

¿NUEVAMENTE EL INFANTICIDIO AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO?

Por Mario Rodrigo Morabito

A partir del caso Romina Tejerina condenada en 2005 a 14 años de prisión por homicidio, se instaló nuevamente en la Argentina el largo debate sobre la incorporación de la derogada figura del infanticidio al Código Penal Argentino¹.

Recientemente, en relación a este caso que tuvo gran connotación en nuestra Argentina, Luís Ohman ha señalado que “Romina Tejerina ha obtenido la libertad condicional y los beneficios que surgen de la progresividad de la pena en la aplicación de la Ley de Ejecución Penal. Ninguna decisión judicial reparo la atrocidad jurídica de este juicio y la desaparición del Código Penal de la figura del infanticidio de 1921. Seis proyectos han perdido estado parlamentario y han tenido la misma resistencia que los proyectos que intentan legislar sobre la despenalización del aborto.

La clínica psiquiátrica hace más de un siglo describió la semiología de un cuadro poco frecuente como el de psicosis puerperal y los cuadros confucionales agregados. El Derecho Penal pudo encontrar en la intersección con esta clínica el lugar para legislar sobre los atenuantes de un cuadro tan dramático y de graves consecuencias.

Con Romina Tejerina está allí la violencia originaria, instituyente “el martillo de las brujas para golpear a Las brujas y sus herejías con poderosa maza, la inquisición”. Está reemplazada y representada por un instituto del derecho penal, el Estado y la psiquiatría, la ciencia, el principio de peligrosidad, que pretende en la condena de este infanticidio el olvido de la violencia originaria.

Romina no es una bruja, ha sido demonizada y es en realidad una niña -mujer acorralada por la desesperación y la locura, por la exclusión y la pobreza extrema, y por los prejuicios de una sociedad jerarquizante y patriarcal en tiempo de sida y abortos sépticos penaliza al extremo la enfermedad y se opone al uso de preservativos.

No les importa esta tragedia, sólo importa la moral jerarquizante de la ley y el orden.

¹Sabido es que en el caso Tejerina, la sentencia había sido apelada ante el Superior Tribunal de Justicia y llegó finalmente a la Corte Suprema, donde ratificaron la decisión inicial.

El infanticidio de Romina es una violencia demorada, un aborto tardío que estalló en forma ocasional y terrible, producto de una encerrona trágica, una acumulación de violencias y violaciones que la hicieron puro destino; perdió la libertad para elegir, como miles de niñas-madres, abusadas y prostitutas precozmente, a las que el Estado victimiza y abandona al desvalimiento y la intemperie, y después las condena como la inquisición”².

Años atrás, el infanticidio estaba previsto en el artículo 81 inciso 2º del Código Penal. Pero fue derogado en 1994. Se le cuestionaba que el móvil que se esgrimía para atenuar la pena a la autora del homicidio del hijo recién nacido era el ocultamiento de la deshonra de la mujer adúltera o madre soltera³. Con la intención de eliminar ese concepto arcaico y sexista, finalmente se borró por completo la figura penal que contemplaba penas cuando el homicidio ocurría en el período puerperal. Las penas previstas iban de los seis meses a los dos años de prisión.

Ahora bien, en la mayoría de los casos, las mujeres que cometen violencia letal sobre sus hijos tienen una biografía donde la violencia ha sido una forma aprendida de encarar la vida que luego es, a veces, replicada en la etapa de jóvenes adultas, en la época en que tienen sus propios hijos. (Easteal, 2001, Leonar 2001, Radoch 2002) Las mujeres que ejercen una violencia letal sobre sus hijos deben sobrellevar una impugnación pública que las ubica en un lugar de “muerte social” que va más allá de la condena judicial recibida. Esto parece deberse a un mandato imperante acerca de las connotaciones que recibe el rol materno que se asocian con el de una “buena madre”, que implica estar despojada de todo sentimiento de egoísmo para poder proteger adecuadamente la vida de los hijos, ser sumisa, humilde, generosa, asexuada, ama de casa, solícita y tolerante entre otras cualidades. Ellas parecen haber fracasado en el cumplimiento de algunos o todos los requisitos que la sociedad impone; al caer en su contraparte, siendo una “mala madre” se desencadena una percepción, evaluación y reclamo sobre una relación que se supone estática y lineal entre el delito cometido y

²Cfr. Autor citado *En nombre de la ley Acerca de la figura de infanticidio y la penalización del aborto, dos asignaturas pendientes de la democracia*. En <http://www.infojus.gov.ar/>

³Efectivamente así lo establecía la jurisprudencia de la época al sostener que: “...La calificación de infanticidio queda descartada cuando la misma imputada afirma que dio muerte a su hijo recién nacido, por piedad, por lástima, para que no siguiera sufriendo y porque lo creía agonizante, pero no expresa en algún momento que su móvil fuera ocultar la deshonra...”. (Cám. Fed. B. Blanca, "L.L.", t. 29, p. 523; "J.A.", t. 1942-III, p. 473).

un supuesto fracaso individual para cumplimentar esta función. La amonestación recae solo en ella como si fuera alguien que está y vive en el mundo sin conexiones familiares ni sociales. (Weston Henriquez y Manatu-Rupert 2001)⁴.

