la llamada psicosis puerperal, la cual cabe definir como el “síndrome que se presenta después del parto y hasta 6 meses luego

¹ Demers,L.M., McGuire,J.- "Premenstrual, postpartum and menopausal mood disorder.-1989
-Freedman,A.M.- " Tratado de psiquiatría"1982
-Henri, E.-"Tratado de psiquiatría" 1975
-Kaplan H.,Sadock B.- "Tratado de psiquiatría" 1992

² De la redacción coincidente en los tres dictámenes.

de este caracterizado por "Alteración de la conciencia, inquietud psicomotriz, depresión, delirios, pensamientos auto y heterolíticos"; Estos últimos, especialmente, en relación al niño y estado confusional y de perplejidad, pudiendo llegar a la catatonia", siendo la catatonia, según la Real Academia Española, el "síndrome esquizofrénico, con rigidez muscular y estupor mental, algunas veces acompañado de una gran excitación".

Podemos ver de la explicación dada que la psicosis puerperal, la cual podemos también calificar como un brote psicótico caracterizado por el tiempo en que se produce, conforme a lo dicho, no necesariamente está identificado con el estado puerperal, y más aun, puede darse incluso finalizado este, y que, a diferencia del anterior, nubla el entendimiento de la mujer, si bien no siempre puede llegar a ocasionar estados de emoción violenta en que la mujer intente dañarse a si misma o al niño. El tiempo que menciona el diputado es el tiempo que aproximadamente tardan en comenzar los síntomas, motivo por el cual, aprobado su dictamen, el margen de error se ampliaría.

Los efectos de esta patología, según "El DSM IV, (que) lo califica como "Trastorno psicótico no especificado", (son) depresión, ideas delirantes y pensamientos de muerte hacia si mismo y el niño. Un grado menor de psicosis puerperal, sería la depresión post-parto".

Pero reiteramos, estas ideas, o al menos la exteriorización de las mismas, no necesariamente deben darse.

Un caso cercano sobre psicosis puerperal fue el de una chica que, tras sufrir un aborto espontáneo, sufría frecuentes alucinaciones de tener a su niño en brazos, ensangrentado. Luego, al volver a la realidad, estaba conciente de no haber llevado a feliz término su embarazo, y de nuevo en las alucinaciones, intentaba entender que le sucedía a la niña que tenía en brazos.

De este ejemplo real podemos ver, también, que el estado de psicosis puerperal no es un estado permanente que dura 6 meses y dentro del cual la madre no es conciente de sus actos, sino que es un estado en el que la mujer sufre alucinaciones y a menudo ideas perjudiciales, pero no es un efecto constante, de allí que presumir su falta de culpabilidad o su inimputabilidad únicamente basado en la fecha de ejecución del hecho sin la adecuada corroboración de que no se encontraba en un estado de lucidez es un absurdo total. Había que, cuanto menos, asegurarse que la madre no era conciente y solo en esa circunstancia sería viable plantear una cierta disminución de la pena, pero como evaluaremos más adelante, no al grado que lo propone la Ley.

Algunas características de este estado, podemos señalar, es el hecho de que se da con una incidencia de 1,5 cada 1000 partos y se comprobó que el antecedente de trastorno bipolar, aumenta en un 50%, el riesgo de padecerlo y que también hay riesgo aumentado en mujeres con historia familiar de bipolaridad o trastornos del estado del ánimo, en general.

Es decir, si bien, como han señalado los diputados, es un estado de difícil comprobación y bastante desconocido, un factor a tener en cuenta por los peritos al momento de evaluar la posible relación del hecho con la patología, es la historia familiar de la madre. Esto sin mencionar que, el trabajo de los peritos psicólogos y psiquiatras, conforma lo que se llama un "análisis psicológico en retrospectiva" con todas las habilidades que se

desprenden al estudiar un hecho sin los elementos que permitan una completa seguridad al respecto³, lo que convierte a la pericia en una autorizada opinión, basada en una experiencia, conocimientos previos y un estudio científico, pero una opinión, una especulación con alto grado de probabilidad.

Sin embargo el proyecto de ley ni siquiera solicita estos informes, sino que presume la inimputabilidad de la mujer.

El estado de emoción violenta se define como veremos más adelante, como el estado mental transitorio grave y profundo de corta duración, que llega a la supresión de la conciencia. Desencadenado por un hecho sorpresivo e inesperado. La doctrina hace hincapié en el factor sorpresa.

Ahora bien, la psicosis puerperal implica alteraciones psicológicas que no permiten a la mujer distinguir la realidad de la ilusión, pero tampoco puede identificarse totalmente con la emoción violenta en razón de que, no solo no es sorpresivo el hecho del parto, sino que, además, durante la psicosis puerperal, como en cualquier otra, el paciente goza de momentos de lucidez, al punto que el código civil reconoce al insano la posibilidad de celebrar contratos y otorgar testamentos en estados prolongados de lucidez. Esto sería ridículo si se relacionara absolutamente con la emoción violenta, o bien el insano fuera absolutamente incapaz.

La depresión del embarazo no significa, para concluir, Psicosis puerperal, el riesgo se asocia con bipolaridad, incluso algunos autores consideran la Psicosis Puerperal, como una sub identidad del Trastorno bipolar.

“En mi opinión, el embarazo, parto y puerperio, no son en si mismos, estados patológicos, todo por el contrario son sinónimo de salud procreativa. Ahora en determinadas situaciones y frente a determinados factores, como por ej. trastornos psiquiátricos de base, situaciones generadoras de stress durante el embarazo, el no deseo de este, procesos infecciosos (por ej HIV), conflictos en las relaciones familiares o maritales, etc, **pueden** desencadenar cuadros psiquiátricos que lleven a cometer actos de abandono, asesinato y/o suicidio”⁴.

2) Los atenuantes.

El segundo punto a considerar antes de entrar de lleno a evaluar los presentes dictámenes, es ¿Qué es un atenuante?, es decir, cual es el fundamento, la finalidad, el motivo, que llevan al legislador a disminuir la pena en ciertas personas y no en otras.

Lo primero que debemos subrayar es que la atenuante no se funda en la persona, situación que sería abiertamente contraria al principio de igualdad ante la Ley (Art. 16 de la CN), sino en circunstancias fácticas subjetivas que hacen menos imputable el obrar del sujeto, debido a circunstancias que no ha podido prever.

³ Dr. Cabello. Perito psicólogo. Curso de Derecho Penal y Cultura Criminológica “el defensor Penal” 2008.

⁴ María José Cervio, Médica Pricopatóloga

Para que se comprenda mejor, debemos entender que cuando hablamos de delitos, estamos hablando de una acción típica, antijurídica y culpable, es decir, necesitamos, para la comisión del delito que haya, por parte del agente, culpabilidad.

“No se pena lo producido causalmente, sino por lo hecho culpablemente. Se precisa así el principio *nulla poena sine culpa*... Cuando decimos lo hecho culpablemente, entendemos que la acción no solamente ha sido ejecutada con los requisitos de la culpabilidad en abstracto, sino en concreto; es decir, cuando se obró contrariamente a Derecho, pudiendo haberlo hecho conforme a él. Tal es el sentido de la reprobabilidad del hecho a su autor y tal el sustrato de las causas de exclusión de la culpabilidad” en otras palabras “la culpabilidad resulta de la actitud subjetiva del autor frente a su hecho, juzgada y reprochada según las normas del Derecho y la formación de la voluntad”⁵.

La culpabilidad se relaciona así con la imputabilidad, le asignamos a la segunda “el papel de presupuesto de la culpabilidad, que equivale a capacidad de culpa. En el código Argentino, aquella es la capacidad de comprender la criminalidad del acto, y dirigir sus acciones; ésta es la valoración del ejercicio de esas capacidades en el momento del hecho y según las normas del Derecho”⁶, es decir la responsabilidad del sujeto activo sobre el hecho delictivo, y es en este punto donde entra en juego el papel de las atenuantes, teniendo en consideración ciertas circunstancias que afectaron, aunque no excluyeron el mencionado requisito. En caso de ser excluido nos encontraríamos ante un caso de inimputabilidad o una causal de excusación.

