



Trabajo final de grado

Infanticidio

**Reincorporación de la figura de infanticidio al Código Penal
de la Nación**

Miquelarena Lucrecia

Legajo n°: ABG86267

Abogacía

2020

Resumen

La supresión del infanticidio de nuestro Código Penal Argentino tuvo como resultado la subsunción de dicha figura en el delito de homicidio calificado en razón del vínculo.

Tal derogación significaría, entonces, no considerar el hecho de dar muerte al hijo recién nacido por parte de la madre bajo los efectos del estado puerperal como un tipo especial de atenuación lo que determinaría, por consiguiente, aplicar toda la rigurosidad de la ley a una persona disminuida en sus facultades mentales como resultado del shock fisiológico propio del alumbramiento.

En consecuencia, la reincorporación de la figura del infanticidio a nuestra legislación penal, considerando el estado puerperal como un mitigante de la culpabilidad, evidenciaría mayor seguridad jurídica en la resolución de aquellos casos en los que se juzga a la madre que comete el delito en análisis, arribando a una solución justa por contemplar las circunstancias propias del caso, esto es, la disminución de la culpabilidad por no presentar plena capacidad psíquica.

Palabras clave: Reincorporación- Código Penal- Infanticidio- Estado puerperal- Culpabilidad.

Abstract

The suppression of infanticide from our Argentine Penal Code resulted in the subsumption of said figure in the crime of homicide qualified by reason of the link.

Such a derogation would mean, then, not considering the fact of killing the newborn child by the mother under the effects of the postpartum state as a special type of mitigation, which would determine, therefore, to apply all the rigor of the law to a person diminished in their mental faculties as a result of the physiological shock of childbirth.

Consequently, the reincorporation of the figure of infanticide into our criminal legislation, considering the puerperal state as a mitigator of guilt, would demonstrate greater legal certainty in the resolution of those cases in which the mother who commits the crime is being analyzed. , arriving at a just solution for contemplating the circumstances of the case, that is, the reduction of guilt for not presenting full psychic capacity.

Índice

Introducción.....	5
Capítulo 1. Infanticidio	
1.1 Aspectos generales.....	9
1.1.2 Concepto.....	9
1.1.3 Desarrollo histórico de la figura.....	9
1.2 Antecedentes legislativos.....	11
1.2.1 Recepción de la figura de infanticidio en la legislación nacional.....	11
1.2.2 Derogación de la figura de infanticidio.....	12
1.2.2.1 Fundamentos de la derogación	13
1.2.2.2 Análisis de la derogación del delito de infanticidio y sus posibles inconvenientes	13
1.2.3 Proyectos de reincorporación.....	16
Capítulo 2. Antecedentes doctrinarios	
2.1 Autonomía.....	18
2.1.1 Posturas doctrinarias sobre la autonomía del tipo antes de su derogación.....	18
2.1.2 La autonomía del infanticidio en la actualidad.....	19
2.2 Sujetos.....	20
2.2.1 Sujeto pasivo.....	20
2.2.2 Sujeto activo.....	21
2.3 Momento de comisión del hecho.....	21
2.4 Modo de comisión del hecho.....	22

2.5 Participación.....	23
2.6 La cuestión del honor.....	23
2.6.1 El móvil del honor en la antigua figura de infanticidio.....	23
2.6.2 Abolición del móvil de la honra sexual en el nuevo infanticidio.....	24

Capítulo 3. Estado puerperal y culpabilidad

3.1 Estado puerperal.....	26
3.1.1 Concepto.....	26
3.1.2 Posibles afecciones mentales suscitadas durante el estado puerperal.....	27
3.2 Culpabilidad.....	29
3.2.1 Concepto.....	29
3.2.2 Culpabilidad en la figura derogada de infanticidio.....	29
3.2.3 Culpabilidad en la figura de infanticidio propuesta por los proyectos de reincorporación	29
3.2.4 La inimputabilidad en las psicosis puerperales.....	30

Capítulo 4. Infanticidio, homicidio emocional y circunstancias extraordinarias de atenuación. Consideraciones finales. Argumentos en contra y a favor de la reincorporación del infanticidio como tipo autónomo

4.1 Homicidio emocional.....	32
4.1.1 Concepto y requisitos de procedencia en nuestra legislación penal.....	32
4.1.2 Parricidio emocional.....	33
4.1.3 Homicidio emocional e infanticidio.....	34
4.2 Circunstancias extraordinarias de atenuación.....	35
4.2.1 Concepto.....	35
4.2.2 Circunstancias extraordinarias de atenuación e infanticidio.....	36

4.2.2.1 Insuficiencia del atenuante correspondiente a las circunstancias extraordinarias de atenuación en los casos de infanticidio.....	36
4.2.2.2 El caso de Romina Tejerina.....	36
4.3 Consideraciones finales. Argumentos en contra y a favor de la reincorporación del infanticidio como tipo autónomo.....	39
4.3.1 Argumentos en contra de la reincorporación del infanticidio como tipo atenuado.....	39
4.3.2 Argumentos a favor de la reincorporación del infanticidio como tipo atenuado.....	41
Conclusión final.....	44
Bibliografía.....	46

Introducción

Hasta su derogación en el año 1994, nuestro Código Penal contemplaba la figura del infanticidio, y reprimía con pena de hasta tres años de reclusión o de seis meses a dos años de prisión 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.

A los fines de adecuar la norma a la realidad y teniendo en consideración los cambios sociales respecto de la mirada hacia la mujer es que nuestros legisladores suprimieron un artículo que resultaba por demás anticuado, que hacía alusión al honor quebrantado de aquellas mujeres que llegaban a ser madres descuidando los cánones socialmente impuestos de honor y honra.

Al eliminar este tipo de homicidio atenuado quedó el infanticidio subsumido en la figura de homicidio calificado por el vínculo, el cual impone pena de reclusión perpetua o prisión perpetua.

Es menester destacar que los jueces, ante un caso de infanticidio, tienen la posibilidad de reducir la pena si concurren circunstancias extraordinarias de atenuación, o bien, de mediar emoción violenta, se debe aplicar la pena prevista por la norma para esta clase de homicidio atenuado¹.

Sin embargo, atendiendo particularmente el caso de la madre que mata a su hijo durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal, donde la parturienta presenta disminución transitoria de su capacidad psíquica producto de las alteraciones fisiológicas, se presentaría como una solución excesivamente rigurosa juzgarla con la pena máxima del código.

Incluso en aquellas situaciones donde proceden los atenuantes mencionados supra, la condena pareciera resulta desmedida por no prestar especial cuidado a la mujer puérpera, cuyas funciones mentales se encuentran visiblemente limitadas, con una consecuente disminución de culpabilidad.

Es por ello que me pregunto: ¿Debería reincorporarse la figura del infanticidio como un tipo especial de atenuación a nuestro Código Penal?

¹ El art. 81 inc 1 del Código Penal de la Nación prevé pena de reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

Con este proyecto se pretende esclarecer la situación legal de aquellas mujeres que incurrir en este delito y no cuentan con la suficiente seguridad jurídica de arribar a una solución justa para su caso concreto.

Por no ser pacífica la doctrina en cuanto al tema en análisis es que también aspiramos a brindar conceptos claros respecto de la materia, colaborando así en saldar las discusiones doctrinarias y de esta forma ayudar también en la labor interpretativa de los jueces.

Capítulo 1. Infanticidio

1.1.Aspectos generales

1.1.1 Concepto

Siguiendo a Alejandro Basile, decimos que el infanticidio es un delito contra la vida cometido exclusivamente por la madre o parientes, bajo especiales condiciones jurídicas (Basile & Waisman, 1989).

Ratificando a Dener Pelosi, afirmamos que el análisis etimológico del vocablo infanticidio deriva del bajo latín *infanticidium*, palabra compuesta de *infans* (niño que no habla todavía) y *cadere* (dar muerte), siendo infanticida la persona que da muerte a un recién nacido (Pelossi, 1976).

Actualmente derogada, el delito atenuado de infanticidio se configuraba cuando la madre o familiares indicados por la ley, actuando éstos en estado de emoción violenta excusable, daban muerte al niño recién nacido para ocultar la deshonra de la mujer, durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal de la progenitora.

“Es una figura condicionada con circunstancias fisiológicas y psicológicas para la madre, en ausencia de las cuales la infanticida se convierte en parricida” (Morra, 1967 p. 92).

1.1.2 Desarrollo histórico de la figura

El infanticidio fue considerado por muchas civilizaciones una herramienta válida para dar muerte a niños que nacían con deformidades y evitar así que se propaguen las enfermedades congénitas.

Como bien cita Sonia Cesio, en la antigüedad, por estar muy enfermos o sufrir patologías irreversibles, o a causa de su sexo, u otras razones se instaba por parte del Estado a cometer estos crímenes (Cesio, 2017).

Es así que en Roma, por ejemplo, la Ley de las 12 Tablas autorizaba el deceso de niños con caracteres de monstruosidad, penando a los padres con la muerte si se comprobaba luego que su hijo había nacido bajo los estándares de normalidad de la época. Esto es así, manifiesta el Dr. Ghirardi, porque el neonato debía ser “hombre” para considerarlo persona. Los romanos sostenían que ni los monstruos ni los prodigios eran personas. En

este sentido Ulpiano afirmaba que es monstruosa la criatura que en sí misma va contra lo natural, o que parte relevante de su cuerpo es antinatural (Ghirardi & Alba Crespo, 2000).

El pater romano era dueño total de las personas colocadas bajo su autoridad. Es así que en los tiempos monárquicos podía disponer y ejecutar sobre sus hijos las penas más severas, incluso la muerte. Dicha facultad permaneció incólume en la época republicana.

Con el avènement del cristianismo, el Imperio Romano comenzó a implementar medidas para proteger a los recién nacidos. “Fue así que Constantino mandó a juzgar como parricida a todo padre que hubiese matado a su hijo, por la razón que fuere” (Ghirardi & Alba Crespo, 2000, pág .224).

En los siglos posteriores, las monarquías absolutas se caracterizaron por penar muy severamente el infanticidio. Por su parte, la fuerza inquisidora de la Iglesia Católica de la época juzgaba a la madre infanticida no sólo por ultimar a su hijo sino, principalmente, por la obscenidad cometida.

