

EL DELITO DE INFANTICIDIO EN LA REFORMA PENAL *

Ernesto J. Uza

La ley 17.567 introdujo tres modificaciones plausibles al texto del artículo 81, inciso 2º, del Código Penal, pero omitió otra que estimo de importancia, sobre todo desde el ángulo de la claridad.

Aquellas se refieren, en primer término, a que se subsanó el olvido del código en cuanto al mínimo de la pena de reclusión que se conminaba para la madre que, para ocultar su deshonra, mataba al hijo naciente o recién nacido. Al decir el código "se impondrá reclusión hasta tres años..." sin establecer el tope mínimo, posibilitaba la aplicación de un día de la pena más grave de reclusión, mientras que el mínimo de la pena menos grave de prisión era de seis meses. Este error tenía explicación en que el proyecto de 1917, en un artículo que la Cámara de Diputados no aprobó, disponía que la reclusión no podía ser inferior a un año y los legisladores olvidaron salvar la apuntada incongruencia. La reforma ha radiado la pena de reclusión y reprime el infanticidio con prisión de uno a seis años.

En segundo lugar, es justo que ahora la pena del infanticidio sea superior a la del abandono por causa de honor, seguido de muerte, y a la del aborto causado por la propia mujer. Era a todas luces inconscio que recibiera pena más severa la madre que, para ocultar su deshonra, abandonaba a su pequeño hijo con la esperanza de que no muriera, que aquella que, con dolo de homicidio, derechamente lo mataba; o de la que se procurara un aborto, es decir, la muerte de un feto y no de un ser con vida independiente de la madre.

Por último, merece elogio la eliminación de los parientes del elenco de posibles sujetos activos del delito. El código reprimía con la pena atenuada del infanticidio a "los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana,

* Relación leída en las Cuartas Jornadas Médico-legales y Criminológicas efectuadas del 12 al 18 de agosto de 1968, organizadas por la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal de Tucumán.

esposa o madre, cometiese el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1º de este artículo". No era razonable la inclusión de los parientes, puesto que quien debe cuidar su propia honra es la madre, y nadie tiene derecho a contrariar su voluntad si quiere conservar el producto de la concepción, aún ilegítimo. Era atribuírsele una potestad vindicatoria del honor de la comunidad familiar.

Por lo demás, se creaba una figura privilegiada de homicidio emocional, injustificada desde todo punto de mira. En verdad, la norma derogada requería que los parientes obraran en estado de emoción violenta con la singularidad que la misma ley indicaba la circunstancia excusante: ocultar la deshonra de la madre, hermana, cónyuge o hija, y conminaba una pena mucho más leve que la del homicidio emocional agravado por el vínculo. La "circunstancia" excusante —es posible que en ciertos casos, tuviera menor poder para desencadenar la reacción homicida que otras graves ofensas—. En la exposición de motivos que acompañó al proyecto, los autores de la reforma dicen que la razón de la modificación proviene de tomar en cuenta los profundos cambios sociales ocurridos en los últimos cuarenta años en cuanto a la censura y aun al repudio que la maternidad irregular acarrea, de donde fuerza es deducir que este homicidio es hoy mucho menos excusable y que en ningún caso debe serlo para terceros.

La observación es exacta. Ya la madre soltera no es anatemiada como antaño, en que tanto ella como el hijo ilegítimo eran objeto de menosprecio y el hijo ignorado por la legislación civil. Y como las leyes deben traducir las cambiantes valoraciones de la sociedad en determinado momento histórico, la madre que quita la vida a su hijo recién nacido no es merecedora de la antigua consideración. En atención a ello ha acrecido el número de quienes propugnan la eliminación lisa y llana de este homicidio atenuado. Máxime cuando la reforma autoriza al Juez, en caso de parricidio, a imponer pena de ocho a veinticinco años —no ya la fija perpetua— si mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, como precisamente podría ser el móvil de honor, la miseria, malformaciones incorregibles, etcétera.

En vez, no conforma el mantenimiento del requisito del estado puerperal, que, según los autores de la reforma, no se modificó porque en la interpretación de la fórmula ha prevalecido el criterio de atribuírle significado temporal.

Es cierto que ese es el criterio que la doctrina dominante ha dado a ese elemento. Porque como se verá, no podía dársele otro. Pero no es menos cierto que para llegar a esa conclusión ha sido menester echar mano a argumentos poco o nada convincentes. Es una de esas cosas que se aceptan porque no hay más remedio que aceptarlas, nos guste o nos disguste. Era aconsejable su reemplazo por la antigua fórmula de los tres días.