Así podemos definir a las atenuantes, *como situaciones subjetivas del sujeto agente que le impiden actuar con plena libertad y/o le conducen a un resultado NO QUERIDO POR ÉL*.

En efecto, exige el código, para que haya imputabilidad, que el agente “haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”⁷.

En este sentido es que el Código prevé dos causales de atenuación de la pena para el delito de homicidio, y podríamos llevarlos a tres, a saber:

El artículo 81 prevé reclusión de 3 a 8 años o prisión de 1 a 3 años, al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias lo hicieren excusable. Y al que, con la intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte a alguna persona, cuando el medio empelado *no debía ocasionar razonablemente* la muerte.

Vemos en estos dos casos los elementos mencionados como integrantes de las atenuantes; en el primer caso, falta totalmente el conocimiento de que se está llevando cabo una acción delictiva, o al menos la plena comprensión de la misma. “Lo que importa de ese estado, es que haya hecho perder al sujeto el pleno dominio de su

⁵ Derecho Penal, parte general, Fontan Balestra. Ed. Abeledo – Perrot.

⁶ Idem.

⁷ Art. 34, Inc. 1: El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

capacidad reflexiva, y que en él, sus frenos inhibitorios estén disminuidos en su función”.⁸

¿Qué entendemos por circunstancias excusables? “Lo que se requiere ser excusado es el estado emocional, no el homicidio, que tiene por consecuencia una pena”, aunque menor.

En el segundo caso, “la ley Argentina define un auténtico delito preterintencional, característica que resulta de las referencias de culpabilidad y la naturaleza del medio empleado”¹⁰. Es decir, el resultado de la acción no es el querido por el agente, ni pudo este preverlo.

“Con respecto a la primera – la culpabilidad – se excluye el dolo del delito más grave... en tanto que para el medio empleado requiere que no deba razonablemente ocasionar ese resultado más grave”¹¹.

Vemos que, en ambos casos, el sujeto activo no ha querido ni podido prever las consecuencias, sea por que no se encontraba en sus cabales o por que no era razonable la obtención del resultado.

Pero decíamos, cabe agregar un atenuante más que se desprende del código, que tiene fundamental importancia a los efectos del proyecto analizado, y la encontramos en el artículo siguiente, cuando dice que “el que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge” “en estado de emoción violenta y que las circunstancias lo hicieren excusable”, se le impondrá pena de reclusión o prisión de 10 a 25 años, en lugar de la perpetua prevista para el delito. Ahondaremos en este punto más adelante.

Como vemos, la Ley ya prevé un atenuante para el parricidio, considerando la relación que une a la víctima y al victimario como diferente de la que los relaciona en la emoción violenta común.

El mismo delito del parricidio lleva implícito un elemento subjetivo que, de faltar, convierte al mismo en homicidio simple (jugaría, si se quiere, como un atenuante más, aunque propiamente hace desaparecer el delito de parricidio) al decir “el que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge *sabiendo que lo son*”.

3) El infanticidio en la historia.

Finalmente, es importante tener presente al momento de comprender la figura propuesta por nuestros legisladores, un breve análisis de el infanticidio en la historia.

Señala, en su dictamen en disidencia total, la diputada Bianchi, que “etimológicamente la palabra infanticidio proviene de los vocablos latinos “*infans*” y “*cedere*”, que significa, matar a un niño”, aunque probablemente, el termino más adecuado sería filicidio.

⁸ Manual de Derecho Penal, parte especial, de Carlos Fontan Balestra. Ed. Abeledo – Perrot.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

En la antigüedad, el caso más extremo de esta práctica bárbara, es el clásico ejemplo de Esparta, bien representado, dicho sea de paso, con un dramatismo no exagerado, en la película 300.

En Esparta, el padre tenía la facultad de matar a su hijo si este presentaba deformaciones o signos que podían causar debilidades que lo hicieran inepto para su fin. No está muy lejos del Protocolo de Groningen, citado por la diputada, que permitiría asesinar a aquellos niños que no tendrán suficiente calidad de vida, no so viables.

Ante esta circunstancia, los espartanos que, a estas alturas, parecen de lo más progresistas, arrojaban a sus niños enfermos o defectuosos en barriles llenos de clavos, cuesta abajo para que murieran.

Vélez, para evitar estas atrocidades, dejó en claro que son personas de existencia visible¹², “todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”¹³; esto para evitar la potencial eliminación de los considerados “monstruos”. Y por si quedaran dudas al respecto aclara que no “importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer”¹⁴, y más, se preocupa de dar elementos para asegurarse el respeto a la vida del neonato al prescribir: “repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto... hubieren observado (cualquier) signo de vida”¹⁵. Y para más seguridad “en caso de duda... se presume que nacieron vivos”¹⁶.

Si bien, la mayoría de estas previsiones tienen que ver con la protección de los derechos adquiridos antes del nacimiento, de ellos el más importante es el Derecho a la vida, adquirido en el mismo momento de la concepción¹⁷, prueba el grado de protección que Vélez da a la vida del niño.

Pero siguiendo nuestro recorrido histórico, hacemos una nueva parada en las épocas de la antigua Roma, donde “si bien los hijos son libres, jurídicamente estaban en una condición equivalente a la de los esclavos”, el cual “es al mismo tiempo un homo y una res mancipi, por cuanto pertenece a su dueño (el pater), quien tiene sobre él, una potestad absoluta (potestad de vida y muerte)”, en tal sentido, “el pater puede “exponerlos”, es decir no admitirlos en la familia”, “podía venderlo como esclavo en el extranjero” y “tenía el poder doméstico para imponer penas, incluso la capital, a los miembros de la familia, sin estar obligado a ocurrir ante el tribunal”, derecho consagrado en la Ley de la XII tablas¹⁸.

Ambas medidas nos parecen hoy, y con razón, repugnantes al buen sentido y a la civilización moderna; razón algo curiosa, si tenemos en cuenta que son estos, los mismos fundamentos que se invocan para la lucha por un supuesto derecho al aborto.

¹² Recordamos que el Código prevé personas de existencia visible (los hombres) y de existencia ideal (las Sociedades)

¹³ Art. 51 C.Civil.

¹⁴ Art. 72.

¹⁵ Art. 73.

¹⁶ Art 76.

¹⁷ Art. 63.

¹⁸ Derecho Privado Romano, Alfredo Di Pietro. Ed. Depalma.

No muy diferente fue la situación en la antigüedad judía. Si bien no veían con buenos ojos el infanticidio, que figura en el AT testamento como una práctica pagana deplorable, de ofrecimiento de los hijos a los demonios para obtener su favor, estos eran para ellos personas, por decirlo de algún modo, de segunda, que no podían tener relación con las cosas sagradas, debido a que, por su ignorancia, se encontraban permanentemente impuros para sus leyes.

Toda esta situación se revirtió con el Cristianismo, que tan atacado es hoy de retrógrado e intolerante, pero que fue quien dio un vuelco absoluto a la cuestión. En efecto, nos relata el Evangelio, que “algunas personas le presentaban los niños (a Jesús) para que los tocara, pero los discípulos les reprendían. Jesús al ver esto se indignó y les dijo: “dejen que los niños vengan a mí y no se lo impidan, por que el Reino de Dios pertenece a los que son como ellos”¹⁹. Esto, en una sociedad que los consideraba algo casi despreciable, era realmente una revolución.