Con respecto al tema abordado, los autores han señalado que *“El infanticidio es igualmente el efecto de una contradicción inevitable en la que se encuentra una persona que ha cedido por la debilidad o por la violencia. Quien se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males, ¿Cómo no preferiría ésta a la miseria infalible a la que se verían expuesto ella y el fruto infeliz? La mejor manera de prevenir este delito sería proteger con leyes eficaces la debilidad contra la tiranía, la que exagera los vicios que no pueden cubrirse con un manto de virtud. No pretendo disminuir el justo horror que merecen estos delitos; pero, al indicar sus fuentes, me creo en el derecho de extraer una consecuencia general, es decir, que no se puede llamar precisamente justa (lo que quiere decir necesaria) la pena de un delito hasta tanto la ley haya adoptado el mejor medio posible para prevenirlo en las circunstancias dadas de una nación.”*⁵.

En relación a esta realidad, corresponden los siguientes interrogantes ¿luego del caso Romina Tejerina han ocurrido otros similares en la Argentina?, verdaderamente sí ¿Y cual ha sido la posición asumida por los Tribunales del país luego del fallo Tejerina?, ciertamente disímil. Veamos algunos de ellos.

Durante 2006, dos mujeres que dieron muerte a sus bebés en el momento del parto fueron absueltas por tribunales de Entre Ríos⁶ y Córdoba⁷ respectivamente porque consideraron que *"no comprendían la criminalidad del acto"* o bien porque contemplaron *"la violencia de la que fueron víctimas"*.

⁴Kalinsky, Beatriz. *Epistemología del filicidio: violencia contra las mujeres*. En <http://www.infojus.gov.ar/>

⁵Cesare Beccaria, *“De los delitos y de las penas”*. Capítulo XXXI. Págs. 141/142. Ed. Heliasta.1993.

⁶El 24 de octubre de 2006 una joven de 23 años, acusada de dejar morir a su hijo, luego de parir en el inodoro y abandonar al bebé dentro de un bolso, fue absuelta en mayoría por la Justicia de la ciudad de Paraná. La decisión fue adoptada por los jueces de la Sala I de la Cámara del Crimen quienes interpretaron que la joven no comprendía la criminalidad de los hechos, mientras que el tercer integrante del tribunal votó por la condena a pena perpetua que había solicitado el fiscal por el delito de homicidio agravado por el vínculo.

⁷Un tribunal de Villa Dolores absolvió por mayoría a Elizabeth Díaz, acusada de matar a su hija recién nacida, concebida tras una violación por parte de su patrón, un hombre de 60 años, casado y con hijos, en cuya casa la chica trabajaba como mucama. El TSJ cordobés confirmó el fallo del caso.

En lo que respecta a nuestra provincia, se encuentra como antecedente reciente el caso de María Isabel Molina⁸ quien fuera condenada por unanimidad a la pena de ocho años y medio impuesta por la Cámara en lo Penal de Segunda Nominación⁹ al encontrarla culpable del delito de *“homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación”*.

Esta última, quizás, ha sido la solución en muchos de los casos en los que sucedió un auténtico *“infanticidio”*¹⁰, sin dejar de tener en cuenta las decisiones en que los tribunales argentinos han dispuesto la absolución de las imputadas en distintas causas en las que valorando minuciosamente las circunstancias en las que se produjo la muerte del niño llegaron a tal solución¹¹.

El argumento utilizado por el tribunal cordobés para absolver a Elizabeth Díaz¹², es una razón más que suficiente para liberar de responsabilidad penal a la madre si se examina el previo contexto del que resultó víctima¹³ y, además, -lo que no puede ser dejado de lado hoy por el tribunal de juicio penal- la valoración y aplicación de las normas que regulan la violencia de género en el ordenamiento jurídico vigente¹⁴.

⁸La joven tenía 20 años cuando cometió el homicidio de su hijo, vivía sola, lejos de sus padres, en una humilde vivienda alquilada de la localidad de Aconquija, en la provincia de Catamarca. Trabajadora golondrina, estaba embarazada de ocho meses, tomó una medicina que suele ser usada en los hospitales para provocar contracciones y ayudar al parto. Nació un bebé al que ella, según lo admitió ante la Justicia, colocó dentro de una bolsa de plástico –no se descarta que pensara que estaba muerto, y lo dejó dentro de un balde en el fondo de su casa. El niño murió *“de frío y por asfixia”*, según dictaminó la autopsia. Sin atención médica, María Isabel estuvo a punto de morir ella también por una septicemia generalizada, pero sobrevivió luego de varios días en terapia intensiva.