Secundando a Eugenio Zaffaroni, decimos que Becaría fue el primero en defender a las mujeres infanticidas de una muy severa represión, quien sostuvo:

El infanticidio es efecto de una inevitable contradicción en la que se coloca a una persona que haya cedido por debilidad o por violencia; quien se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males ¿cómo no habrá de preferir ésta a la miseria imposible a que sería expuesta ella y el infeliz fruto? (Zaffaroni, 2011, pág. 19).

Nos dice el autor citado *supra* que el código de Baviera de 1813 fue el primero que innovó en la materia, dándole sustantividad propia al delito de infanticidio. (Zaffaroni, 2011).

Las legislaciones penales del mundo han fundamentado el infanticidio como un delito atenuado en función del móvil del honor, de raigambre española, por encontrarse el agente bajo una circunstancia psicológica que lo lleva a matar al recién nacido para evitar la presión de la deshonra. Por otro lado, el sistema con orígenes en el Código Federal Suizo explica la aminoración de la pena basándose en el especial estado mental de la madre por encontrarse bajo la influencia del estado puerperal.

Fue el móvil del honor el que sirvió de base a los primeros antecedentes nacionales en la materia, incorporándose recién en el año 1921 la expresión en el plexo legal “mientras se encuentre bajo la influencia del estado puerperal”, dando nacimiento así a un método mixto para dar sustento al infanticidio como un tipo de homicidio especial atenuado.

1.2 Antecedentes legislativos

1.2.1 Recepción de la figura de infanticidio en la legislación Nacional

La figura del infanticidio fue receptada por vez primera en la legislación nacional por el Proyecto Tejedor de 1884, encargado por el Poder Ejecutivo Nacional a Carlos Tejedor. Describía el delito como la muerte del hijo recién nacido por la madre para ocultar su deshonor, castigándola con dos años de prisión, a los abuelos maternos con tres años de prisión, y a las demás personas que lo hicieran con la pena prevista para el homicidio.²

El Proyecto de 1881, redactado por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García, acogía el infanticidio describiéndolo como la acción consistente en dar muerte a un recién nacido, que no tenga tres días completos. “ La pena era de cuatro a seis años”. (Manigot, 1969, pág. 254).

Siguiendo a Fontán Balestra, decimos que el de 1886 fue el primer Código Penal de la Nación Argentina, sancionado por el Congreso sobre la base del Proyecto Tejedor. En cuanto al infanticidio contiene las mismas exigencias y da a la norma la misma extensión que dicho proyecto. Amplía la previsión a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometieran el mismo delito. (Fontán Balestra, 1980).

En junio de 1890, el Poder Ejecutivo Nacional convocó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Martínez Matienzo para reformar el código. El proyecto sólo logró dictamen favorable de la comisión de diputados. Regulaba el infanticidio contemplando a la madre, que para ocultar su deshonor, matara a su hijo durante el nacimiento o hasta tres días después, y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito. Como bien advierte Ramos, el proyecto imponía una pena de penitenciaría de tres a diez años (Ramos, 1938).

² Dato obtenido de la biblioteca digital de la Corte Suprema de justicia de la Nación. Disponible en <http://bd.csjn.gov.ar/fullscreen/index.php?nro=583&tipo=MO&tomo=89465> el día 29-09-18

Nos dice el mismo autor que el proyecto argentino de 1906 lo contempló en el art. 85 con idéntico texto al del año 1891 (Ramos, 1938).

En el año 1895, el proyecto Segovia lo incorporó en su artículo 116 contemplando una pena de penitenciaría de dos a cuatro años.

El Proyecto de 1917 hacía referencia al infanticidio en el art. 81, inc 2, impartándole la pena de reclusión o prisión de tres a seis años.³

El Código Penal de la Nación de 1921 contempló la figura en su art. 81, inc 2 imponiendo reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años, incorporando nuestros legisladores por vez primera el estado puerperal en forma alternativa.⁴

Si bien el infanticidio se mantuvo en los proyectos posteriores, la ley de facto 17.567 del año 1967 excluyó a los parientes, pero lo mantuvo limitado a la madre (art. 81, inc2). La ley 23057 derogó las leyes modificatorias, restituyendo el texto original del año 1921 para el delito en cuestión.⁵

1.2.2 Derogación de la figura de infanticidio

Como bien lo explica Núñez, la ley 24410 (B.O 2/1/95) derogó la figura del infanticidio, respondiendo al hecho de que los cambios sociales operados no provocaban la censura ni el repudio que otrora acarrearaba la maternidad irregular (Núñez, 1999).

Rezaba el antiguo artículo:“ Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante su 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, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a del inc. 1 de este artículo”.⁶

³ Dato obtenido de la biblioteca digital de la Corte Suprema de justicia de la Nación. Disponible en <https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/upload/libros/MO216-90966/libro.pdf> el día 29-09-18

⁴ Dato obtenido en la página web de información legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=16546> el día 29-09-18

⁵ Ídem. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28149> el día 29-09-18

⁶ Artículo 81 apartado 2. Infanticidio. Derogado por ley 24410.

Como consecuencia de dicha supresión la figura del infanticidio pasó a ser un homicidio agravado en razón del vínculo, contemplado en el art. 80, inc 1 del Código Penal, quedando vigente la posibilidad de atenuación prevista en nuestra legislación para el caso de que el agente obre bajo determinadas circunstancias extraordinarias o por emoción violenta excusable, o bien, el inciso 1 del artículo 34 si se determina que el agente no es punible.

1.2.2.1 Fundamentos de la derogación:

Los fundamentos esgrimidos por los legisladores para justificar la derogación de la norma en análisis hacen alusión a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro plexo normativo reconociendo el valor fundamental del derecho intrínseco a la vida, suprimiendo el apartado segundo del artículo 81 del Código Penal por entender que el bien “ vida” es superior a la protección legal de la honra pública de una mujer.

Agregan, además, que el homicidio de un recién nacido cometido por su madre soltera o adúltera puede ser atenuado por todas las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por quien juzga, y aún ser exento de pena según el artículo 34 inc. 1 de dicho código.

Por último, hacen referencia a la desaparición de privilegios legales para padres, hermanos, marido e hijos injustificadamente incluidos en la atenuante.⁷

1.2.2.2 Análisis de la derogación del delito de infanticidio y sus posibles inconvenientes

Tal supresión implicaría, por consiguiente, condenar a las madres infanticidas con la pena más rigurosa de nuestro Código Penal. La mujer que mata bajo la influencia del estado puerperal será juzgada y condenada, aparentemente, sin considerar la capacidad psíquica disminuida propia del nacimiento o del puerperio.

Con respecto a la salvedad de ser admitida la exención contemplada en el artículo 34 inc. 1 del Código, resulta casi una obviedad que las personas inimputables están exentas

⁷ Debate de Ley 24.410. Dato obtenido del sitio web de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación el día 09/01/20. Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.24410.Debate.Sustracci%C3%B3n.de.Menor.es.C%C3%B3digo.Penal.Modificaci%C3%B3n.pdf>

de pena. Pero lo que pareciera suceder en el caso de la parturienta es una aminoración de sus facultades mentales a causa de factores fisiológicos propios del alumbramiento, sin llegar a presentar alteración morbosa de sus capacidades intelectuales.

De esta manera, el infanticidio quedaría inserto en la figura genérica de homicidio agravado en razón del vínculo, pudiendo encuadrar en las atenuantes generales correspondientes a circunstancias extraordinarias de atenuación y homicidio por emoción violenta que por cierto, de proceder, resultarían igualmente con penas aparentemente rigurosas para el caso en análisis (prisión o reclusión de ocho a veinticinco años y prisión o reclusión de diez a veinticinco años, respectivamente).

En igual sentido se pronunció el entonces Senador Dr. Fernando de la Rúa (Moreno de Ugarte, 2011). No le parecía acertado elevar una pena de hasta tres años de prisión a prisión perpetua, ni aplicar a la madre la figura de la emoción violenta que asciende la pena a una escala de diez a veinticinco años. A su juicio, la derogación de la ley que aplica una penalidad más benigna merece un debate serio. Considera que “hay un estado anímico especial en esta desesperanza de una muchacha que se desprende del hijo cuando ocurren estos hechos, episodios que, según las estadísticas, corresponden a madres que viven en situación de extrema pobreza” (Moreno de Ugarte, 2011, pág. 166).

Con respecto a la afirmación de los parlamentarios alusiva a que el bien vida es superior a la protección legal de la honra pública de una mujer, por supuesto que el derecho a la vida de un niño es más importante que el honor de su madre. Pero la norma derogada se refería al especial estado psicológico con raíz en el temor de ser conocido socialmente el acto sexual indecoroso, el que propiciaba la comisión del ilícito, y no en proteger la decencia de la parturienta.

La atenuante de raigambre latina que adoptaba nuestro Código referente al honor sexual de la puérpera, quedó por demás anacrónica. Al momento de la derogación, la consideración social de la decencia sexual de la madre no era la misma que al tiempo de redacción de la norma. Por aquel entonces, la presión de la ciudadanía sobre la mujer considerada adúltera era tal que aquella prefería dar muerte a su hijo a sufrir el castigo colectivo por su “indecencia”.

La exigencia de la causa del honor era la que le otorgaba la autonomía al infanticidio, la parturienta no poseía el beneficio del atenuante si su fin último era otro distinto a ocultar su deshonra.

Ahora bien, probablemente hubiese sido pertinente que se modifique la ley suprimiendo el honor como causa determinante del delito para dar lugar al estado puerperal como causal del atenuante y dejar así, de ser una mera referencia temporal.

Resulta acertada la supresión de los parientes al carecer ya de sustento la causa del honor y no poseer éstos el privilegio correspondiente a la influencia del estado puerperal de la madre infanticida. Excluirlos pareciera, además, acabar con ciertas incoherencias que presentaba el Código en la materia. Así, si el marido en estado de emoción violenta mataba a su esposa le correspondía una pena de prisión o reclusión de diez a veinticinco años (artículo 82 C.P). En cambio, si el mismo marido mataba al niño recién nacido fruto de la deshonra de su esposa, le correspondía la pena aminorada del infanticidio.

Con buen criterio sostiene Ramos que el antiguo artículo sobre infanticidio presentaba una gran contradicción legal. Por un lado, contemplaba el proceso psicológico referido al deseo de ocultar la deshonra, y por el otro, incorporaba también los efectos de carácter fisiológico producidos por el estado puerperal, visiblemente contrapuestos entre sí (Ramos, 1938).