Pero Cristo no se detiene ahí, y eleva al niño a una categoría insólita, cuando dice que “el que recibe a un niño como este en mi nombre, me recibe a mí; y el que me recibe, no me recibe a mí, sino al que me ha enviado”²⁰ y en una frase que causo revuelo años atrás al ser maliciosamente interpretada cuando el Obispo Castrense Baseoto la enviaba al ministro de salud Gines Gonzáles García, en referencia al aborto, dice que “el que haga caer a uno de estos pequeños, mejor le sería que le amarraran al cuello una gran piedra de moler y lo hundieran en lo más profundo del mar”²¹.

Quizás sea esta la actitud que hay que cambiar, en pos de una más progresista y aceptable como la teoría espartana de la viabilidad del neonato.

Finalmente, y para no perdernos en más circunstancias históricas, llegamos al código penal en que, apareció y fue eliminada de nuestro código unas tres veces, y que amenaza con regresar, pero en circunstancias más peligrosas a la seguridad jurídica y amenazante a la forma de vida más vulnerable, el infanticidio.

Por empezar cabe reformular la objeción al nombre de esta figura que, en especial teniendo en cuenta la nueva redacción que se le pretende dar, quedaría más coherente con el nombre de “filicidio” o “filicidio atenuado”.

Por lo demás, el código penal de la nación, hacía referencia al infanticidio en los siguientes términos: Se impondrá reclusión de hasta 3 años o prisión de seis meses a dos años, a la madre que, ***para ocultar su deshonra***, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, consintiesen el mismo delito”.

La figura, como dijimos, fue reformada numerosas veces, pero manteniendo siempre un denominador común, el móvil. Al efecto dice la diputada Guinzburg en su disidencia al mismo proyecto presentado en 2008, que “la doctrina y la jurisprudencia argentina” coinciden en que la figura esta basada en “el móvil de honor”²². Así “la CSJN ha sido

¹⁹ Mc. 10: 13 – 14.

²⁰ Mc. 9: 33 – 34.

²¹ Mt. 16: 6.

²² Nora Ginzburg.

clara cuando, interpretando la disposición penal vigente, dijo que el honor debe estar siempre presente, de lo contrario hay parricidio²³. “Es forzoso deducir que la base de la atenuante *es psicológica* pero restrictiva, por que dentro de los motivos que pueden concurrir, el único que tiene poder de atenuación es el de ocultar a deshonra²⁴ por lo tanto, “si no medió el propósito de ocultar la deshonra, no existe infanticidio específico *aunque el delito haya sido cometido en el período puerperal*²⁵”.

Como vemos, el requisito fundamental del delito de infanticidio, es ocultar la deshonra de la mujer que ha quedado embarazada ilegítimamente, sea por no estar casada, por ser fruto de una infidelidad, o cualquier circunstancia del tipo.

Dichos fundamentos son hoy, cuanto menos inaplicables. En una “sociedad artificialmente erotizada²⁶”, donde el papel del sexo está cada vez más exaltado, donde la edad de iniciación sexual ronda los 13 años, donde una diputada llegó a decir como fundamento de un dictamen para resaltar su posición sobre la libertad sexual “y si yo quiero tener relaciones con un perro y este lo conciente...”²⁷, donde se promueve la educación sexual desde los 5 años, donde la sociedad está cada vez más abierta a aceptar a las madres solteras y acompañarlas cuando lo necesitan, empezando por la Iglesia, en una sociedad donde se reparten anticonceptivos y pastillas del día después en hospitales a niñas de 14 años, práctica aberrante pero que ocurre, ¿Cómo podemos pensar en la deshonra de tener un hijo?

Una sociedad en la que es cada vez más, es más heroico y meritorio tener un hijo que perderlo... Considero que el móvil “ocultar la deshonra” ya no existe o es absolutamente inaceptable.

Esto no pasa por alto a los legisladores que tomaron el trabajo de eliminar el móvil de honor, dejando el tipo penal redactado en los siguientes términos “a la madre que matare a su hijo mientras se encontrare bajo los efectos del estado puerperal”, redacción que con algunas modificaciones intrascendentes se repite en los tres dictámenes.

Así, el proyecto de la diputada Bullrich habla de “mientras dure el estado puerperal” y da una breve definición de la misma “como la que ocasiona en la autora un trastorno de conciencia lo suficientemente grave que, sin llegar a la causal prevista por el inciso 1 del artículo 34, disminuya su capacidad de comprender la antijuridicidad de su acción”, pero esta feliz redacción no hace más que ocultar lo que se presenta patente en la anterior, está haciendo referencia a un plazo de tiempo en que la madre puede matar a su hijo, dejando la determinación del plazo a lo que dura el estado puerperal.

Y conciente del peligro de esta circunstancia, es decir, dejar la causal a consideración de un plazo de tiempo prolongado pero más o menos indeterminado, con buen criterio pero no suficiente, el legislador Vega lo acota a “dentro de los primeros 8 días siguientes al parto”.

²³ Idem.

²⁴ Soler, citado por la dip. Ginzburg.

²⁵ Fallo “Ponce Eliza” de 1941, Citado por la Dip. Ginzburg.

²⁶ Mons. Aguer.

²⁷ Dip. Gil Lozano, promotora del presente proyecto.

Pero habiéndonos tomado el trabajo de analizar el fundamento de las atenuantes en general, no podemos dejar de señalar, que no se puede dejar la causa de atenuación a un factor objetivo, ajeno al agente y arbitrario como es un plazo de tiempo, que podría, aun reconociendo la buena voluntad del diputado Vega, coaccionar la voluntad de la madre ante un “es ahora o nunca”, y las presiones de grupos promotores de estas prácticas.

Ciertamente, ante la preocupación de “que el dictamen de la mayoría adolece un error que consiste en no fijar un plazo determinado”²⁸, muy cierto si la atenuante se fundara en una cuestión temporal, termina cayendo en un error más grave.

Concientes de que el fundamento propio del infanticidio, el móvil de honor, hoy ha desaparecido de la conciencia social, el dictamen de mayoría hace suyos los argumentos del célebre Dr. Zaffaronni, conocido por su postura garantista y sus fallos a menudo injustos en relación a la víctima del delito, quien llama al tipo en estudio “homicidio privilegiado de infanticidio”²⁹ y busca un nuevo fundamento en el hecho de que “es un delito que por regla general se comete en provincia. ¿Quién es normalmente el sujeto activo? Son mujeres de muy escasa condición social... que tienen partos en soledad, en baños y los productos (linda forma de referirse a un ser humano) van a dar a pozos ciegos. Es decir, son casos más necesitados de urgencia social”³⁰.

Pero no corresponde al código penal la solución de problemas sociales, sino que esto queda en manos de una adecuada política social, debiendo el código penal limitarse a reprimir la comisión de hechos que causan un peligro inminente a la a la seguridad (los delitos).

De ahí la falacia de aquellas personas que hablan del “derecho al aborto consagrado en el Código Penal”; el código no crea derechos, sino que, al contrario, reprime conductas delictivas.

4) Comparación con otros tipos delictivos.

Es necesario ahora, entrar a analizar lo referente a la graduación de la pena.

“La autoridad pública debe reparar la violación de los derechos personales y sociales mediante la imposición al reo de una adecuada expiación al crimen... la medida y la calidad de la pena deben ser valoradas y decididas atentamente”³¹. De tal manera que a la hora de graduar la sanción a un hecho delictivo, el legislador debe tener en cuenta una serie de elementos, tales como el bien jurídico tutelado, la gravedad del delito, etc.

Así, al redactar el código, el legislador ha realizado una valoración de los bienes jurídicos tutelados que ha quedado plasmada en la ley. Esto nos da la pauta de qué bienes considera el Estado como más o menos valiosos.

²⁸ De los fundamentos del dip Vega.

²⁹ Zaffaronni.

³⁰ Zaffaronni citado por la Dip. Conti.

³¹ Ev. Vitae N° 53.

Y en concordancia con la convención de Derechos Humanos, nuestra legislación ha considerado como bien más valioso la vida, considerada desde la concepción³², lo que podemos ver a través de las escalas penales que el código impone.