⁹Respecto de este Tribunal puede verse también el interesante fallo absolutorio en la causa Sandra Nancy Chasampi s/ INFANTICIDIO, SENTENCIA del 12 de Mayo de 1997

¹⁰Véase también el caso de María Eugenia Soriano, condenada en mayoría, por el tribunal de la Cámara Primera del Crimen y el jurado popular de la provincia de Córdoba en abril de 2009 a la pena de catorce años, tras ser hallada culpable del delito de *“homicidio calificado por el vínculo bajo circunstancias extraordinarias de atenuación”*. María Eugenia Soriano había ocultado su embarazo, y dio a luz sin ninguna ayuda extra en su propia casa. Nueve días después del nacimiento de la criatura, ella decidió asfixiar con una toalla a la pequeña, en un aparente acto de venganza contra su marido, del que estaba separada hacía un año. Posteriormente a la condena, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la provincia mediterránea resolvió absolver por el beneficio de la duda y dejar en libertad inmediata a María Eugenia. Para llegar a esa solución los Vocales del TS tuvieron en cuenta las diferencias sustanciales marcadas en las pericias técnicas realizadas en la oportunidad, donde una de ellas sostenía que Soriano *“no tenía plena conciencia de sus actos”*, lo que brindó el beneficio de la duda a favor de la acusada.

¹¹Ya sea porque las jóvenes madres *“no comprendieron la criminalidad del acto”* o en razón de la *“violencia de la que fueron previamente víctimas”*.

¹²En el que se puso especial énfasis en *“la violencia de la que fue víctima”*.

¹³Por ejemplo: violación, violencia psicológica, etc.

¹⁴*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará); Ley Nacional 26.485; entre otras pertenecientes al “soft law”.*

No obstante, insisto, ante la derogación del tipo penal del “infanticidio” del Código Penal Argentino, muchos de los tribunales del país buscaron atemperar las consecuencias punitivas que conlleva la muerte de un hijo¹⁵, a través de las “*circunstancias extraordinarias de atenuación*”¹⁶; aplicando, incluso, el mínimo de pena posible en esos supuestos¹⁷.

Tal vez el argumento utilizado para derogar el infanticidio del Código Penal Argentino¹⁸ haya sido más que atendible en virtud de normas internacionales que prohíben la discriminación contra la mujer, no obstante cabe preguntarse ¿no debió reformularse la norma pero sin dejar de regular el fenómeno?; indudablemente la respuesta que debe primar es la positiva, toda vez que los infanticidios continuaron ocurriendo en nuestro país y los establecimientos carcelarios se fueron poblando de mujeres que siendo de alguna forma víctimas anteriormente¹⁹ y, además, vulnerables desde el punto de vista constitucional²⁰ e internacional²¹, terminaron condenadas a pena privativa de la libertad cuando desde un comienzo el infanticidio era un delito excarcelable.

En definitiva, coincido con el legislador en regular normas penales que no sean discriminatorias y de hecho reformularlas si es que ya se encuentran plasmadas en el catálogo punitivo²², pero de allí a dejar de regular un fenómeno que en muchos de los casos -por no decir la mayoría de ellos- son cometidos por mujeres afectadas en su historia de vida, me parece una decisión desatinada.

Ahora bien, en la actualidad el Congreso de la Nación dio media sanción a un proyecto de ley que atenúa la pena a la mujer que mata a su hijo durante el nacimiento o luego, mientras se encuentra bajo la influencia del estado puerperal y fija el castigo de 6

¹⁵ Pena Perpetua en virtud del artículo 80 inciso 1 del Código Penal.

¹⁶ Art. 80 *in fine* del Código Penal.

¹⁷ Tal como lo hizo la Cámara en lo Criminal Nº 2 de la provincia de Catamarca en el caso Isabel Molina, en el que si bien la joven no había sido víctima de violencia previa, sí se tuvo en cuenta con especial ahínco las circunstancias de cómo ocurrieron los hechos.

¹⁸ Bajo el razonamiento de que respondía a un concepto arcaico y sexista.

¹⁹ Ya sea por marginalidad, pobreza, analfabetización, violación, violencia física, psicológica, etc.

²⁰ Art. 75 inc. 23 de la CN.

²¹ Véanse además de las Convenciones internacionales antes citadas en la nota Nº 8, “*Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*”.