El criterio psicológico exige deliberación para llevar a cabo el fin último que es preservar el honor sexual, mientras que el criterio fisiológico se refiere, por el contrario, a una disminución en la capacidad psíquica de la madre a causa de factores orgánicos.

Otra dificultad que ha acarreado la derogación de la norma se presenta al observar la incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico con respecto al delito de aborto causado por la misma mujer o consentido por ésta, previsto en la norma penal con una pena de uno a cuatro años de prisión⁸ y aclarando, además, que la tentativa de la madre no es punible. Pero, si la madre mata a su hijo cuando comienza con el trabajo de parto recibe la pena penal máxima, es decir, prisión o reclusión perpetua.

⁸ Art. 88 C. P: "Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible".

La norma pareciera haber perdido toda razonabilidad respecto del castigo de estos dos delitos estrechamente relacionados, muchas veces dependiendo la comisión de uno u otro por cuestión de minutos.

En este mismo sentido surgió, también, el inconveniente para determinar cuándo se considera que comienza la vida del niño fuera del seno materno y así poder distinguir entre el delito de aborto y el de homicidio. El antiguo artículo 81 inc. 2, con la expresión “durante el nacimiento”, establecía claramente que era infanticidio y no otro delito cuando la madre comenzaba con el trabajo de parto, sin ser necesaria la completa separación del niño de aquélla, solución legal de la que carecemos ahora.

1.2.3 Proyectos de reincorporación

Muchos han sido los juristas que advirtieron la necesidad de reincorporar la figura de infanticidio a nuestro Código Penal, descartando el fundamento obsoleto que posaba sobre la vergüenza de la mujer socialmente considerada deshonesta para dar lugar a la atenuante fisiológica del estado puerperal, en la que se funda la disminución de culpabilidad.

Como manifiesta Zaffaroni, está medicamente probado que existe una debilidad de la conciencia y de las facultades de la mujer como consecuencia del parto, sin llegar a ser una perturbación que configure inimputabilidad (Zaffaroni, 2011).

Por consiguiente, pareciera ser inminente la necesidad de una norma que contemple el especial estado de la mujer puérpera, disminuida en sus facultades mentales y, por consiguiente, aminorada su culpabilidad ante el hecho de dar muerte a su hijo recién nacido.

A continuación enunciaré algunos de los proyectos de reincorporación del infanticidio como un tipo de homicidio autónomo atenuado.

Eugenio Raúl Zaffaroni propuso reincorporar la figura imponiendo una pena de prisión de hasta cinco años a la mujer que diese muerte a su hijo durante el nacimiento o con posterioridad, mientras el estado puerperal continúe disminuyendo su responsabilidad (Zaffaroni, 2011).

Por su parte, Mariano Castex sugiere la reinserción del tipo con una pena de prisión de hasta cinco años a la madre que matare a su hijo durante el período perinatal o se encontrare bajo la influencia del estado puerperal. Prevé además dicho autor el caso de que la madre infanticida tuviere a su cuidado niños menores. Propone que la autoridad judicial competente provea de inmediato asistencia integral al núcleo familiar en conflicto, privilegiando siempre el mantenimiento de la relación materno-filial (Castex, 2008).

El proyecto presentado por las Sras. ex Diputadas Diana Conti y Nora César propuso reinstaurar la figura del infanticidio a nuestro Código Penal con una pena de prisión de seis meses a tres años a la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal.⁹

También, el Anteproyecto de Código Penal Argentino Comisión Borinsky lo recepta en su art. 81, inc.3, prescribiendo pena de tres a seis años de prisión a la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o inmediatamente después, en circunstancias extraordinarias de atenuación.¹⁰

⁹ Dato obtenido en la página web de Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Andrés Heim, "Lo que dejó el caso Tejerina: la necesidad de incorporar la figura del infanticidio". Disponible en <http://www.saij.gob.ar/andres-heim-dejo-caso-tejerina-necesidad-incorporar-figura-infanticidio-dacf130131/123456789-0abc-defg1310-31fcanirtcod?&o=22&f=Total%7CTipo%20de%20Documento%7CFecha%7CTema/Derecho%20penal/pena%7COrganismo%5B25%2C1%5D%7CAutor%5B50%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%7CColecci%F3n%20tem%F1tica%5B5%2C1%5D&t=9772> el día 29-09-18

¹⁰ Dato obtenido en la página web Pensamiento Penal. Anteproyecto de Código Penal Argentino, comisión Borinsky. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46694-anteproyecto-codigo-penal-argentino-comision-borinsky> el día 29-09-18

Capítulo 2. Antecedentes doctrinarios

2.1 Autonomía

2.1.2 Posturas doctrinarias sobre la autonomía del tipo antes de su derogación

Antes de la derogación del infanticidio, no era pacífica la doctrina nacional con respecto a su autonomía.

Algunos autores lo consideraban un homicidio atenuado perfectamente digno de ser resuelto mediante la solución legal contemplada en el último párrafo del art. 80 del Código Penal referido a las circunstancias extraordinarias de atenuación. Entre los defensores de esta postura encontramos a Buompadre y Creus, quienes afirmaban que la norma derogada queda cubierta por la causal de atenuación prevista por el art. 80 del Código Penal (circunstancias extraordinarias de atenuación), si es que no caben en el marco de los arts. 81 inc 1, a y 82 del Código correspondientes a la emoción violenta (Creus & Buompadre, 2007).

Expresamente decía Creus: “No es autónomo, sino un homicidio atenuado. Es una atenuación de un homicidio calificado por ser la víctima el descendiente de la autora” (Creus, 1992, pág. 18).

Como representante de la doctrina internacional defensora de este criterio, encontramos al reconocido criminólogo alemán Edmund Mezger, quien sostiene al comentar el art. 217 del Código Penal Alemán que el infanticidio se presenta como un caso atenuado del homicidio y no se debe ver en este hecho punible un delito *sui generis* formal (Pelossi, 1976).

Otro sector de la doctrina aseveraba, en cambio, que el infanticidio sí era un delito autónomo, distinto al homicidio y al parricidio por poseer caracteres propios. Una de las voces a favor de esta postura era Nuñez, quien veía en él un tipo perfectamente definido e independiente (Nuñez, 1999).

En el mismo sentido se pronunciaba Fontán Balestra, sosteniendo el carácter autónomo del delito por la presencia de un elemento del tipo, como es obrar para ocultar la deshonra (Fontán Balestra, 1980). Lo consideraba de tipo doloso y, por consiguiente, fuera de la órbita de los homicidios culposo y preterintencional. Afirmó al respecto:

Si la muerte se produjera por imprudencia o negligencia de la madre es, pues, aplicable la pena prevista en el art. 84 para el delito culposo, que abarca todas las formas de homicidio cometido por culpa. Queda también fuera de la previsión legal la muerte preterintencional de la que, por definición, está excluido el propósito de causar la muerte (Fontán Balestra, 1980, pág. 67).

Igual postura sostuvo Soler al aseverar que el concepto básico que funda la especialidad de esta figura es el propósito de evitar la deshonra. Afirma dicho autor que el delito contiene un elemento subjetivo específico y caracterizante del hecho, que sin él, va a parar a la figura común correspondiente al parricidio (Soler, 1992).

Otro defensor de la autonomía del infanticidio fue Gerardo Peña Guzmán, haciendo referencia a que el delito en análisis requería determinadas condiciones temporales y un elemento subjetivo del tipo, siendo la causa del honor el elemento típico diferencial del mismo (Peña Guzman, 1969).

2.1.2 La autonomía del infanticidio en la actualidad

Como vimos, antes de su derogación la autonomía de la figura se basaba en el móvil del honor. Sin dicha causa la conducta de la madre no encuadraba en el tipo, aunque hubiesen concurrido circunstancias fisiológicas propias del estado puerperal con la consecuente aminoración intelectual de la puérpera.

En la actualidad, en cambio, los proyectos de reincorporación del infanticidio como un tipo especial autónomo encuentran su fundamento en el estado fisiopsicológico en que se encuentra la mujer a raíz del parto, dejando de ser el estado puerperal una mera referencia temporal para constituir ahora el elemento que le da sustento a la norma.

Se trataría, entonces, de un delito que sólo puede tener como actora a la mujer durante el nacimiento de su hijo o mientras dure la aminoración de sus facultades intelectuales a causa del alumbramiento.

Es así que Mariano Castex asevera la autonomía del infanticidio (Castex, 2008). Dicho autor pone de manifiesto que al cometerse en un momento de considerable disminución de la capacidad para comprender la criminalidad del acto, configura una situación de imputabilidad reducida que excluye la aplicación del artículo 34 inc. 1 del Código

penal; conserva la mujer sus capacidades psíquicas pero limitadas, concluyendo el jurista en la conveniencia de reinsertar al Código Penal de la Nación la figura autónoma de infanticidio por presentar el mismo notas características y especiales que lo fundamentan como un delito atenuado, esto es, el estado psicobiológico claramente anormal producido durante el período perinatal (Castex, 2008).

Finalmente, como uno de los mayores precursores de la reincorporación de la figura del infanticidio al Código Penal Argentino, encontramos a Eugenio R. Zaffaroni, quien entiende que la misma fue suprimida sin debate y sin fundamentos. (Zaffaroni, 2011)¹¹

Opina el jurista que el infanticidio es un caso muy particular de imputabilidad o culpabilidad disminuida. Es justamente dicha aminoración de la culpabilidad producto del estado puerperal el fundamento para reinstalarlo como delito autónomo. Así se refiere al tema:

El estado puerperal es un trastorno mental transitorio incompleto, figura médica psiquiátrico- forense, cuyo atributo mayor es el obscurecimiento de las funciones y mecanismos psíquicos, debilitando la conciencia y las facultades de la mujer como consecuencia del parto, sin que esto deba traducirse en una perturbación que configure inimputabilidad. Este estado condiciona una culpabilidad menor o disminuida que debe ser relevada por la ley para permitir al Juez adecuar la pena al grado de culpabilidad del caso concreto. (Zaffaroni, 2011, pág. 26)¹²

2.2 Sujetos

2.2.1 Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo del delito será una persona que está naciendo o que nació con vida, aunque presente incapacidades para seguir existiendo. En este sentido se pronuncia Creus, haciendo referencia a que una vez que la persona ha comenzado a nacer ya puede ser sujeto pasivo de infanticidio, sin que sea necesario el requisito de viabilidad (Creus,1992).