En relación a la finalidad de la pena, debemos tener en cuenta, que “el hombre se encuentra por regla orientado al bien”³³, de ahí que su conducta será por lo general orientada a Derecho, y la ley actuará en casos extraordinarios. “Mas como hay también individuos rebeldes y propensos al delito, a los que no es fácil persuadir con palabras, a éstos era necesario retraerlos del mal mediante la fuerza y el miedo, para que así, desistiendo, cuando menos, de cometer sus desmanes, dejaran en paz a los demás, y ellos mismos, acostumbándose a esto, acabaran haciendo voluntariamente lo que antes hacían por miedo al castigo, llegando así a hacerse virtuosos”³⁴. Es decir, la pena, además de su “esencia retributiva, no obsta que tenga diversos fines... mientras está en la ley, es una amenaza, o si se quiere una advertencia del estado para quienes la violen; en una segunda etapa, el magistrado la aplica a quienes se han hecho merecedores de ella”³⁵, en esta etapa su finalidad es “específicamente retributiva, pues es el momento en que, para el Derecho, se reestablece el orden jurídico” “y, finalmente, se la ejecuta... cuando la pena se cumple, el fin que se persigue es la enmienda o reeducación, con miras a la prevención social”³⁶.

Habiendo aclarado esto, resulta interesante hacer un brevísimos repaso sobre las diferentes penalidades que corresponden a los distintos casos de homicidio.

En el artículo 79, se tipifica el homicidio simple, en los siguientes términos: Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena (8 a 25).

Seguidamente se enuncian las causales de homicidio agravado, entre los que se encuentran el que matare “a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son”, a los que impone pena de reclusión o prisión perpetua, pudiendo agregarse además, pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado.

El Art. 81 prevé las causales de emoción violenta y homicidio preterintencional analizados más arriba, previendo pena de reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años. Y el 82, la atenuante del parricidio que disminuye la pena a 10 a 25 años.

El 83, instigación al suicidio con pena de prisión de uno a cuatro años.

El 84 prevé prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años para el homicidio culposos.

Donde veremos más claramente la injusticia de la disposición que se pretende incorporar es en el caso del Art. 85 que sanciona con reclusión o prisión de 3 a 10 o de 1

³² Conv. Ineramericana de Derechos Humanos Art. 4 Inc. 1.

³³ Suma Teológica I – II, Q 95, Art. 1.

³⁴ Idem.

³⁵ Derecho Penal, parte general, Fontan Balestra. Ed. Abeledo – Perrot.

³⁶ Derecho Penal, parte general, Fontan Balestra. Ed. Abeledo – Perrot.

a 4 años el aborto, según mediare o no consentimiento de la mujer y el 86 la pena para la abortista (1 a 4 años), así como el 88.

Cabe resaltar que no se verá la injusticia únicamente en la escala penal, que a juicio personal debería ser, por lo menos igual, sino en el hecho de que, conforme a los argumentos que se esgrimen para la despenalización del aborto y que veremos a continuación, parece absurdo que, las mismas personas, pretendan una pena inferior para el delito de infanticidio.

5) Relación con otros atenuantes y con el aborto.

De una simple primera lectura de los tipos transcriptos podemos apreciar como la pena por infanticidio es totalmente desproporcionada. Basta tener en consideración que el parricidio atenuado por emoción violenta tiene una pena de 10 a 25, que si bien la doctrina considera que esta pena es manifiestamente elevada, pues, no admite la pena de prisión y el minimum de la pena es dos años superior a la del homicidio simple³⁷, queda de resalto como una diferencia tan grande entre el parricidio atenuado y infanticidio doloso es, a su vez, manifiestamente injusto.

Es decir, una persona que encuentra a su cónyuge en la cama con otra persona al volver de un pésimo día de trabajo, y que le ha llevado 2 horas recorrer 30 cuadras en auto debido a manifestaciones gremiales a las que es ajeno, y en un arrebato pasional ante la sorpresa de tan repentina situación arroja un elemento contundente a su cónyuge y le ocasiona la muerte, tendría por lo menos, cuatro años más de reclusión que aquella madre que durante 9 meses viene planeando como deshacerse del niño, que solicitó por la justicia practicarse un aborto, que tiene una medida de seguridad de protección de personas decretada ante la inminente posibilidad de un infanticidio, y que, tras haber tenido al niño, procura ocultamente deshacerse de él y lo entierra en el jardín.

Este ejemplo algo extremo nos ayuda a comprender los absurdos que podrían producirse; ante un acto clarísimo de emoción violenta, reclusión de 10 a 25 años, ante un caso premeditado de homicidio agravado por el vínculo, prisión de 6 meses a 4 años, por que la ley presume iuris et de iure que la mujer se encuentra “bajo la influencia del estado puerperal” y que no puede dirigir sus actos.

Pero no es este el único injusto al que nos enfrentamos. El homicidio culposo tiene hoy una pena de seis meses a cinco años de prisión e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte. Es decir, la misma pena, o incluso más elevada³⁸ que el infanticidio doloso.

Para graficarlo, si una persona, limpiando el balcón dejara caer una maceta provocando la muerte a alguien, o bien, descargando un arma, poseída legítimamente, para limpiarla, se le escapa un tiro impactando en un transeúnte, tendría una pena igual o mayor que la de la mujer que mencionábamos arriba.

En relación al aborto, que el Art. 85 sanciona con reclusión o prisión de 3 a 10 o de 1 a 4 años el aborto, según mediare o no consentimiento de la mujer, sancionando a la

³⁷ Manual de Derecho Penal, parte especial, de Carlos Fontan Balestra. Ed. Abeledo – Perrot.

³⁸ En el ditamen de mayoría, donde el maximum es de 3 años.

mujer con pena de 1 a 4 años. La pena in abstracto es ya menor, a la del infanticidio, y la pena en concreto puede también serlo, veamos:

Los argumentos normalmente esgrimidos a favor de la despenalización o la atenuación del delito de aborto, es que se trata de una “esperanza de vida humana que se convertirá en tal al terminar el proceso de gestación y comenzar el nacimiento”³⁹, que el feto constituye una porción del cuerpo de la madre (a pesar de tener una vida independiente), la necesidad y la preeminencia de la vida y la salud de la mujer sobre la del feto; la Dra. Argibay, hoy última custodia de la constitución Nacional, llegó a decir que “la dignidad de las mujeres pasa también por la igualdad que se nos niega (al obligarnos a continuar con un embarazo que no se quiere)”, ya que “un embarazo no deseado puede ser tan trágico en un momento, en la familia, como un embarazo forzado”, en esta línea se ha dicho que si se le impuso a la mujer un embarazo es justo que no se le obligue a llevarlo a término.

Más allá de la gravedad de estos argumentos, los cuales no comparto en lo más mínimo, resulta difícil comprender, con qué argumentos pretender dar, las mismas personas, una pena inferior a un atentado contra una vida indiscutida, contra lo que aseguran, es un mero proyecto de vida humana, y partiendo de la base de que “no es lo mismo una vida antes del nacimiento que después”⁴⁰.

Máxime si comprendemos que muchas mujeres abortan sin comprender plenamente lo que están haciendo. Se suele escuchar de ellas cuando, tiempo después entran en razón del crimen que han cometido, que nunca se les había informado de lo que estaban haciendo. Tal el famoso caso del Dr. Nathanson que, de militante abortista, tras utilizar un ecógrafo para perfeccionar su técnica y evitar así riesgos para la abortista, descubrió la realidad de lo que hacía y es ahora uno de los más importantes médicos pro-vida del mundo.