²² Tal el caso del artículo 86 inciso 2 del Código Penal que al referirse al aborto no punible utiliza el término “*idiota o demente*” en vez de “*incapaz*”.

meses a 3 años de prisión. Es decir que el asesinato de un niño en manos de su madre, tendrá una pena excarcelable.

Es de esperar, que el proyecto termine convirtiéndose en ley para dar solución a la problemática que a partir de su derogación generó para los tribunales argentinos la eliminación del infanticidio.

Mientras tanto ello ocurra, una cuestión a tener muy en cuenta desde mi parecer, atendiendo especialmente al derecho internacional de los derechos humanos que hoy rige en nuestro derecho vigente²³ siendo ley suprema²⁴ es aquella que se utilizó en el caso de Elizabeth Díaz.

En efecto, pensemos por un momento en el fallo recientemente decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁵ sobre el aborto no punible cuando el embarazo es producto de una violación sobre cualquier mujer. En estos supuestos, -constatados los requisitos establecidos por la norma- el aborto practicado por un médico diplomado con el “consentimiento”²⁶ de la mujer encinta no será castigado penalmente por una cuestión obvia; la madre ha sido víctima de un delito contra la integridad sexual violento y se ha contemplado el previo contexto del que resultó víctima para no imponerle un sanción penal.

Entonces, ¿cuál es la diferencia para aquella madre que oculta su embarazo durante 9 meses habiendo sido víctima de violación o de cualquier otro tipo de violencia contra ella? En estos casos, constatado el delito anterior²⁷, debido al estado de vulnerabilidad de la víctima, no considero que deba aplicarse punición alguna sino lisa y llanamente la absolución de la madre acusada. Pues de lo contrario, el propio sistema penal sería más violento de lo que ya es y, sobre todo incoherente, castigando con una pena a quien ha sido víctima de un delito o, palabras más palabras menos, aplicando poder punitivo a la víctima de una violencia inaceptable y que es sancionada legalmente²⁸.

²³A través del artículo 75 inciso 22 de la CN.

²⁴En virtud del artículo 31 de la CN.

²⁵Me refiero al Fallo F.A.L s/medida autosatisfactiva del 13 de marzo de 2012.

²⁶Para los casos que la mujer es capaz, para todos los demás supuestos se exige el consentimiento del representante legal.

²⁷Ya sea por violencia física, psíquica, etc.

²⁸Tanto por normas nacionales como internacionales.

Siempre me pareció un absurdo que en el cotidiano social se reaccione muchas veces de manera contradictoria e irracional, pues reprobamos la violación²⁹ y más aun si como consecuencia la víctima ha resultado embarazada, pero a la hora de que la mujer decide interrumpir su embarazo³⁰, se cuestiona esa decisión y de repente escuchamos frases como ¿y qué culpa tiene el niño? seguramente que ninguna, pero la posibilidad de interrumpir un embarazo producto de una violación, es una decisión personalísima, privada y por cierto legalmente justificada.

Y ¿qué decir del infanticidio por las mismas consecuencias?

En todos los casos, el tribunal de juicio deberá analizar minuciosamente el material probatorio que conste en el legajo y, si ha existido cualquier tipo de circunstancia, suceso, acontecimiento o hecho del que surja de un modo claro que la madre acusada de la muerte de su hijo fue o esta siendo víctima de violencia previa, sumado al pleno respeto y obligatoria aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos sobre género, la consecuencia penal no aparece como posible, pues al no tenerse seriamente en cuenta las condiciones específicas del caso, las historias de vida, los vínculos que ellas mismas tuvieron con sus madres, o los eventuales abusos en la infancia o adolescencia, se está negando no solo buena parte del conocimiento científico acumulado hasta ahora, sino la posibilidad de una defensa en sentido estricto. Las sentencias deberían poder dar cuenta de las razones y sucesión de acontecimientos que devinieron en un delito.

Fuera de estas cuestiones, habrá que analizar si el hecho puede derivar en el delito de infanticidio y, -en el caso que se incorpore al Código Penal de conformidad a los requisitos que exija la figura- la pena a aplicarse.

En definitiva, resulta imprescindible que el legislador asuma su responsabilidad en su rol de elaborar leyes que aplicadas por la justicia sean eficaces para dar respuesta a fenómenos como el infanticidio, como así también, es indispensable que los interpretes últimos de esa ley y que tienen la difícil misión de juzgar a mujeres que son sometidas al banquillo de los acusados por la muerte de su niño, no se desentiendan - si existe o ha existido- de la violencia previa de la que ha sido víctima, ya que así lo

²⁹Por cierto de forma muy justificada.

³⁰De manera más legítima y justificada aun.

obliga el derecho internacional de los derechos humanos del que los jueces no pueden abstraerse de ninguna manera por imperio de la ley.