

Buenos Aires, 8 de abril de 2008

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Anahí Tejerina en la causa Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado —causa N° 29/05—", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la queja. Intímese a la parte a que dentro del quinto día, efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa devolución de los autos principales. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (según su voto)- CARLOS S. FAYT (en disidencia)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA (en disidencia)- E. RAUL ZAFFARONI (en disidencia)- CARMEN M. ARGIBAY (según su voto).

ES COPIA

VO-//-

-//-TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I.
HIGHTON de NOLASCO

Considerando:

1. Que la Sala Segunda de la Cámara en lo Penal de la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy, condenó a Romina Anahí Tejerina a la pena de catorce años de prisión, por encontrarla autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (artículo 80, inc. 1° y último párrafo, del Código Penal). Contra dicho pronunciamiento, la defensa dedujo recurso de casación, que fue rechazado. Ello motivó un recurso extraordinario y, su denegatoria, dio lugar a la presente queja.

2. Que luego de la etapa de debate, la Sala II de la Cámara Penal de Jujuy tuvo por acreditado que el 23 de febrero de 2003, aproximadamente a las 8, la imputada dio a luz a una niña en el baño de la casa en que vivía y, luego de higienizarse, la colocó en una caja de cartón y la apuñaló en dieciocho oportunidades, provocándole diversas heridas que, al cabo de 48 horas, le ocasionaron la muerte no obstante los cuidados a que fue sometida en el hospital donde fue trasladada por la madre de la encausada.

3. Que en el recurso de casación, la defensa sustentó su queja en la supuesta violación, o errónea aplicación, de la ley sustantiva, expresando que se habría transgredido el principio *in dubio pro reo*, en virtud de que el Tribunal de juicio habría seleccionado, entre dictámenes periciales con conclusiones opuestas respecto de la imputabilidad de la encausada, aquel que permitió fundamentar la condena, desechando arbitrariamente —a juicio del apelante— el que hubiera conducido a la absolución. Alegó además que en el fallo atacado medió una errónea interpretación del artículo

34, inciso 1° del Código Penal, al desecharse el argumento defensivo basado en un error de tipo que eliminaba la responsabilidad dolosa de la enjuiciada, por cuanto la nombrada habría creído durante todo el decurso del *iter criminis* que estaba ejecutando un aborto. Finalmente, el resto de los agravios apuntó a la supuesta inobservancia de las normas procesales: la violación del derecho de defensa al no haberse notificado a la asistencia técnica de las entrevistas mantenidas con el fin de practicar un informe médico sobre el estado psíquico de Tejerina; la alegada falta de idoneidad profesional en la materia de uno de los peritos actuantes —el doctor Burgos—, que determinaría la nulidad del dictamen por él firmado de manera conjunta con las doctoras Sánchez y Hormigo; y lo que calificó como suspensión ilegítima de la audiencia de juicio, cuando el tribunal decidió pasar a cuarto intermedio hasta el día siguiente, luego de incorporar dos nuevas declaraciones, para que las partes pudieran analizar debidamente esas nuevas probanzas para elaborar sus alegatos.

4. Que el Superior Tribunal de Justicia local, rechazó el recurso interpuesto, por considerar que la sentencia apelada se ajustaba a derecho y a las constancias de autos. Asimismo, a través de un análisis puntual, descartó la posibilidad de que la decisión se fundara en una valoración arbitraria de las pruebas, argumentándose que los dictámenes periciales no resultan vinculantes, y valorando que el análisis del Tribunal de juicio al respecto se compadecía con los demás elementos reunidos en autos, en particular con el relato realizado por la imputada en ocasión de prestar declaración indagatoria, que resultaba incompatible con el estado psicótico alegado por la defensa. Respecto del argumento relativo a un supuesto "error de tipo", se sostuvo que tal invocación de la asistencia técnica no tenía mayor sustento y que, de todos

modos, aparecía desvirtuada por la declaración de la encausada —corroborada, como se dijo, por las demás pruebas— acerca de su efectivo conocimiento de la situación fáctica al momento del hecho. En cuanto a las tachas referentes a supuesta inobservancia de normas procesales, se dijo que las entrevistas médicas mantenidas con el doctor Padilla no requerían de control de parte ya que solo tenían por objeto un diagnóstico psíquico al momento del examen, y como no constituía estrictamente un acto pericial, no estaba sujeto a las formalidades propias de éste, recordando que, por otra parte, tal medida había sido ofrecida por la defensa como prueba a incorporar al debate, de modo que, de acuerdo con la ley ritual (artículo 166, inc. 2°, del Código Procesal de la Provincia de Jujuy), aparecía subsanada cualquier ausencia de notificación; que la designación del doctor Burgos fue debidamente notificada sin que la defensa ofreciera reparo alguno acerca de la designación, así como tampoco al presentarse el informe respectivo, que si bien dicho profesional es cirujano, había realizado estudios de postgrado en psiquiatría y medicina legal y forense, y suscribió el informe junto con dos especialistas en la materia psiquiatría; y finalmente, que el cuarto intermedio dispuesto por el presidente del Tribunal, atento a los motivos que lo inspiraron, se trató de una medida justificada y razonable, que no favorecía a ninguna parte en especial.