Si ponemos una vez más en contraste la situación de una chica poco instruida que se presenta en una clínica de muerte a que le apliquen un sencillo procedimiento de interrupción del embarazo, coaccionada, muchas veces por las amigas y parientes, así como por parte de organismos de defensa de los Derechos Humanos que le aseguran que perderá su vida si no lleva adelante el procedimiento, con la mujer mencionada más atrás que comete un parricidio premeditado en los primeros días del parto, resulta incomprensible la reincorporación de esta figura, sobre todo si se toma en cuenta que falta el móvil principal de la misma.

No se comprende de lo expuesto, por que esta mujer tendría que enfrentar una condena más grave que la primera, siendo que había en ella una cierta ignorancia.

Pero más todavía, las contradicciones no terminan ahí, el mismo artículo se auto contradice si tenemos en cuenta, como dijimos el primitivo delito de infanticidio por motivos de honor y el actual delito de filicidio atenuado por el tiempo en que se cometió.

El primitivo Art. 81 inc. 2 decía: Se impondrá reclusión de hasta 3 años o prisión de seis meses a dos años, a la madre que, ***para ocultar su deshonra***, matare a su hijo durante el

³⁹ Idem 25.

⁴⁰ Carmen Argibay.

nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, consintiesen el mismo delito”.

Ahora bien, coherente con la mentalidad de la Dip. Gil Lizano, quien falazmente invoca la Convención internacional Belem do Pará, feminista acérrima, fundadora de una religión feminista que cree en diosas, brujas y chamanas⁴¹, el artículo elimina la atenuante para “los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, consintiesen el mismo delito”. No se comprende, por empezar esta discriminativa omisión que termina configurando una discriminación hacia los demás delincuentes y jugando como un beneficio a favor de una mujer homicida dolosa, en especial si tenemos en cuenta que, como resalta la dip. Bianchi, que este trastorno “en ocasiones puede afectar también al padre”.

También se excluye el motivo de la atenuante, dejando como tal el que el homicidio se produjere bajo la influencia del estado puerperal.

Es importante resaltar que en su anterior redacción, el infanticidio no preveía que la madre que matare a su hijo para ocultar su deshonra o mientras se encontrare bajo los efectos del estado puerperal, sino que estos eran dos requisitos que debían concurrir, siendo lo esencial el primero. O en otras palabras, el requisito era que se llevara a cabo para ocultar la deshonra, como sigue siéndolo en la mayoría de los códigos que admiten la figura⁴², y el estado puerperal era una concausa que hacía este requisito aceptable. Ahora, siguiendo una vergonzosa tendencia en otros ordenamientos, los legisladores quieren sencillamente, dar un plazo a la madre para que decida si tener o no a su hijo ya nacido, dándole la posibilidad de excarcelación o de una probation, lo que le permitiría, en este último caso, quedar libre de antecedentes criminales.

Y si aun no queda clara la contradicción, la misma reforma propuesta por la Dip. Bullrich y otros que, con fundamento en diversos tratados internacionales, proponen una pena máxima más acorde a la gravedad del delito, aunque aun no satisfactoria en razón de lo que se señalará más adelante, cae en una contradicción mucho más injusta y discriminatoria.

La diputada entra en razón de que “la pena tiene, entre otras, una finalidad tendiente a persuadir a no cometer un determinado delito, precisamente por la amenaza” que conlleva⁴³, pero por otro lado, basada en la tendencia de la “doctrina moderna (que) propicia la eliminación lisa y llana de los mínimos”, opta por simplemente poner una pena de “prisión de hasta 9 años”.

Olvida la diputada, que los argumentos esgrimidos en el debate y los fundamentos, son tenidos especialmente en cuenta en la interpretación de la ley al momento sentenciar. Si no hubiera hecho la aclaración, quizás se podría haber dado a entender de que hablaba de 8 a 9 años, aun cuando se dejara la posibilidad de que se interpretara como ella pretende, pero en este caso, no es difícil imaginar las injusticias a las que nos enfrentaremos.

⁴¹ www.agendadelasmujeres.com.ar.

⁴² Códigos de Venezuela, Costa Rica, Ecuador, Bolivia, Colombia, Uruguay, Cuba.

⁴³ Fundamentos de la Dip. Patricia Bullrich.

Así por ejemplo, un mismo delito podría caer en un juzgado de tendencia tradicional, donde a la madre se le aplique pena de 8 años y medio; en un juzgado garantista que le aplique pena de 4 años; o en un juzgado abolicionista que le aplique pena de 15 días de cumplimiento en suspenso.

Y ¿Qué sucedería si ese al que se le aplicó pena de 8 años y medio se encontraba realmente alterado psíquicamente, en tanto que la de 15 días de cumplimiento en suspenso se trataba de un caso claramente premeditado? Es algo para considerar. Considero que, en este caso, la pena carecería, nuevamente, de su papel persuasivo. Como señala Santo Tomás “es mejor regularlo todo con la ley que dejarlo todo al arbitrio de los jueces”⁴⁴.

Más allá de lo dicho, debe recordarse que, hoy por hoy, el delito de filicidio se encuentra contemplado, y así lo han entendido los jueces, en la figura de parricidio atenuado, puesto que si la madre se hallaba realmente en un estado de alteración mental de tal magnitud que no pudiera controlar sus actos, entonces los jueces encuadrarán, como encuadran, la figura el Art. 82 del Código.

6) Análisis de los argumentos vertidos en los dictámenes.

De la lectura de los dictámenes presentados, podemos ver la arbitrariedad de la reincorporación del infanticidio, o mejor dicho, de la creación de la nueva figura de filicidio atenuado o filicidio privilegiado a nuestra legislación.

Los argumentos más frecuentes en el dictamen de mayoría, hacen referencia a la realidad social de las madres que toman la decisión de asesinar a sus hijos indefensos, haciéndose eco de la discriminatoria doctrina de Zaffaronni, y dando por sentado que los sujetos activos de la figura serán normalmente “mujeres de muy escasa instrucción, con unos antecedentes culturales de bastante aislamiento, etc.”⁴⁵; pero hemos señalado ya que no es función de la ley penal crear políticas sociales a fin de solucionar los problemas expuestos, sino en todo caso de una adecuada política educativa y social que permita a aquellas mujeres salir de la marginalidad.

Sin mencionar que, el hecho de que “la mayoría” de la que habla el renombrado ministro de la corte no incluye a la totalidad; en tal caso cabría preguntarse ¿Cuál es la solución?, ¿crear un tipo penal que atenúe la pena a personas de baja condición social?, esto parece cuanto menos discriminatorio.

Llama también poderosamente la atención la curiosa exégesis que las diputadas Gil Lozano, Alcuaz, Carca, Rodríguez y Storni hacen del Código civil, al decir que “la fórmula propuesta recepta la definición de persona que el Código Civil de la Nación establece, siendo consecuentemente aplicable una vez que el niño ha sido separado de seno materno”⁴⁶.

La única explicación plausible para semejante y tan rebuscada interpretación de la normativa civil se desprende de la redacción, descontextualizada del Art. 74 del Código que dice que “si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno,

⁴⁴ Suma Teológica I – II, Q 95, Art. 1.

⁴⁵ Zaffaronni citado por la Dip. Conti.

⁴⁶ Dictamen de mayoría.

serán considerados como si nunca hubiesen existido”, artículo al que cabría agregar como se verá en un instante “al efecto de la adquisición de los derechos”, caso contrario no se comprendería por qué se pena el delito de aborto.

Así se ha llegado incluso a sostener que el niño está completamente separado, recién una vez que se ha cortado el cordón umbilical, cuestión claramente insostenible.

Pero ubiquemos en contexto este artículo. Por empezar, dice el código, que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las persona; y antes de su nacimiento pueden adquirir derechos, como si ya hubiesen nacido”⁴⁷. Lo que el legislador dice respecto del nacimiento es que “esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”⁴⁸ y no “importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer”⁴⁹. Esto es lo que quiso decir Vélez Sarfield con la separación del niño de su madre.