¹¹ Dato obtenido de la página web del Sistema Argentino de Información Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Eugenio Zaffaroni, Anteproyecto de Código Penal de la Nación 2012. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf> el día 29-09-18

¹² Zaffaroni, E. (2011) Infanticidio. Proyecto de restablecimiento de la atenuante. *Derecho Penal y Criminología* 1 (3) 19-29

Es indispensable corroborar el nacimiento con vida, ya que de no ser así faltaría el bien jurídico protegido, tornando imposible la comisión del tipo.

Como bien lo ha manifestado Carrara, la prueba de la vida extrauterina del recién nacido no puede ser suplida por la prueba de violencias ejercidas sobre el cuerpo del niño, ya que el autor entiende que éstas revelan una intención homicida de la mujer, pero dicha intención no es suficiente para la configuración del delito (Carrara, 1977). Afirma al respecto el reconocido jurista: “ La mujer pudo haber caído en el error de creer que destruía una vida que nunca tuvo principio. Es preciso, por lo tanto, recurrir a la prueba pericial para determinar si hubo o no vida extrauterina” (Carrara, 1977, pág. 288).

2.2.2 Sujeto activo

Hasta su derogación en el año 1994, el infanticidio contemplaba como sujetos activos a la madre que, para ocultar la 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 de ésta que, para ocultar la deshonra, mataren al recién nacido, bajo estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusable.

Con buen criterio, los proyectos de reincorporación del delito en cuestión sólo contemplan a la madre infanticida como posible actora.

Se enuncia en dichos proyectos que es la influencia del estado puerperal, con su consiguiente disminución intelectual, lo que le da sustento a la figura como un tipo de homicidio autónomo atenuado, siendo la mujer púérpera la única destinataria posible de la pena reducida del infanticidio.

Sin embargo, nada obsta a que los parientes antiguamente incluidos en la norma maten al recién nacido actuando bajo emoción violenta excusable, mereciendo las penas atenuadas de los artículos 81 inc.1 o 82, según corresponda.

2.3 Momento de comisión del hecho

Una vez que el niño comienza a nacer ya puede ser sujeto pasivo de infanticidio. Es el momento del nacimiento el que tipifica el delito como infanticidio y no como aborto.

Hay consenso doctrinario con respecto al inicio del nacimiento. Se ha determinado su origen con el comienzo del parto, con las primeras contracciones naturales o provocadas, o la extracción quirúrgica del feto.

Se extiende la posibilidad de comisión hasta finalizar la influencia del estado puerperal.

Si bien nuestra legislación en sus comienzos le dio una significación meramente cronológica al estado puerperal, usándolo como un límite temporal para encuadrar la comisión del delito, fijando incluso determinados días o el retorno de la menstruación como tope en el tiempo para la procedencia de la acción típica, cierto es que no se puede pretender anticipar la duración del trastorno mental transitorio de la madre a causa del alumbramiento. Es un proceso condicionado a circunstancias fisiológicas y su permanencia varía en cada caso en particular.

Siendo ahora, en los proyectos de reincorporación, la influencia del estado puerperal el elemento condicionante para la existencia del tipo, decimos, entonces, que la medicina legal examinará y determinará en cada caso si la mujer infanticida se vio disminuida en sus capacidades mentales a causa de trastornos biológicos y psicológicos causados por el parto. Al respecto nos dice Nuñez: “ La influencia del estado puerperal no es una fórmula de significado meramente cronológico. Se trata de un lapso determinable en cada caso particular por los peritos” (Nuñez, 1959, pág. 133).

2.4 Modo de comisión del hecho

Se configura el tipo por medio de la acción de matar a un ser humano que comenzó a nacer o mientras la madre se encuentre bajo la influencia del estado puerperal.

Puede cometerse por acción o por omisión, siendo el caso, como bien lo ejemplifica Fontán Balestra, del niño que nace asfixiándose por encontrarse el cordón umbilical en su cuello y la madre, pudiendo salvarlo, lo deja morir (Fontán Balestra, 1980).

No es necesario que el niño muera durante el nacimiento o en el transcurso del estado puerperal, lo que se requiere es que la acción se lleve a cabo en ese período para ser merecedora la madre de la pena atenuada.

Como bien expone Nuñez, el modo de cometer la acción de dar muerte a la criatura puede ser utilizado como un criterio diferenciador entre los delitos de aborto e infanticidio. Dice al respecto que si la acción se ejecuta a través de la madre en cuyas entrañas se albergaba o provocando su expulsión antes de ser viable, hay aborto; si se desplegó la acción directamente sobre el recién nacido hay infanticidio, aún cuando permanezca unido a su progenitora (Nuñez, 1999).

2.5 Participación

En la figura de infanticidio que proponen los mencionados proyectos de reincorporación los posibles instigadores y cómplices no se verían beneficiados con la pena atenuada, se les aplicaría la pena correspondiente al tipo genérico de homicidio simple, o agravado si concurren circunstancias que lo califiquen, pudiendo también, de proceder, ser atenuado su delito por las atenuantes genéricas correspondientes a circunstancias extraordinarias de atenuación o al homicidio emocional.

Esto es así porque en el nuevo tipo de infanticidio se atenúa la pena por la culpabilidad disminuida de la parturienta, no pudiendo privilegiar esta personalísima circunstancia de la madre a terceros agentes.

2.6 La cuestión del honor

2.6.1 El móvil del honor en la antigua figura de infanticidio

Como hemos anticipado, era el honor en el derogado infanticidio el objeto del móvil del delito.

La finalidad de ocultar la deshonra era el elemento subjetivo que le otorgaba autonomía a la figura y la diferenciaba del parricidio.

Siguiendo a Laje Anaya decimos que el fin perseguido por la madre, causa de la atenuación, era el de preservar su reputación sexual, siendo el nacimiento de su hijo una prueba de su inconducta (Laje Anaya & Gavier, 2000).

Era tal la presión social que se ejercía sobre las mujeres que podían llegar a preferir la muerte de su hijo a la deshonra pública.

La maternidad era tolerada sólo dentro del matrimonio y quienes osaran de mantener relaciones sexuales extramatrimoniales (mujeres, por supuesto) eran susceptibles de padecer el desesperante repudio social.

El acto infanticida era merecedor de la pena atenuada solamente si el temor a que se descubra la indecencia era lo que instaba a matar, es decir, sólo procedía el tipo si se cometía el infanticidio para ocultar el hecho sexual deshonesto. En consecuencia, si las relaciones sexuales eran de público conocimiento, o el embarazo evidente, no aplicaba la pena aminorada.

Justificaba Carrara el atenuante de la siguiente manera:

La mujer que ha llegado hasta dar muerte a su prole por consideración de la deshonra que la amenazaba por la falta que tan celosamente mantenía oculta, por el desprecio a que se habría visto perpetuamente expuesta, y por el temor de vejaciones y castigos por parte de su familia o de la tremenda venganza del marido traicionado. Todo este aparato de miedo obra violentamente sobre el ánimo de la mujer fecundada en ilícito contubernio, y con ocasión del parto la lleva a un frenesí desesperado, lo cual debe tenerse en cuenta en favor de ella, como una atenuante de la imputación de su delito (Carrara, 1977, pág. 279).

2.6.2 Abolición del móvil de la honra sexual en el nuevo infanticidio

Denotando sensatez, los proyectos que pretenden la reinstauración del infanticidio como un tipo de homicidio autónomo atenuado, han abandonado el móvil del honor sexual como fundamento para justificar su benignidad por resultar éste completamente obsoleto.

La aminoración de las capacidades intelectuales de la madre a causa del alumbramiento deriva en una culpabilidad disminuida que, justamente, es lo que dichos proyectos procuran tutelar, dejando de lado la causa del decoro sexual por ser manifiestamente arcaica.

En la actualidad nos resulta aberrante pensar en semejantes imposiciones hacia la mujer. Lo cierto es que vivieron cientos de años siendo víctimas de la intolerancia social, sustentada en una falsa moral que tanto daño ha hecho.

Culturalmente hemos evolucionado y nos parece casi ridícula la idea de rechazo hacia una madre soltera. Afortunadamente ya no es admisible la valoración social de una persona por su vida íntima.

Pero ciertamente, esta maduración como sociedad no es completa y, aunque nos resulte por demás anacrónico, hoy en día hay muchas mujeres condicionadas a una ética aparente, generalmente habitantes de pueblos rurales, alejadas de las grandes urbes y presas de una realidad que les exige castidad, decencia y docilidad. Se limita su existencia a ser buenas madres pero, por sobre todo, buenas esposas, tolerando estoicas las continuas vejaciones por ser la violencia el denominador común en sus vidas, proviniendo casi siempre de familias abusivas.

La muerte de un recién nacido en manos de su madre, significativamente perturbada por los trastornos fisiológicos producto del parto y, además, desbordada psicológicamente por el aditamento de una presión moral que ejerce sobre su persona el entorno, pareciera ser un panorama suficiente para contemplar la reincorporación a nuestro Código Penal de un tipo autónomo atenuado que proteja a estas mujeres desoladas y, aparentemente, castigadas por soluciones legales excesivamente rigurosas.

Por consiguiente, el remedio del infanticidio con una pena aminorada evidenciaría una solución más justa para esta realidad que, como sociedad, no podemos seguir ignorando.

Capítulo 3. Estado puerperal y culpabilidad

3.1 Estado Puerperal

3.1.1 Concepto

Como pone de manifiesto Nuñez, decimos que el estado puerperal es el estado fisiopsicológico en que se encuentra la mujer a raíz del parto y que, a excepción por lo general de la actividad de la glándulas mamarias, tiende a desaparecer en sus causas en un lapso relativamente corto (Nuñez , 1959).

Se presenta el estado puerperal como un elemento psicológico perturbador de la conciencia de la madre que genera cuadros patológicos de angustia, depresión, inestabilidad emocional y hasta trastornos de la personalidad, pero que no aniquila la comprensión del acto, estamos aludiendo a una circunstancia especial inherente al sujeto, que determina que el discernimiento se encuentre disminuido. Sólo genera un estado de fragilidad psicológica que mengua pero no anula la capacidad reflexiva de la madre. (Moreno de Ugarte, 2011, pág. 170).

Entendemos el estado puerperal como un período que atraviesa la mujer luego de dar a luz, caracterizado por procesos orgánicos que provocan alteraciones psicopatológicas en la psique de la madre.