Pero antes conviene recordar, aunque someramente, como entró eso de la "influencia del estado puerperal" al Código Penal argentino. No figura en los antecedentes nacionales ni en el código de Baviera, redactado por Feuerbach, fuente inspiradora de Tejedor, cuyo proyecto tanta influencia tuvo en la legislación nacional. El código de 1887 reprimía a la madre que, con el propósito indicado, mataba al hijo dentro de los tres días de nacido, y esa orientación se sigue en los proyectos de 1891, 1896 y 1917, convertido en código en 1921 con las reformas que le introdujo la comisión de códigos del Senado, en su casi totalidad aprobadas por Diputados. Esa comisión conoció en 1919 el anteproyecto suizo de 1916, última palabra en materia legislativa, que reprimía a la madre que matara al hijo "durante el parto o mientras se encontrara todavía bajo la influencia del estado puerperal". Nada más. A la comisión del Senado le gustó la última frase, que importaba una novedad, y sin más la incorporó al artículo 81 sin advertir que para los suizos para nada cuenta la causa de honor, que es casualmente lo que colorea nuestro infanticidio, teñido de ese especial elemento subjetivo del tipo.

Los autores del anteproyecto suizo, convertido en código recién en 1932, consagraron el criterio meramente fisiológico, de manera que en Suiza una libertina que no tiene honra que ocultar puede verse beneficiada con la pena atenuada del infanticidio si mató cuando aun se hallaba bajo la influencia del estado puerperal. No será esa la solución en el código argentino.

El agregado —injerto cómico lo llama Ramos, cástico y demoleador crítico de la fórmula— crea una estridente contradicción entre dos criterios manifiestamente incompatibles: el psicológico —propósito de ocultar la deshonra— y el fisiológico —influencia del estado puerperal—, puesto que la madre que mata con aquella finalidad, claramente connotada con la preposición *para*, cumple una acción reflexiva, premeditada o no, con conciencia de lo que hace. Balancea dos intereses: la vida del ser naciente o recién nacido y la pérdida de su honor sexual, y decide el sacrificio del primero. El sentimiento del honor priva sobre el instinto maternal.

En cambio, si mata "bajo la influencia del estado puerperal", realiza una acción irreflexiva, determinada por una perturbación de su ánimo a consecuencia de los trastornos físicos y morales del embarazo, del parto y del puerperio, aunque sin pérdida completa de la conciencia. Porque si así aconteciera —psicosis, delirios, intoxicaciones, alucinaciones, impulso homicida incoercible— la grave perturbación de la conciencia, verdadero trastorno mental transitorio, la convertiría en una imputable en orden al artículo 34, 1°. No voy a ocuparme de los problemas que a los médicos plantea el llamado "estado puerperal", que para algunos es una realidad, una entidad clínica definida, característica, demoes-

ble, y para otros una ficción dialéctica, sin substancia genuina, sin entidad clínica. El tema ha sido tratado en certámenes científicos por autorizados médicos y fue objeto de enjundiosos estudios por parte del profesor Morra en las jornadas de Ginecología Forense efectuadas el año pasado en La Falda y del profesor Bonnet en un artículo publicado en el tomo 118 de La Ley.

En una parte de su conferencia, el profesor de la Universidad de Córdoba dijo: "Desde que me he concentrado sobre el tema, y luego de ubicarlo en la mesa de disección para hurgarlo en sus elementos componentes, luego de apelar a la experiencia propia y revisar la densa bibliografía que desde distintos ángulos aporta el tema, y luego de discutir con colegas y letrados sobre los ángulos de este poliedro, confieso que me he preguntado más de una vez y con premiosa urgencia, de si realmente existen motivos técnica y científicamente fundados para sostener y justificar; primero, la existencia como entidad nosotádica, o por lo menos clínica o aún psicosomática, de eso que se ha dado en llamar el estado puerperal; y segundo, si dada la existencia real de esa figura biológica (no se si llamarla así), tendría fuerza y categoría dinámica bastantes como para ser causa eficiente de atenuación del gran delito, como lo aceptan los códigos suizos y griego, o como para ser concausa en el mismo nivel con la causa moral de ocultación de la deshonra. Y me lo he preguntado así, con machacosa insistencia, por cuanto a medida que iba calando el problema, me parecía ir comprendiendo cada vez con mayor claridad, que eso del estado puerperal tenía muchos visos de ser para el codificador quizo, ubicado en su raza, en su medio, en su cultura, una especie de salida verosimilmente científica y suficientemente prestigiosa como para justificar una nueva forma del horrendo delito, y para nuestra comisión del Senado, que incorpora la causal en la reforma de 1921, ha sido, mucho me temo, una adaptación apresurada, cuando no infundada, inoportuna e incongruente de una figura destinada a otras latitudes humanas y sociales".