La vida comienza en el mismo momento de la concepción, momento desde el cual la persona puede adquirir derechos, pero, sobre todo en una sociedad donde no existían los adelantos tecnológicos de nuestro tiempo, el legislador debía poner una condición clara para la adquisición de esos derechos, y estableció el momento del nacimiento como aquel a partir del cual, la existencia de la persona con vida no puede ser cuestionada, con todas las seguridades vistas en el punto 3.

Pero si esto no fuera suficiente para convencer a las legisladoras, la declaración de derechos humanos establece con todo rigor que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción” ¿Qué quiere decir esto, sino que hay vida desde el vientre materno?

Más grave e incomprensible aun, a la luz de lo dicho, son los argumentos vertidos por los diputados Martínez, Mozzarella y Asef, que dicen que “años de vigencia del tipo de infanticidio y la profusa elaboración jurisprudencial que la acompañó, demostraron la utilidad de mantener una norma con escala represiva mínima” (aunque en este caso habla con toda claridad cuando dice) “en *homicidios de recién nacidos*, cometidos bajo determinadas circunstancias”, las cuales enumera al decir que “la defensa del género, no puede ignorar el retroceso que significó la eliminación del código penal del tipo de infanticidio, en virtud de lo cual solo la mujer paga la culpa, casi siempre derivada de un contexto social de desamparo, abandono del padre, falta de posibilidades de asumir integralmente la maternidad y embarazos no queridos y; por ello ocultando las gestantes una preñez llevada a título de deshonra, como con tanta sabiduría y practicidad lo definió el Código Penal histórico” y reputa de “rígida y draconiana (la pena a la madre que) dadas ciertas características del hecho (desamparo, abandono del padre, falta de posibilidades de asumir integralmente la maternidad y embarazos no queridos, deshonra) (impone la ley) al homicidio de un recién nacido por su madre”.

⁴⁷ Art. 70 C.C.

⁴⁸ Art. 70 C.C.

⁴⁹ Art. 72.

Creo que la sola lectura de los fundamentos eximen de cualquier comentario. Ya diría un sabio jurista y filósofo, que es más sencillo escribir falsedades que responderlas⁵⁰. Por lo demás, solo cabe aquí poner de manifiesto como la doctrina sostenida por estas personas nos presenta un fiel reflejo de la filosofía de Peter Singer quien, al tiempo que impulsa el otorgamiento de derechos humanos a los simios⁵¹ (derecho a la vida, a la libertad y al honor) y defiende los derechos de los montes, “sostiene que el niño no nacido no es persona, y que los bebés pueden eliminarse, incluso hasta tres meses después de nacer (recuérdese que el período puerperal ronda los 3 meses). Peter Singer ha llegado a sostener que **un cerdo adulto es tan valioso como un bebé humano**”⁵²

Otro argumento exegético que sorprende por su creatividad es aquel en que se intenta hacer decir a un tratado lo que no dice, con admirables resultados. Así expresa en el dictamen de mayoría, que “el texto da cabal cumplimiento a la obligación asumida por nuestro país acorde a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem do Pará”... allí, la república Argentina, a fin de proteger, reconocer y garantizar el goce y ejercicio de todos los derechos humanos de las mujeres, asumió el deber de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer”.

Quisiera saber de donde se desprende semejante conclusión del texto del tratado que, además, da una clara definición de violencia contra la mujer en su Art. 1 como “cualquier acción o conducta, **basada en su género**, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico o psicológico a la mujer”⁵³ y en el Art. 2, dice que abarca la violencia física, sexual y psicológica, pero restringe más el sentido explicando que “comprende, entre otros violación, maltrato, abuso sexual” en “la unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal”, y “violación abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro, acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas establecimientos de salud”, etc. “y que sea perpetrada o tolerada por el estado o sus agentes”⁵⁴.

De toda la lectura del texto no se infiere siquiera que la convención otorgue un presunto derecho al aborto, ni mucho menos que este propugne la eliminación de las sanciones penales a la mujer en igualdad con el hombre. Es decir, de la lectura total del tratado no se puede siquiera interpretar que se imponga a los estados la obligación de tolerar delitos por parte de la mujer, y mucho menos de uno tan aberrante como el filicidio, sino que el tratado nace de la legítima intención de proteger a la mujer de abusos a los que a menudo es víctima a causa de su condición de tal.

De seguir con estas locas interpretaciones llegaríamos al absurdo de contemplar una comunidad donde solo es posible la criminalización y sanción del hombre dejando a la mujer en completa libertad de actuar como desee y al hombre en absoluta desprotección.

⁵⁰ Tomás Moro.

⁵¹ www.proyectogransimio.org

⁵² Noticias globales. 20 de Junio de 2006.

⁵³ Conv. Belem do Pará.

⁵⁴ Conv. Belem do Pará.

Además, no estaría de más preguntarse ¿Y si el recién nacido es niña, debe sancionarse el delito de infanticidio o más bien, en observancia del tratado Belem do Pará y a la luz de los demás tratados y leyes nacionales, aplicar la pena prevista para el parricidio?

Por otra parte, debemos tener en cuenta que, ante una aparente contradicción entre dos o más leyes o tratados de igual jerarquía debemos siempre buscar la interpretación que mejor se adapte sin violentar ninguna de ellas; y siendo que la Declaración de derechos humanos y la convención de derechos del niño protegen la vida desde la concepción, la de derechos civiles y políticos prohíbe la discriminación de los niños por cualquier motivo y la ley nacional protege la vida desde la concepción, mientras que la citada convención no menciona de ningún modo el derecho al aborto ni la abolición de las penas con respecto a las mujeres en desmedro del resto de la sociedad, debemos entender que la convención “Belem do Pará” ha sido arbitrariamente invocada e interpretada para fines que no tuvo en cuenta y para soslayar los derechos de la comunidad.

Parece, para concluir, que el propuesto conflicto de intereses, en realidad no existe.

Cuesta comprender como la misma diputada que, en su defensa de la reforma del código civil, exclamaba con furor que “hay una tradición muy importante que une a mujeres y niños en un sistema de opresión”⁵⁵, víctimas de esclavitud, explotación sexual, etc. pretenda ahora menoscabar los derechos de sus compañeros de sufrimiento, los niños en promoción de su derecho a la impunidad.

Para terminar con el análisis de estos rebuscados e infundados argumentos, pasaremos rápida revista a lo plasmado en los dictámenes de minoría.

La Dip. Bullrich, como dijimos, en un análisis más profundo de los tratados internacionales que obligan a nuestro país, no dejó de notar la situación discriminatoria a la que se ponía a los niños admitiendo una norma que sanciona a la madre en virtud, simplemente, de un plazo de tiempo, y que impone, además, una pena irrisoria que daría lugar a la ejecución condicional, y en razón de ello restringe, aunque mínimamente las circunstancias en las cuales debe ser cometido hecho.

También, y coherentemente con lo expuesto, nota que resulta incongruente “bajar la pena a montos irrisorios” “si tenemos en cuenta que, la pena tiene, entre otras, una finalidad tendiente a persuadir a no cometer un determinado delito, precisamente por la amenaza de sufrir un encarcelamiento”⁵⁶, fin que con las penas propuestas no existiría.

Sin embargo no deja de tener deficiencias en su propuesta. Por empezar, no deja de hablar de “mientras dure el estado puerperal”, y en atención a que tal estado implica desordenes emocionales de por sí, aunque no tan graves que justifiquen un homicidio, aclara que el trastorno debe tener una cierta gravedad. No obstante esto, deja a merced del juez la valoración de dicha alteración, lo que prácticamente da por no escritas las líneas incorporadas.

Así adolece la redacción, respecto de las circunstancias del caso, los mismos defectos que en lo pertinente a la graduación de la pena, y será un juez más benévolo, garantista

⁵⁵ Dfundamentos del dictamen de reforma al Art. 172 bis del C.C.