La fase de gestación seguida del parto con consecuentes hemorragias y lesiones en órganos genitales, sumado a factores genéticos, neurohormonales y tóxico infecciosos por los que atraviesa la parturienta, crean una situación de debilidad de su conciencia. Se produce una afectación de sus capacidades intelectuales, en la que pueden acentuarse conductas impulsivas y agresivas.

Durante el período de gravidez, se genera en la mujer un acentuado incremento en la producción de hormonas. Al desprenderse la placenta en el momento del parto este nivel hormonal baja abruptamente. Una caída rápida de estrógenos circulantes induce a posibles cambios de la neurotransmisión central, influyendo en los trastornos psíquicos de la madre. (García Vega, 2010, pág. 35)¹³

Son estos cambios biológicos generados por el embarazo y el parto los que se traducen en un estado psicológico que puede causar depresión, ansiedad, angustia, inestabilidad o impulsividad descontrolada en la persona de la madre.

¹³ Dato obtenido del Sitio Web de la Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Medicina. "Trastornos del estado de ánimo en el puerperio: factores psicosociales predisponentes" el 20/ 02/20 Disponible en: <https://eprints.ucm.es/12000/1/T32539.pdf>

Este cuadro implica una manifiesta perturbación mental de la mujer, dando lugar a un estado de semialienación sin llegar a la psicosis puerperal, en la que se pierde por completo la capacidad de entendimiento. Aquí, en cambio, la puérpera conserva sus facultades cognitivas pero aminoradas.

Así lo ratifica Emilio Bonnet, describiendo el estado puerperal como un trastorno mental transitorio incompleto, cuyo atributo mayor es el obscurecimiento de las facultades y mecanismos psíquicos, entre los cuales la conciencia representa una parte, pero no el todo de aquéllas, o sea, un estado crepuscular intermedio entre salud mental y alienación mental (Castex, 2008).

3.1.2 Posibles afecciones mentales suscitadas durante el estado puerperal

El estado puerperal, como hemos expuesto, provoca una disminución parcial y transitoria de las facultades intelectuales de la madre, que, a su vez, puede presentar diferentes niveles de afectación en la salud de la parturienta.

Como bien afirma Mariano Castex, la depresión puerperal conocida como *maternity blues* es un síndrome psicoclínico leve o moderado. Comienza en el segundo o tercer día y sus síntomas suelen ser insomnio, irritabilidad manifiesta, crisis de llanto inmotivado y cefaleas (Castex, 2008).

Por otro lado, manifiesta el autor la existencia de la depresión post parto propiamente dicha, en donde predominan los cuadros de ansiedad, el sentimiento de frustración maternal y un profundo desinterés por el hijo recién nacido (Castex, 2008).

En un estrato superior de psicopatología se erige el estado mental transitorio, entendido como:

Reacciones a motivos físicos en el que el trastorno fundamental afecta a la conciencia y sus rasgos típicos son la aparición brusca, la duración escasa, la curación sin secuelas, su intensidad y su carácter reactivo que permite esperar que el cuadro no se reproduzca, por sí, autóctonamente (Alberca Llorente, Valenciano Gaya, Sanchez Pedreño & Ros de Oliver, 1965, pág. 39) .

Así lo asevera el Dr. Ruiz Maya, sosteniendo que el parto da lugar a una locura transitoria desencadenada por la acción de agentes tóxicos producidos por el mismo organismo y que denomina trastorno por choque endotóxico. Asegura que el estado de gravidez y sus naturales derivaciones, puerperio y lactancia, suelen ser la causa indirecta

de alteración mental, reconociendo como factores directos de choque a los trastornos circulatorios cerebrales, agotamiento, situaciones emotivas y estados de confusión con intensas cefaleas (Ruiz Maya, 1931).

Una posible consecuencia del trastorno mental transitorio incompleto es la confusión mental definida como “ un estado esencialmente caracterizado por la obnubilación de la lucidez con suspensión más o menos pronunciada de la inteligencia, de la actividad psíquica y de la sensibilidad, asociado a signos de auto interacción orgánica” (Cabello, 2000, pág. 235).

Representando el más alto nivel de patología intelectual en la parturienta se halla la psicosis puerperal entendida como

La irrupción de un trastorno mental que surge en un cerebro hasta entonces sano, que ocurre autóctonamente, por motivos endógenos (esquizofrenia, epilepsia, paranoia, psicosis maníaco- depresiva) o por motivos exógenos (psicosis sintomáticas) y trastorna radicalmente la persona entera; sus síntomas saltan a la vista y afectan a las funciones más altas del psiquismo (al pensar, la conciencia y la voluntad) (Alberca Llorente et al., 1965, pág. 41).

La psicosis puerperal es aquella forma de alienación que provoca en la madre un trastorno mental completo. Se presenta como la más profunda alteración de las facultades psíquicas a causa del estado puerperal, derivando en una perturbación patológica total de la psicología de la madre.

Como bien argumenta Ruiz Maya, la psicosis puerperal se traduce por una asociación de trastornos maníacos depresivos o impulsivos, que son la expresión de una tara nerviosa hereditaria, y de una intoxicación, entendiendo el embarazo y el puerperio como trastornos por choque endotóxico (Ruiz Maya, 1931).

Afirmamos por consiguiente que el cuadro de psicosis responde a una predisposición mental asociada al desequilibrio fisiológico por el que atraviesa la madre durante el embarazo, el parto y el puerperio.

Así lo asevera el Dr. Morra, diciendo que la psicosis puede preceder, coincidir o seguir al parto, ya sea bajo la forma de un episodio de génesis espontánea, ya sea como un proceso desencadenante, agravado o favorecido por ese estado biológico particular que es el embarazo, el parto o el puerperio y la lactancia (Morra,1967).

3.2 Culpabilidad

3.2.1 Concepto

Siguiendo a Lascano afirmamos que la culpabilidad, entendida como elemento del delito, es la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto de la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico (Lascano, 2005).

Es entonces la culpabilidad el elemento esencial para que un acto tipificado penalmente pueda ser reprochable a su autor.

3.2.2 Culpabilidad en la figura derogada de infanticidio

Como manifestamos anteriormente, la figura derogada de infanticidio importaba la aplicación de una pena atenuada en virtud del agente actuar bajo el temor de que se conozca socialmente el acto indecoroso.

El propósito de ocultar la deshonra era el móvil para ejecutar la acción. No admitía ser encuadrado en un homicidio preterintencional, en el que, por definición, no se tiene el propósito de causar la muerte.

Tampoco aplicaba aquí la solución prevista en el artículo 84 del Código Penal correspondiente al homicidio culposo, por llevar implícito el dolo, la intención de acabar con la vida del recién nacido.

Ratificando este criterio se pronunciaba Nuñez, al decir:

La extinción de la vida del hijo naciente o nacido debe ser obra dolosa de la madre. Como infanticidio la ley castiga sólo la muerte del niño consumada con dolo específico, esto es, la muerte consumada por la madre para ocultar la deshonra (Nuñez, 1959, pág. 126).

3.2.3 Culpabilidad en la figura de infanticidio propuesta por los proyectos de reincorporación

Como hemos enunciado, los proyectos de reincorporación del infanticidio proponen una pena atenuada para la madre que mata dolosamente a su hijo durante el nacimiento, o mientras se encuentre bajo la influencia del estado puerperal si éste propicia un trastorno mental transitorio incompleto, afectando las capacidades psíquicas de la mujer sin llegar a una psicosis, en la que el trastorno mental es completo.

La atenuación delictiva tiene su fundamento, entonces, en el estado de semialienación por el que atraviesa la puérpera, configurando una situación de imputabilidad disminuida. Esta aminoración parcial y transitoria de sus facultades mentales, sostienen quienes defienden la reinserción de la figura, excluye la aplicación del artículo 34, inc. 1 del Código Penal, ya que la infanticida conserva sus aptitudes intelectuales pero temporariamente reducidas a causa de las alteraciones biológicas propias del alumbramiento.

Corresponderá a los peritos determinar en el caso concreto si la madre actuó motivada por un trastorno mental transitorio, entendiendo sólo parcialmente la criminalidad de sus actos y guiándola esta semialienación a la comisión del hecho infanticida, que en otras circunstancias, bajo ningún concepto hubiese llevado a cabo.

Así lo expresa Mariano Castex, haciendo alusión a que todo el acto pericial apunta a esclarecer si la infanticida ofrece evidencia científica que la encuadre en la solución legal prevista para la alienación mental, o si, en cambio, en función del estado perinatal por el que atravesaba al momento de dar muerte a su hijo, padecía de alguna alteración en su psiquismo que le trastornara en mayor o menor medida su razón, disminuyendo su capacidad para adecuar la conducta a la norma jurídica (Castex, 2008).

3.2.4 La inimputabilidad en las psicosis puerperales

Como sabemos, la imputabilidad es un presupuesto para que sea admitida la culpabilidad del sujeto.

“Es el conjunto de condiciones psicológicas de la persona, requeridas por las disposiciones legales vigentes, para que la acción sea comprendida como causada psíquica y éticamente por aquéllas” (Basile & Waisman, 1989, pág. 150).

Opina el autor mencionado supra que la respuesta penal se basa en un principio mixto, comprendiendo al momento del hecho dos elementos: alguno de los factores del criterio biológico (alteraciones morbosas de las facultades, estado de inconciencia como lo son la epilepsia o la ebriedad, o insuficiencia de las capacidades mentales como es el caso de la oligofrenia o la imbecilidad), y alguno de los factores del criterio psicológico referidos a la imposibilidad de comprender la criminalidad del acto o de dirigir el agente

sus acciones. Cuando concurre cronológicamente un factor biológico y otro psicológico, sostiene Basile, la ley establece que no hay delito por ausencia de imputabilidad (Basile & Waisman, 1989).

Es precisamente lo que ocurre en el caso de la psicosis puerperal, entendida como una alteración morbosa de las facultades psíquicas de la mujer. Se encuentra aquí la madre privada completamente de sus aptitudes intelectuales. No posee entendimiento y carece absolutamente de capacidad para comprender y dirigir sus acciones. Se configura, por lo tanto, un verdadero supuesto de inimputabilidad en los términos del artículo 34, inciso 1 de nuestro Código Penal.

Capítulo 4. Infanticidio, homicidio emocional y circunstancias extraordinarias de atenuación. Consideraciones finales. Argumentos en contra y a favor de la reincorporación del infanticidio como tipo autónomo

4.1 Homicidio emocional

4.1.1 Concepto y requisitos de procedencia en nuestra legislación penal

Reza el artículo 81 inc1: “ Se impondrá reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”.