Pero Bonnet enseña que el puerperio no es solo y exclusivamente un conjunto de síntomas fisiológicos, localizado a la esfera genital, sino que el organismo humano es un todo, y que el puerperio puede verse influenciado por vivencias o conflictos que vienen de antes y distan de ser fisiológicos y dan lugar a trastornos de conducta que, sin ser psicóticas, pueden ser psicopáticas y caracteriza el "estado puerperal" como a un cuadro psicopatológico de menor gravedad e intensidad que la alienación mental. Es, dice, un trastorno mental transitorio incompleto, cuyo atributo mayor es el oscurecimiento de las funciones y mecanismos psíquicos, entre los cuales la conciencia representó una parte, pero no el todo de aquéllas, o sea un "estado crepuscular", intermedio entre salud mental y alienación mental.

Tampoco hay concordancia de opiniones en cuanto a su duración. Para algunos, el estado puerperal se prolonga hasta la involución del útero; otros lo extienden hasta la recuperación del período menstrual, otros, hasta el regreso de los órganos a su estado anterior y otros lo limitan a la duración de los loquios.

Si los médicos no se han puesto de acuerdo en una cuestión tributaria de la ciencia médica, mal puede pensarse que la aclaren los abogados. Dejo librada a ellos la discusión, por demás atrayente, y me concreto, entonces, a insistir en la incongruencia de ese maridaje antitético de dos criterios inconciliables y a lamentar que los reformadores creyeran innecesaria la modificación. Resulta extraña esa indiferencia si se atiende a que el profesor Soler, figura señera de nuestro derecho penal, en su proyecto de 1960 sancionaba a la madre que para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o poco tiempo después. Esa fórmula —“poco tiempo después”— parece algo vaga, pero es más correcta que la actual de la “influencia del estado puerperal” y mereció la aprobación de la comisión revisora y consultiva de dicho anteproyecto, que integró con los profesores Peco, Ramos Mejía, Gavier, Frías Caballero, Frats Cardona y Loudet.

Y tanto más extraño es el mantenimiento de una frase que suscita incertidumbre si la misma ley 17.567, al describir el delito de abandono de personas por causa de honor, reprime en el artículo 107 a “la mujer que abandonare a su hijo poco tiempo después del nacimiento...”. Debía unificarse el criterio, eligiendo, por ser más razonable, el de abandono de personas y, consecuentemente, radiar lo del estado puerperal, que si se lo entiende como factor cronológico poco o nada aclara, ya que si para algunos el estado puerperal puede prolongarse hasta más de un mes, no se ve como durante ese lapso la madre puede ocultar el nacimiento. Y no olvidemos que el móvil de honor es lo único que atenúa este homicidio.

Los juristas que sostienen que la frase tiene un sentido meramente temporal, lo hacen por necesidad. Piénsese que si no se le adjudica ese significado, el privilegio se acordaría exclusivamente a la muerte dada durante el nacimiento, no cuando la criatura ya nació.

Sin embargo, toda esa discusión carece de mayor importancia, desde que, repito a fuer de cargoso, lo que realmente cuenta, lo que degrada el hecho del parricidio al infanticidio, es que la conducta de la madre esté decidida por el antes mencionado elemento subjetivo del tipo: el propósito de ocultar la deshonra, que el nacimiento del hijo ilegítimo haría pública. Por consiguiente, se reprochará infanticidio a la madre que mató al hijo con el propósito de ocultar la deshonra aun cuando no se hallara bajo la influencia del estado puerperal, y se reprochará homicidio a la madre que mató al hijo bajo la influencia del estado puerperal

sin alteración profunda de la conciencia, pero sin el propósito de ocultar la deshonra. Esta última conclusión no debe causar alarma, porque si se comprueba fehacientemente la influencia de ese estado, lo más probable casi seguro diría, es que la mujer actuara en un estado de trastorno mental transitorio con pérdida momentánea de su conciencia, y ningún Juez la condenará. No basta, pues, la muerte voluntaria del hijo durante o después del nacimiento, sino que debe concurrir una intención especial que esté fuera del proceso ejecutivo de delito, de los actos externos. Y esa finalidad de conservar incólume la buena reputación, la estima, la consideración, en una palabra la honra sexual como patrimonio moral de la persona, es lo que distingue el infanticidio del homicidio calificado por el vínculo.

En suma, como es necesario fijar un término cronológico a la acción de la madre, nada mejor hubiera sido que regresar a los tradicionales "tres días" o al "poco tiempo después" de Soler, en vez de conservar una fórmula propia de la ciencia médica y que a través de su vigencia, ha provocado discordias.

En los centros urbanos es muy difícil, por no decir imposible, que el nacimiento pueda permanecer oculto por más de tres días. En regiones apartadas de la cordillera austral la publicidad de la deshonra puede ser algo más tardía, y por eso que en el delito de abandono de personas "honoris causa" y en el proyecto de 1960 se acudió a una fórmula más amplia.

Dejo así formuladas, con la brevedad propia de estos actos, mis observaciones a la reforma en materia de infanticidio, y agradezco muy de veras tanto el honor que con su invitación me discernió la mesa directiva del Congreso como la atención que los presentes dispensaron a mi breve exposición.