⁵⁶ Fundamentos del dictamen de la Dip. Bullrich.

o abolicionista, quien se hará eco del trastorno que implica el natural desorden hormonal en el estado puerperal, para entender que ha sido “lo suficientemente grave que disminuya su capacidad de comprender la antijuridicidad de la acción”.

Así podríamos entender que, un simple estado depresivo justificaría el homicidio cualificado, sin dejar de tener presente el peligro de dejar determinado el tiempo de duración a una simple pericia y su apreciación judicial.

En lo referente a la pena, reiteramos el riesgo de sancionar una norma que contiene una pena que no impone un mínimo y que, en cambio, sí fija un máximo, aunque sea más razonable con la gravedad del hecho, aunque incoherente con el resto del código. Sin contar con el peligro de dejar tan amplio margen de decisión a jueces “los cuales fácilmente se dejan influir por sentimientos de amor, de odio o de cualquier otra pasión (o circunstancia), con lo cual su juicio queda pervertido”⁵⁷, como se puede ver en la práctica judicial corriente y como se ha expuesto al demostrar la injusticia que ocurriría en caso de que un mismo hecho cayera en un tribunal tradicional, garantista o abolicionista. Basta, en todo caso, leer algunos libros de doctrina o sumarios de jurisprudencia.

Por último, respecto del tercer dictamen de minoría, el diputado Vega tampoco dejó de notar los peligros expuestos, haciendo énfasis en la determinación de un plazo preciso que evite las señaladas arbitrariedades, señalando que “la falta de precisión temporal abrirá la puerta a interpretaciones ideológicas y religiosas diferentes... y eso es contrario al principio de legalidad del Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁸. Sin embargo, aunque con fuertes y convincentes argumentos, muy respetables, por cierto, sigue incurriendo en el error redeterminar un plazo estricto dentro del cual se presume un estado que debería ser debidamente probado, a saber, el estado de psicosis puerperal.

Los tres dictámenes caen en el error de tomar como causa de atenuación, no un elemento subjetivo, a saber la imposibilidad de comprender la criminalidad de sus actos o dirigir sus acciones⁵⁹ completamente, sino uno objetivo y arbitrario como ser un plazo de tiempo.

7) Conclusión

Como vemos, las propuestas planteadas son más peligrosas que efectivas. Si bien es cierto que una pena desproporcionadamente alta a menudo “es mas aparente que benéfica y justa”⁶⁰, es necesario también que la pena sea adecuada a la gravedad del hecho y suficiente como para prevenir y disuadir al delincuente de su obrar y resarcir a la sociedad, finalidad que con una pena que, en la práctica, dejaría a la madre sin condena, no cumpliría su fin.

Decía el doctor gramático, al respecto de las penas de cumplimiento en suspenso, que si el que es sorprendido una vez portando armas sin autorización, se le aplicara una pena

⁵⁷ Suma Teología, Q 95, Art. 1.

⁵⁸ Fundamentos al dictamen del Dip. Vega.

⁵⁹ Art. 34 del C.P.

⁶⁰ Tomás Moro. Utopía.

de 15 días, lo pensará 2 veces antes de volverlo a hacer⁶¹. Sin embargo, este proyecto plantea la posibilidad de dejar en libertad a una madre que cometió lisa y llanamente un homicidio agravado.

Los legisladores han optado, principalmente, por desnaturalizar el delito de infanticidio, creando así un nuevo e injustificado instituto, el filicidio privilegiado por el tiempo de comisión. No podemos dejar de observar las graves fallas e inconveniencias de estos proyectos.

Por empezar, al quitar el fundamento de la figura penal que se intenta reintroducir en nuestro ordenamiento, aunque ocultamente, ya que se quita del texto el móvil de honor, pero este sigue latente, la justificación de la atenuante a dejado de ser una circunstancia importante que el legislador, y especialmente el juez, no pueden dejar de valorar, como ser una circunstancia subjetiva que nubla el entendimiento de la madre, para pasar a ser un simple plazo de tiempo en que se verá privilegiada si comete el delito.

Es que, ciertamente, el móvil honor no es hoy en día concebible, pero en su afán por extender la libertad sexual de la mujer, las corrientes de tendencia feminista, han hecho lo imposible por lograr este objetivo.

Para tener una idea de la arbitrariedad del tipo en análisis, podemos hacer referencia a dos casos jurisprudenciales que nos ayudarán a entender la situación:

1_ Caso Natividad Frias: Si bien este fallo habla de la admisibilidad de la prueba en el proceso penal, las circunstancias de la causa vienen al caso.

La imputada en este caso era una empleada domestica que había quedado embarazada. Al llegar el día del alumbramiento, se encerró en su habitación, donde tuvo a su hijo, cortó el cordón, lo metió e una bolsa en el placard y lo dejó morir desangrado. Al salir de su cuarto con la ropa ensangrentada para ocultar la evidencia, es sorprendida por su empleadora quien le interroga, siendo que la imputada responde que creía que había tenido un aborto espontáneo.

Al llegar al hospital, la causa del hecho sale a la luz, y ella es interrogada a fin de salvar la vida al niño. Lamentablemente fue demasiado tarde para la criatura.

2_ Caso Tejerina: Tejerina había quedado embarazada, presuntamente a raíz de una violación, la cual no pudo ser probada (el presunto violador se encontraba lo suficientemente lejos del lugar de los hechos el día del ataque). Llegado el día del parto, Tejerina se encerró en el baño llevando un cuchillo y una caja de zapatos.

Tuvo a su hijo, lo metió en la caja, y le dio 21 Puñaladas. Numerosas organizaciones de derechos humanos, entre ellas las nominadas al Nobel de la paz, madres y abuelas de plaza de mayo, salieron a exigir su libertad. Más aun, León Gieco, combatiente de los Derechos Humanos, fue a visitarla y dedicarle una canción “santa Tejerina” y le dijo que era un ejemplo para otras mujeres en su situación, lo que le valió un proceso por apología del Crimen, del que increíblemente fue sobreseído.

⁶¹ Seminario de Derecho Penal y cultura criminológica 2008.

Estas dos personas, habrían quedado libres, o al menos habrían sufrido una pena de pocos años o meses, habiendo cometido un hecho absolutamente premeditado, aun ante un hecho aberrante que hoy la ley castiga con 10 a 25 años de prisión o reclusión.

Sin embargo, los legisladores, esperan crear un tipo penal que, no solo desnaturalizaría la razón de ser de las atenuantes en general y del infanticidio en particular, sino que además es absolutamente inconveniente y contradictorio. Fundan sus argumentos en alteraciones psíquicas que no le permitirían a la madre actuar con libertad, aun sin realizar una correcta distinción entre estado puerperal y psicosis puerperal, y más aun, sin exigir la corroboración de ese estado y la falta de lucidez en la homicida una vez comprobado.

A como se encuentra redactado el proyecto, sería más favorable, solicitar una medida preventiva de protección de personas en razón de que la ley presume que la persona es peligrosa para si o para terceros, evitando de este modo la muerte del menor, y el peligro y la punibilidad de la propia mujer, puesto que para este caso, establece el Código penal que “el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás”⁶².

Es decir, si presumimos sin aceptar prueba en contrario, que la mujer, durante los 6 meses del período puerperal, no es capaz de dirigir sus acciones, y en razón de los argumentos de índole social invocados, sería más favorable y beneficioso, tanto para la mujer, como para el hijo, como para la sociedad, someter a la mujer a una internación preventiva, durante el tiempo inmediato anterior y los 6 meses posteriores al parto, a fin de evitar el peligro.

Más aun, siguiendo esa línea de pensamiento, no solo se libraría a la madre de un proceso penal y una posible condena, con todo lo que eso conlleva, sino que, además, se encontraría en un establecimiento con todos los cuidados y atenciones necesarias.

Esto, claro, siguiendo la línea de pensamiento y los argumentos expuestos por los proponentes.