Siguiendo a Fontán Balestra decimos que emoción es un estado en el que la personalidad experimenta una modificación por obra de un estímulo que incide en los sentimientos (Fontán Balestra, 1980).

“Las emociones propiamente dichas interrumpen el curso regular, el ritmo normal de todo acontecer psicosomático” (Donna, 1999, pág. 55).

Se presenta el homicidio cometido bajo un estado de emoción violenta como un delito atenuado por haber actuado el agente impulsado por una emoción tal que haya podido conmocionar su ánimo, dificultando el dominio de sus acciones por estar disminuidos sus frenos inhibitorios.

El sujeto pierde el pleno dominio de su capacidad reflexiva por influencia de un estímulo externo, una ofensa inferida por la víctima o por otra persona a sus sentimientos que, sin privarlo de la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta, incide considerablemente en su comportamiento propiciando el hecho delictuoso.

La causa que provoca la emoción debe ser extraña al autor, es decir, no provenir de sí mismo ni haber ocasionado intencionalmente el estímulo para emocionarse.

Este trastorno en el espíritu del actor no debe importar una plena alteración de su razón la cual conduciría a una inevitable causal de inimputabilidad. En palabras de Fontán Balestra manifestamos que el homicidio emocional no deja de ser un homicidio doloso (Fontán Balestra, 1980).

Como asevera Donna, el motivo de la eximente incompleta es que la criminalidad del autor es menor en cuanto a que mata debido a la fuerza impulsora que está en su ánimo y encuentra su causa en la conducta de la víctima o de un tercero (Donna, 1999).

Es preciso que la emoción sea violenta. Esto acontece, manifiesta el Dr. Cabello, cuando el movimiento afectivo provisto de una fuerte carga tensional altera el equilibrio psicodinámico y, por ende, la conducta (Cabello, 2000).

La llamada causa fútil referida a bromas, discusiones sin importancia, o malos entendidos sin entidad, no constituye fundamento para que proceda la atenuante, puesto que no hay proporción entre el estímulo y la reacción del agente.

El tipo aminorado, además del elemento subjetivo correspondiente a la emoción, exige un elemento normativo alusivo a la excusabilidad de tal emoción, valorando las circunstancias que han motivado la reacción del actor y que justifican su culpabilidad disminuida.

Por último, se requiere vinculación entre el estímulo, la emoción y la reacción, es decir, el acto homicida debe llevarse a cabo luego de la provocación, bajo los efectos de la emoción violenta y mientras éstos subsistan.

4.1.2 Parricidio emocional

Previsto en el artículo 82 del Código Penal, procede cuando el agente mata bajo el estado de emoción violenta a un ascendiente, descendiente o al cónyuge, sabiendo que lo son, y que las circunstancias lo hicieren excusable.

Se trata de la configuración del agravante correspondiente al homicidio calificado en razón del vínculo y del atenuante del homicidio emocional.

Aquí el homicida mata dolosamente a su padre, madre, hijo o cónyuge pero disminuido en su culpabilidad a causa de la conmoción violenta provocada por la víctima o un tercero.

Exige, entonces, los mismos elementos del homicidio emocional del artículo 81 inc. 1 pero prevé una pena más rigurosa de diez a veinticinco años de reclusión o prisión por concurrir la agravante en razón del vínculo.

4.1.3 Homicidio emocional e infanticidio

Como hemos argumentado, luego de la derogación de la figura del infanticidio, el hecho de dar muerte la madre a su hijo durante el nacimiento o mientras dure la influencia del estado puerperal quedó subsumido en la figura del artículo 80 inc. 1 correspondiente al homicidio agravado por el vínculo, cuya pena es de prisión o reclusión perpetua, con posibilidad de aminorar la sanción punitiva de proceder las atenuantes respectivas a circunstancias extraordinarias de atenuación del último párrafo del artículo 80 del código o, la contemplada en el ya analizado artículo 82 del Código Penal para el supuesto de que la mujer mate a su hijo en estado de emoción violenta excusable.

Con la desaparición del infanticidio como delito atenuado, la actora deberá probar que actuó bajo un estado de emoción violenta para no merecer la pena más rigurosa de nuestro código.

Ahora bien, de proceder la atenuante del parricidio emocional por ser, al igual que el infanticidio, un delito doloso cuyo agente sufre una disminución en la capacidad de dirigir sus acciones, se tornaría dificultoso detectar en el hecho de la madre homicida todos los elementos requeridos legalmente para que sea posible invocar la solución del art. 81 inc. 1.

Así lo formula Castex al enunciar que la presencia de un agente detonante, una causa inesperada de altísimo voltaje psicoemotivo que toma por sorpresa a aquél en quien se desencadena, y el requerimiento de excusabilidad por las circunstancias, son elementos condicionantes de la figura jurídica de la emoción violenta, no siempre fáciles de hallar en los infanticidios (Castex, 2008).

Más acertado, proclama el autor, sería ante un infanticidio, en vez de forzar el camino hacia un estado de emoción violenta, que puede darse pero no necesariamente, hablar de un trastorno mental transitorio incompleto, como fundamento de un delito autónomo atenuado (Castex, 2008).

4.2 Circunstancias extraordinarias de atenuación

4.2.1 Concepto

Enuncia nuestro Código Penal en el último párrafo del artículo 80 que en el caso de dar muerte a un ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son, y mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años.

Como nos dice Carlos Creus, las circunstancias extraordinarias de atenuación son las referidas al hecho, que por su carácter y la incidencia que han tenido en la subjetividad del autor, han impulsado su acción con una pujanza tal, que le ha dificultado la adopción de una conducta distinta de la que asumió (Creus, 1992).

“El autor tiene que haber sido impulsado al homicidio calificado en razón del vínculo por una causa motora hacia el crimen de poder excepcional con arreglo a las circunstancias preexistentes o concomitantes al delito” (Nuñez, 1999, pág. 34).

Las circunstancias extraordinarias de atenuación como atenuante genérica fueron incorporadas a nuestro ordenamiento para brindar una solución intermedia entre el parricidio emocional y el homicidio calificado en razón del vínculo.

En estos casos no procede la atenuante de emoción violenta excusable, ya que el agente puede actuar, incluso, con premeditación; o se puede llegar a una emoción violenta pero las circunstancias no serán suficientes para ser excusable.

Esta atenuante genérica es de carácter facultativo para el juez, lo que implica que éste, manifiesta Creus, al margen de la justicia o injusticia de su fallo, cumple con la tipicidad de la pena aunque haya reconocido la existencia de una circunstancia extraordinaria de atenuación, imponiendo la que prescribe el último párrafo del artículo 80 (prisión o reclusión de ocho a veinticinco años), o la que prescribe dicha norma en su párrafo inicial (prisión o reclusión perpetua y eventualmente las accesorias del art. 52) (Creus, 1992).

4.2.2 Circunstancias extraordinarias de atenuación e infanticidio

4.2.2.1 Insuficiencia del atenuante correspondiente a las circunstancias extraordinarias de atenuación en los casos de infanticidio

Con la derogación de la figura de infanticidio como tipo especial de atenuación, el ahora considerado parricidio cometido por la madre resulta factible de ser encuadrado en la atenuante genérica correspondiente a circunstancias extraordinarias de atenuación que, a criterio del juez, podrá disminuir su pena, que en ningún caso será inferior a ocho años de prisión.

Esta severa respuesta punitiva resulta más beneficiosa que la escala prevista en el artículo 82 del Código Penal para los casos en los que concurre la emoción violenta excusable y el agravante en razón del vínculo, cuyo mínimo es de diez años de prisión, lo que constituye, según Ricardo Nuñez, una incoherencia (Nuñez, 1999).

4.2.2.2 El caso de Romina Tejerina

A continuación se analizará un fallo de importante trascendencia nacional, que evidenció las dificultades jurídicas que se presentan al pretender dar solución legal a los especiales casos de infanticidio recurriendo sólo a la atenuante genérica correspondiente a las circunstancias extraordinarias de atenuación.

El 23 de febrero de 2003 Romina Tejerina, de diecinueve años, dio a luz a una niña en el baño de la casa en que vivía. La colocó en una caja de cartón y la apuñaló en dieciocho oportunidades, provocándole diversas heridas que, al cabo de 48 hs. le ocasionaron la muerte.

La Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de la ciudad de San Salvador de Jujuy condenó a Romina Anahí Tejerina a la pena de catorce años de prisión por encontrarla autora material y responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. (Cám. Penal de Jujuy. Tejerina Romina Anahí, s n° 29/ 2005).

Como fundamento de tal decisión se sostuvo que Romina actuó con conciencia de realizar el hecho y no estaba alterada, descartándose el episodio psicótico agudo porque

no hubo delirios. Así lo aseveró el perito oficial Dr. Burgos, quien afirmó que la procesada sabía lo que hacía, no había alteración mental ni alucinaciones, negando la existencia de psicosis aguda.

Se enunció que la víctima nació con vida quedando corroborado el vínculo con la procesada por los informes médicos, donde se detalló que Romina tuvo un parto domiciliario y presentó distintas lesiones producto del mismo.

Se expresa que llamó notablemente la atención el relato coherente y minucioso del suceso por parte de la acusada, lo que les llevó al convencimiento de que nunca existió alteración significativa de sus facultades mentales.

Aseveran, por consiguiente, que la madre tuvo capacidad para delinquir y consecuentemente nace su responsabilidad penal por el delito consumado. Concluyen diciendo que Romina actuó con capacidad para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones. (Cám. Penal de Jujuy. Tejerina Romina Anahí, s n° 29/ 2005).

Justifican los magistrados la atenuante correspondiente a circunstancias extraordinarias de atenuación enunciando que la inculpada vivió una infancia plagada de violencia tanto física como moral. Que hacía un año que no vivía con sus padres justamente por los abusos allí suscitados. En ese contexto quedó embarazada, ocultándolo e intentando abortar en reiteradas oportunidades. Se advierte que al momento del parto Romina se encontraba sola en el baño de la casa de su hermana, producto de la ingesta de laxantes, cuando nace la beba, privada de todos los medios asistenciales. Afirman, por último, que la acusada vivió su embarazo con angustia y temor, encontrándose su estado emocional antes y después del ilícito perpetrado, muy posiblemente en un elevado nivel de tensión (Cám. Penal de Jujuy. Tejerina Romina Anahí, s n° 29/ 2005).