Resaltamos también en varias oportunidades, la incoherencia de la graduación de la pena con respecto a otros tipos penales.

El delito de filicidio atenuado por psicosis puerperal, se encuentra hoy absorbido por el tipo de parricidio en emoción violenta, aun cuando en el primer caso, falta totalmente el factor sorpresa que los juristas exigen para la existencia de la figura⁶³, es decir, ¿quien podría alegar que la madre no sabía que tendría un hijo?, sin embargo, los jueces lo encuadran en dicha figura, ejemplo de ello es que Tejerina solo recibió una condena de 14 años y no perpetua como le correspondería por parricidio doloso, que fue lo que cometió.

Pero aun si la solución practicada por la jurisprudencia no nos convenciera del todo, quizás sería más justo y razonable, incluir la figura en el 2º inciso del Art. 82, de

⁶² Art.34 Inc. 2

⁶³ Derecho Penal, Parte Especial. Fontán Balestra. Ed. Abeledo - Perrot

parricidio en estado de emoción violenta, con la misma pena, o al menos con una semejante, siempre que el estado de psicosis puerperal, que impidiera a la madre “comprender correctamente la criminalidad del acto, y dirigir sus acciones se encontrare debidamente comprobado por los estudios correspondientes”, puesto que vimos, la psicosis puerperal no necesariamente va acompañada de emoción violenta ni implica necesariamente inimputabilidad. En un caso semejante, quizás se podría contemplar una atenuante, pero repito, ya se encuentra establecida en el código, como lo ha entendido la jurisprudencia.

Pero poner sanción una tan excesivamente inferior al homicidio simple, al parricidio atenuado, o incluso al homicidio culposo, parece a todas luces inaceptable.

No podemos dejar de tener presente que, como ha quedado claramente plasmado en los convenios internacionales, que “la vida humana tiene un carácter sagrado e inviolable”⁶⁴, y “nadie puede ser privado de ella arbitrariamente”⁶⁵.

Si la Declaración de Derechos Humanos nos llama a abolir en la medida de lo posible, y no restaurar la pena de muerte al culpable de un delito doloso grave, ¿cuanto más debemos proteger la vida de un inocente?

En una sociedad que se presenta cada vez más como progresista y abolicionista, y donde nos horrorizamos ante hechos ocurridos en países principalmente musulmanes, pero también india, consecuencia de la separación de castas, etc., incluso en estos tiempos ante las muertes morbosas en la guerra de Irak, estemos planteando estas cuestiones que nos llevan a las prácticas paganas más bárbaras, como es el asesinato de un hijo por sus padres.

Al respecto, el escritor Philip K Dick, nos representaba, años atrás, como protesta contra el aborto, la imagen de una sociedad futura, donde la legislación decidía que el alma ingresaba a las personas, a partir de los 12 años, y hasta ese momento, el niño era disponible.

Había camiones que los pasaban a buscar para llevarlos a los mataderos, solo por una disposición del parlamento. Un niño desesperado, lloraba a su madre, pensando que sería asesinado, pero ella le respondía “ya tenés 12 años, la ley no nos lo permite”, ¿Qué tal si al día siguiente la ley cambiaba? ⁶⁶, se planteaba él.

¿Nos parece muy drástico? Vivimos en un mundo donde se ha comparado un recién nacido a un cerdo adulto; hablamos de derechos humanos, pero buscamos la forma de vulnerarlos aun contra nuestras obligaciones naturales e internacionales.

No nos engañemos, no estamos tan lejos...

⁶⁴ Ev. Vitae 53.

⁶⁵ Declaración de Derechos Humanos.

⁶⁶ Philip K. Dick. Las pre personas,

Más allá de esto, y de lo puesto por resalto por la diputada Bianchi, al respecto de ¿Qué sucederá si la madre tiene otros hijos, que la ven matar a su hermanito y salir impune?, yo me pregunto, ¿Qué será de la mujer?

La pena como vimos, tiene una función educativa, ahora bien, la falta de pena, llevará a dos consecuencias psicológicas graves a la madre:

1_ Una sensación de inimputabilidad y omnipotencia, que no lo permitirá valorar correctamente a futuro las consecuencias de sus acciones. Vemos esto hoy en día tanto en las madres que cometen abortos y no son sancionadas, como en los menores a los que se les enseña a delinquir desde los 7 años. Luego nadie los para y pasan a formar la población permanente de las cárceles. En ese sentido debemos sacarnos el sombrero ante el Dr. Zaffaronni, pues “permitimos que se eduque tan deficientemente a los niños y que sus costumbres se corrompan desde pequeños, pero después los condenamos, al llegar a hombres por faltas que en su niñez ya eran previsibles”⁶⁷; pero no podemos dejar de disentir en dos cosas, primero en que no justifica eso quitar la sanción que, como vimos, tiene un papel pedagógico, y segundo, en que la situación menguaría más educando a los jóvenes y responsabilizándolos por sus acciones que eliminando el Código Penal, en ese sentido sería preferible que nuestros legisladores se preocuparan más en sancionar y hacer cumplir las leyes de educación que en otorgar impunidad a los delincuentes.

2_ Una sensación de culpa carcomiente que llevará a las madres a un estado depresivo del que no podrán salir, lo que incidirá negativamente en ellas. Se ve esto en las madres abortistas arrepentidas que, a pesar de que se les ocultó lo que es realmente el aborto, nunca encuentran perdón y consuelo de parte de ellas mismas, a pesar de un buen acompañamiento psicológico y espiritual, ¿Qué bien podemos esperar de esta ley?

Aun así, hay quienes promueven el aborto y el filicidio como solución para los traumas de una violación o simplemente a un embarazo no querido. Sin contar la falta de responsabilidad y la peligrosa flexibilización de las costumbres a que lleva el no aceptar las consecuencias del obrar y que, al contrario de lo esperado, se tradujo en un incremento importante del contagio de enfermedades de transmisión sexual y embarazos tempranos y no deseados.

Finalmente cabe resaltar una curiosa situación que se da en nuestro ordenamiento. Por un lado, el hecho de una especie de valoración discriminativa respecto de la vida humana en razón de la edad de la persona.

Es decir, hasta ahora el aborto poseía una pena ínfima en relación a otros delitos de homicidio (hasta ahora por que el filicidio cambiaría la situación), y hay actualmente en la Honorable Cámara de Senadores, un proyecto que prácticamente lo legalizaría al despenalizar el aborto siempre que haya al menos una declaración jurada de violación. Y si tenemos en cuenta que es un delito dependiente de instancia privada, y la persona no tiene obligación de realizar la denuncia, entonces vemos que en la práctica bastaría que la joven diga “me violaron” para que se le admita el aborto, no obstante que siga siendo penalizado en otras circunstancias.

⁶⁷ Tomás Moto. Utopía.

Entonces el aborto tendía la pena mínima, pasando a valorar después el filicidio en los primeros meses de vida, y recién después darle plena protección. Aunque de momento el aborto quedaría protegido por encima del infanticidio.

Vemos así una escalera penal que atenta contra la convención de derechos Civiles y Políticos que prohíbe⁶⁸ la discriminación del niño por cualquier circunstancia, y desde ya al Art. 6 de la convención de Derechos del niño que establece que “los estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y desarrollo del niño”, lo que no se logrará con la graduación penal propuesta. El niño, según su edad, será más o menos persona.

Es obligación de nuestro país evitar la sanción de una ley tan injusta y perjudicial que atentaría contra los más vulnerables, amén del hecho de violar una convención internacional ante la cual, la Argentina ha hecho expresa reserva de proteger la vida desde la concepción. Esperemos no se vuelva a incorporar semejante aberración a nuestro ordenamiento que debe velar por la protección de los intereses de sus Nacionales.

Dr. Santiago Luis Pupi

⁶⁸ Conforme a los fundamentos de la Dip. Bullrich.