Contra dicho pronunciamiento la defensa dedujo un Recurso de Casación, rechazándolo el Tribunal Superior de justicia provincial por sostener que la decisión recurrida se ajustaba a derecho. Ante esa denegatoria se interpuso la queja federal, declarándola la Corte Suprema de Justicia de la Nación inadmisibles (CSJN. Tejerina Romina Anahí. 331: 636/ 2008).

En disidencia, haciendo lugar a la queja, considerando procedente el Recurso y pronunciándose a favor de la revocación de la sentencia recurrida por entenderla arbitraria, votaron los Dres. Zaffaroni y Fayt. (CSJN. Tejerina Romina Anahí. 331: 636/ 2008).

Expresaron los magistrados que la afirmación de que la imputada demostró con su relato que supo lo que quería y lo que hacía, es incorrecta, pues no puede afirmarse que los seres humanos tengan conciencia de sus acciones si se admite al mismo tiempo que tienen una afectividad alterada, en alusión a la explicación que dio la Cámara para la procedencia del atenuante. (CSJN. Tejerina Romina Anahí. 331: 636/ 2008).

Sostienen los Jueces disidentes que el peritaje parecía sólo encaminado a negar el estrés post traumático de Romina, cuya configuración había confirmado el perito de parte.

Advierten que la multiplicidad de las lesiones punzantes en el cuerpo de la víctima evidencian con claridad, más que una perversidad en la madre, la presencia en ella de un trastorno psíquico severo (CSJN. Tejerina Romina Anahí. 331: 636/ 2008).

Aseguran, por su parte, que fue inexplicablemente subestimada la importancia del estado puerperal, manifestando que es un real estado existencial de la mujer al dar a luz. Al descartar simplemente la existencia de una psicosis puerperal, dicen los magistrados, el tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que en esta etapa del alumbramiento tales alteraciones intensificadas pueden ofrecerse en un amplio espectro, que corre desde las psicosis puerperales hasta trastornos depresivos de variable dimensión, en donde se evidencian disfunciones de la capacidad psíquica global, con consecuencias disímiles respecto de la capacidad de culpabilidad, acentuado este cuadro en la condenada por haber padecido un parto domiciliario en avalancha, lo que implica la salida del feto, la placenta y el cordón umbilical unidos, provocando el desgarro de los genitales. (CSJN. Tejerina Romina Anahí. 331: 636/ 2008).

Por su parte, el Dr. Maqueda también votó en disidencia y se expidió por la revocación de la sentencia apelada, proponiendo una pena para la condenada de ocho años de prisión por resultar autora material y responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. (CSJN. Tejerina Romina Anahí. 331: 636/ 2008).

El conocidísimo fallo de Romina Tejerina tuvo una gran repercusión nacional, pronunciándose la mayoría de los argentinos a favor de la pena impartida a la acusada pesando sobre su persona, además, la despiadada condena social.

Romina era para todos un monstruo, una bruja asesina que sólo merecía la cárcel. Y así lo decidieron los jueces. Sin importar que la pena excediera la culpabilidad de la joven, como de modo superlativo han fundamentado los Dres. Fayt y Zaffaroni.

Romina Tejerina fue juzgada desconociendo las perturbaciones psíquicas que vivió a causa del parto que, sin llegar al grado de psicosis, alteraron gravemente su conducta. El hecho de no estar subsumido su trastorno mental en la alienación requerida para la inimputabilidad no la tornaba merecedora de tal rigurosa represión, si lo que se buscaba era una solución justa reprochable a su grado de culpabilidad.

Desde otra perspectiva, el fallo en análisis sirvió para examinar la necesidad de reincorporación de la figura del infanticidio. Muchos de los proyectos que pretenden la reinscripción de dicho homicidio atenuado fundamentan su petición en tan manifiesta inequidad impartida por el sistema judicial a la joven jujeña.

4.3 Consideraciones finales. Argumentos en contra y a favor de la reincorporación del Infanticidio como tipo autónomo

4.3.1 Argumentos en contra de la reincorporación del infanticidio como tipo atenuado

Quienes no ven en el infanticidio un delito autónomo y encuentran acertada la derogación de la norma, afirman que la acción descripta está contemplada en el tipo genérico de homicidio calificado en razón del vínculo y que, de encontrarse la madre en una situación de alteración morbosa de sus facultades mentales, es menester recurrir a la inimputabilidad contemplada en el artículo 34, inciso 1 del Código Penal.

Así lo expresaron nuestros parlamentarios al fundamentar la derogación de la norma diciendo que:

El homicidio de un recién nacido cometido por su madre soltera o adúltera puede ser atenuado por todas las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por quien juzga (art. 40 y 41 del Código Penal) y aún ser exento de pena según el artículo 34, inciso 1 del mismo (Cám. de Senadores de la Nación, 1993, pág. 1591)¹⁴.

¹⁴ Dato obtenido del Diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación del día 30-06-93 correspondiente al debate de la Ley 24410. Disponible en la página Web de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación

Por otro lado, se ha sostenido en contra del infanticidio que dicha figura presenta el carácter de inconstitucionalidad. Esto es así porque a partir de la ratificación por parte del Congreso de la Nación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el año 1990, se reconoce con raigambre constitucional el valor fundamental y básico traducido como el derecho intrínseco a la vida, suprimiendo el apartado segundo del artículo 81 del Código Penal por ser el bien “ vida” superior al resguardo legal del decoro sexual de la madre y notoriamente contrapuesto al derecho fundamental tutelado.¹⁵

En este sentido se evidenció también lo improcedente de contar con una norma por demás anacrónica en cuanto a la honra sexual de la mujer. Se asevera que es inaceptable la vigencia de un texto legal considerablemente obsoleto con relación a los cánones sociales actuales. Así lo esgrimió Nuñez declarando que: “ La derogación respondió al hecho de que los cambios sociales operados no provocaban la censura ni el repudio que otrora acarrearba la maternidad irregular”.(Nuñez, 1999, pág. 27).

Se ha enunciado en contra de la reincorporación que el estado puerperal contemplado en el antiguo artículo 81 inciso 2 tiene una significación meramente cronológica en la norma. Se lo entiende como un factor temporal dentro del cual procede la comisión del hecho, sin ninguna connotación biológica.

Es el criterio de Soler al formular que la expresión “ estado puerperal” no es empleada por la ley en el sentido de una alteración patológica de las facultades mentales, pues cuando se produzca el homicidio por razones de este tipo, lo que estará en cuestión será la aplicabilidad del artículo 34, inciso 1 del Código Penal de la Nación. (Soler, 1992).

La doctrina detractora de la incorporación de la figura opina que el infanticidio es un homicidio calificado en razón del vínculo con posibilidad de mediar circunstancias excepcionales que justifiquen la atenuación de la pena, hallando en el artículo 80 del Código Penal una solución legal justa para el hecho, sin necesidad de echar mano a un tipo especial atenuado para el caso. Así lo pone de manifiesto Creus al proclamar que:

No se necesita insistir en que, ciertas hipótesis de las “ especializadas” por la norma derogada, podrán quedar cubiertas por la causal de atenuación prevista por el artículo 80

<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/wdebates/Ley.24410.Debate.Sustracci%C3%B3n.de.Menor.es.C%C3%B3digo.Penal.Modificaci%C3%B3n.pdf> recuperado el día 05-04-20

¹⁵ Ídem anterior.

del Código Penal (circunstancias extraordinarias de atenuación), si es que no caben, por supuesto, en el marco del artículo 81, inciso 1 a del código. (Creus, 1999, pág. 18).

Se ha formulado, por su parte, que los posibles trastornos mentales a los que puede estar expuesta la mujer durante el parto y el período del puerperio son muy difíciles de comprobar. Se enuncia así que es extremadamente improbable poder corroborar una alteración parcial de la razón producto del parto al momento de la comisión del hecho. Por tal motivo se descartaría la utilidad de un texto legal que prevé una pena atenuada de verificarse fehacientemente un suceso que en la *praxis* se dificulta sobremanera constatar.

Por último, se aduce la insuficiencia del infanticidio como tipo autónomo, advirtiendo que una atenuante genérica es más eficaz al ser capaz de contemplar todos aquellos casos en los que el agente se vea disminuido en sus aptitudes psíquicas con una consecuente reducción de su culpabilidad. Se manifiesta entonces que, de proceder la reincorporación del infanticidio como un delito atenuado no quedaría respaldada por la norma, por ejemplo, la mujer que mata a su hijo mayor mientras está disminuida mentalmente por la influencia del estado puerperal, situación que sí contemplaría una atenuante genérica por culpabilidad aminorada del sujeto.

4.3.2 Argumentos a favor de la reincorporación del infanticidio como tipo atenuado

Quienes ven la necesidad de su reinserción encuentran el fundamento de la atenuante no ya en el desfasado móvil del honor, sino en la especial condición psicobiológica por la que atraviesa la madre durante el parto y mientras dure la influencia del estado puerperal. Se entiende dicho evento como un trastorno real de la psiquis de la mujer a causa de factores fisiológicos propios del embarazo y del alumbramiento, y que justifica la disminución de culpabilidad de la infanticida.

Se refuta así el carácter meramente cronológico con que parte de la doctrina ha desmerecido al estado puerperal, proclamando la innegable afección mental de la parturienta por causa del mismo.

Se advierte la imprecisión de pretender resolver el tipo en análisis recurriendo al artículo 34, inciso 1 del Código Penal. Al respecto afirman quienes abogan la reincorporación del infanticidio, que la madre que mata al neonato bajo la influencia del estado puerperal se encuentra disminuida en sus capacidades intelectuales, sin llegar a la condición de alienación exigida para la inimputabilidad. Se traduce dicho estado en una consecuente aminoración de culpabilidad del agente meritoria de un tipo autónomo atenuado.

Se formula además, que la circunstancia de no encuadrar el hecho punible en el artículo 34 inciso 1 del código, no torna a la madre infanticida restringida en sus aptitudes psíquicas acreedora de la pena más severa de nuestra legislación penal, esto es, reclusión o prisión perpetua. Se rechaza por consiguiente dicha solución legal por ser excesivamente desproporcionada.

Argumentan, quienes procuran la incorporación del infanticidio, que serán los peritos los encargados de expedirse en el caso concreto, corroborando o rechazando la existencia de un trastorno mental incompleto con raíz en circunstancias fisiológicas al momento de la comisión del hecho.

Por su parte, se proclama la necesidad de su reinscripción en el plexo legal para remediar la disparidad represiva existente entre la pena prevista para la madre que aborta y la correspondiente para la mujer que termina con la vida de su hijo durante el parto, presentándose tal distingo notablemente absurdo.

Asimismo, se cimienta la reinstauración del infanticidio en la insuficiencia de las atenuantes previstas en el Código Penal concernientes a circunstancias extraordinarias de atenuación y al homicidio emocional.

Como ya hemos aseverado, hay ocasiones en que el hecho de dar muerte la madre al niño durante el parto o mientras dure la influencia del estado puerperal puede encuadrar en el tipo atenuado de parricidio emocional, pero no necesariamente. Inclusive en el supuesto de proceder la atenuación por emoción violenta, para aquellos que propugnan la implementación del infanticidio como un tipo autónomo, entienden dicha solución legal considerablemente severa.

Lo mismo ocurre con las circunstancias extraordinarias de atenuación, facultativa su aplicación para los magistrados. Por consiguiente, es menester para los defensores de la

reincorporación, contar con un tipo autónomo que proteja legalmente la particular condición de la madre infanticida, y no acudir al atenuante genérico del artículo 80 *in fine*, defectuoso en oportunidades para arribar a una pena justa en proporción al grado de reprochabilidad de la actora.

Finalmente, en rechazo de quienes cuestionan al infanticidio y proponen en su lugar una atenuante genérica por disminución del grado de culpabilidad del agente, se manifiesta Zaffaroni, haciendo alusión a que tal introducción importaría una reforma radical de nuestro Código Penal, si lo que se busca es que dicho cuerpo normativo goce de coherencia. (Zaffaroni, 2011). Es por tal motivo que se pone de manifiesto la necesidad inminente del tipo infanticidio como una solución legal para todos aquellos casos en los que mujeres matan a sus hijos durante el parto o mientras dure la influencia del estado puerperal, no amparadas en la actualidad por una norma jurídica de forma ecuánime.

Como enuncia el autor citado *supra*, será preciso reservar la incorporación de una eximente incompleta general para cuando se encuentre vigente un nuevo Código Penal de la Nación. (Zaffaroni, 2011).

Conclusión final

Como resultado de la derogación del infanticidio y del desplazamiento del tipo al homicidio genérico agravado en razón del vínculo, la madre disminuida en sus facultades intelectuales recibe, ahora, el desproporcionado castigo de reclusión o prisión perpetua, ignorándose la culpabilidad aminorada de la actora.

Quienes niegan la autonomía de la figura en cuestión aducen que el hecho de dar muerte la mujer a su hijo durante el parto o mientras dure la influencia del estado puerperal, se resuelve sin inconvenientes acudiendo a los atenuantes de los artículos 80 u 82 del Código Penal, según corresponda, referidos a circunstancias extraordinarias de atenuación y al parricidio emocional. Pero desconocen lo arbitrario de aquella solución legal, traducida en una resolución por demás represiva para la infanticida reducida en sus aptitudes mentales al momento de la comisión del ilícito.

Por otro lado, como hemos advertido, el no estar equiparado el trastorno psíquico de la parturienta con el requerido en el inciso primero del artículo 34 del Código Penal, alusivo a la inimputabilidad por alienación mental del agente, configura un despótico desenlace arribar a la pena máxima de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse además, lo dispuesto en el artículo 52 de dicho plexo normativo.

Es menester resolver también la incoherencia legal referida a los delitos de aborto y parricidio cometido durante el parto, penado éste con una desmesurada sanción respecto de la respuesta punitiva para el aborto.

Los proyectos de reincorporación del infanticidio como un tipo especial autónomo están fundamentados en la circunstancia psicológica por la que transita la madre con motivo del parto, superando, como ya hemos puesto de manifiesto, la antigua significación netamente cronológica del estado puerperal.

Es dicha perturbación mental parcial el elemento constitutivo del nuevo infanticidio como tipo atenuado, sustentada tal aminoración punitiva en la culpabilidad reducida de la mujer puérpera.

Se abandona por consiguiente, el elemento subjetivo del derogado artículo 81, inciso primero, correspondiente al resguardo del honor de la madre como causa origen de la atenuante, por entenderse el mismo arcaico y alejado de las exigencias sociales actuales.

La particular circunstancia psicológica en estudio es, como ratificamos, una verdadera alteración del raciocinio de la mujer a causa de condicionantes fisiológicos propios del embarazo y del parto, justificando así la disminución de culpabilidad en el pretendido tipo autónomo de infanticidio.

Desentender tal estado evidenciado médicamente con la consecuente aminoración en el grado de reprochabilidad de la madre, implica desestimar el Principio de Culpabilidad Penal, entendido como la garantía que poseemos como individuos frente al poder punitivo del Estado.

La madre no goza de plena capacidad de comprensión al momento del hecho, por lo tanto, ignorar tal circunstancia sancionándola tan severamente torna ilegítima la pena. En consecuencia, en un Estado de Derecho como es el nuestro, resulta inaceptable tal vulneración a las garantías penales, poniendo de manifiesto que el mencionado Principio de Culpabilidad Penal tutela esencialmente la dignidad de la persona humana.

Por lo tanto, aplicar toda la rigurosidad de la ley a una persona reducida en sus aptitudes psíquicas por no contar nuestro ordenamiento con un remedio legal acorde, evidencia una inminente exigencia de brindar una solución equitativa a dicha problemática, reinsertando el tipo en cuestión.

En conclusión, corroboro la hipótesis de mi investigación, siendo necesaria la reincorporación del infanticidio como un tipo autónomo atenuado.

Por ende, evidenciaría mayor seguridad jurídica poseer un tipo legal autónomo que contemple el especial estado de la madre al momento de matar a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal, y no sólo contar con la atenuante genérica del artículo 80 del Código Penal concerniente a las circunstancias extraordinarias de atenuación, facultativa su aplicación para los magistrados, quienes muchas veces, como en el caso de Romina Tejerina, desconocen la realidad biológica de la parturienta.

Bibliografía:

1-Doctrina:

a- Libros:

- ALBERCA LLORENTE; VALENCIANO GAYA; SANCHEZ PEDREÑO; ROS DE OLIVER. (1965) *Psiquiatría y Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos
- BASILE, A; WAISMAN, D. (1989) *Fundamentos de Medicina Legal*. Buenos Aires: El Ateneo
- CABELLO, V. (2000) *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi
- CARRARA, F. (1977) *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen 1(3)*. Bogotá Buenos aires: Temis Depalma.
- CASTEX, M. (2008) *Estado Puerperal e Infanticidio*. Buenos Aires: Ad Hoc
- CESIO, S. (2017) *Las Violencias de Género, Femicidio, en la Pareja, en la Familia, a Menores: abuso sexual infantil*. Buenos Aires: D&D
- CREUS, C. (1992) *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea
- CREUS, C. (1999) *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.
- CREUS, C; BUOMPADRE, J. (2007) *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea.
- DONNA, E. (1999) *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni
- FONTAN BALESTRA C. (1980) *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot
- GHIRARDI, J; ALBA CRESPO, J. (2000) *Manual de Derecho Romano*. Córdoba: Ediciones Eudecor
- LAJE ANAYA; GAVIER. (2000) *Notas al Código Penal Argentino* .Córdoba: Lerner.
- LASCANO, C. (2005) *Derecho Penal. Parte General*. Córdoba: Advocatus
- MANIGOT, M. (1969) *Código Penal de la Nación Argentina. Anotado y Comentado. Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot

- NUÑEZ, R. (1959) *Tratado de Derecho Penal. Tomo Tercero. Parte Especial*. Córdoba: Lerner
- NUÑEZ, R. (1999) *Manual de Derecho Penal Parte Especial*. Córdoba: Lerner.
- PELOSSI, D. (1976) *Problemática en el delito de Aborto e Infanticidio*. Córdoba: Lerner.
- PEÑA GUZMÁN, G.(1969). *El Delito de Homicidio Emocional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RAMOS, J. (1938) *Curso de Derecho Penal. Segunda Parte. Tomo V*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.
- RUIZ MAYA M.(1931) *Psiquiatría Penal y Civil*. Madrid: Plus Ultra Eloy Gonzalo.
- SAMPIERI, R. ; FERNÁNDEZ COLLADO, C.; BAPTISTA LUCIO, P. (2006) *Metodología de la Investigación*. México: Mc Graw Hill
- SOLER, S. (1992) *Derecho Penal Argentino III*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- YUNI, J.; URBANO, C. (2006) *Técnicas para investigar: recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*. Córdoba: Brujas.

b- Revistas:

- COMISIÓN BORINSKY(2018) *Anteproyecto de Código Penal Argentino*. *Revista Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46694-anteproyecto-codigo-penal-argentino-comision-borinsky>
- MORENO DE UGARTE, G.(2011) *Derecho de familia*. *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- MORRA, C.(1967) *Boletín de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba: Dirección General de Publicaciones Córdoba
- ZAFFARONI E. (2011) Infanticidio. Proyecto de restablecimiento de la atenuante. *Derecho Penal Y Criminología* 1 (3) 19-29

c- Ponencias:

GARCÍA VEGA, M. (2010) *Trastornos del estado de ánimo en el puerperio: factores psicosociales predisponentes*. Memoria para optar al grado de doctor. Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid. Disponible en <https://eprints.ucm.es/12000/1/T32539.pdf>

2- Legislación:

CODIGO PENAL DE LA NACION.

LEY NACIONAL N° 17.567 modificatoria del Código Penal.

LEY NACIONAL N° 23.057 modificatoria del Código Penal.

LEY NACIONAL N° 24.410 modificatoria del Código Penal.

Proyecto de Reforma del Código Penal, comisión Zaffaroni.

Proyecto de Reforma del Código Penal, comisión Borinsky.

3- Jurisprudencia:

C.S.J.N, “Tejerina, Romina Anahí”, Fallos 331: 636 (2008).

Cám. Penal de Jujuy. Tejerina Romina Anahí, s n° 29 (2005)

4- Páginas Consultadas:

Biblioteca digital de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

<https://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/>

Información Legislativa y Documental del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la

Nación: <http://www.infoleg.gob.ar/>

Sistema Argentino de Información Jurídica: <http://www.saij.gob.ar/>

Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina: <https://www.hcdn.gob.ar/index.html>