5. Que en la presentación federal el recurrente tachó de arbitrario el fallo, considerando que los agravios vertidos en el recurso de casación habían sido resueltos a través de afirmaciones meramente dogmáticas y autocontradictorias, sosteniendo su crítica a través de la afirmación de que dicho pronunciamiento contenía similares defectos que la sentencia condenatoria. El *a quo* rechazó dicha vía y, ante esa

denegatoria, tuvo lugar la presente queja.

6. Que el señor Procurador Fiscal brinda adecuada respuesta a los agravios del recurrente en el dictamen corriente a fs. 140/144, cuyos términos y conclusiones son compartidos por la suscripta, y a los cuales se remite por razones de brevedad.

7. Que sin perjuicio de ello, es dable señalar que la figura del infanticidio ha sufrido diversas supresiones e inclusiones a lo largo de la historia del Código Penal. En efecto, contemplada en la ley 11.179 (Código Penal de la Nación Argentina) fue derogada por primera vez a través de la ley 17.567. Posteriormente tal modalidad atenuada de homicidio regresó con la ley 20.509, pero fue nuevamente derogada con la ley 21.338. En 1984 reapareció a partir de las reformas del texto ordenado del Código Penal (decreto 3992/84) para finalmente ser derogada por la ley 24.410 (vigente desde diciembre de 1994), la cual abrogó hasta nuestros días el tipo penal de infanticidio.

8. Que resulta insoslayable que ese tipo penal pecaba de excesiva amplitud, ya que incluía en la atenuación de la pena a personas que no eran precisamente la madre de la víctima —en su caso, mediando estado de emoción violenta que las circunstancias hicieran excusable—, quien en definitiva era la única que se hallaba afectada por la posible influencia del "estado puerperal" —expresión ésta recogida en la norma— en la aparición de ciertas psicosis consecuentes al parto. A su vez, la atenuante estaba justificada además en razón directa al grado de intolerancia social para los embarazos "ilegítimos", de allí que en ambos supuestos —madre y parientes— debía estar presente el elemento subjetivo específico "...para ocultar la deshonra...".

9. Que podría afirmarse que las pautas morales que

inspiraron en su momento al legislador, sin dudas no son las actuales. Un embarazo fuera del matrimonio, en la generalidad de los casos, ya no escandaliza a nuestra sociedad. De allí que la nota de "ocultar la deshonra" aparece actualmente injustificable para atenuar la pena que correspondería a un homicidio calificado.

10. Que por otra parte, existe un elemento incontrastable, que ha sido citado de manera expresa en el debate parlamentario que dio lugar a la sanción de la ley 24.410, que derogó la figura a la que se viene aludiendo. En el dictamen respectivo, se hizo hincapié en que frente a la ratificación a través de la ley 23.849 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se sostuvo que el bien jurídico "vida" es superior a la protección legal de la honra de una mujer; que el homicidio de un recién nacido por parte de la propia madre —soltera o adúltera— bien puede ver atenuada la pena según las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, y hasta estar exento de pena por aplicación del art. 34 inc. 1° del Código Penal; y que la desaparición de la figura ha de abolir también el injustificado privilegio que la ley acordaba a los padres, hermanos, marido e hijos de quien diera a luz, extremo que resulta prácticamente aborrecible en esta época.

11. Que a nadie ha de pasarle por alto que existen cuestiones de carácter psicológico que pueden llegar a afectar a una mujer con posterioridad al parto. Pero ello no constituye causa eficiente para reflatar judicialmente la figura del infanticidio. En efecto, como se dijo la misma fue derogada mediante la ley 24.410, y tal como tiene reiteradamente decidido esta Corte, no existe ningún derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos, de manera que la modificación de una ley o reglamentación por otra posterior no origina cuestión cons-

titucional alguna (Fallos: 327:5002; 329:1586, entre tantos otros).

12. Que cabe recordar finalmente que, sin perjuicio de que no aparece cuestionada por la defensa la correspondencia entre la gravedad del hecho y el monto de la pena aplicada, lo cierto es que todo aquello vinculado con los tipos penales, y las escalas consecuentes previstas para cada figura delictual, es una materia propia del Poder Legislativo Nacional y, en consecuencia, cualquier posibilidad de modificarlas en el caso concreto escapa a la acción directa de la magistratura.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte a que dentro del quinto día, efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibimiento de ejecución. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO.

ES COPIA

VO-//-

-// -TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

I.

Luego de un juicio que llevó varios días, los integrantes de la Sala II de la Cámara Penal de Jujuy, dictaron sentencia en la causa seguida a Romina Anahí Tejerina por el homicidio de su hija, Socorro Milagros. Explicaron que los elementos de prueba discutidos durante el transcurso de la audiencia oral y pública resultaban suficientes para probar que el día 23 de febrero de 2003, cerca de las 8.00 de la mañana, Tejerina dio a luz a una niña de casi dos kilos en el baño del domicilio de su hermana Mirta, donde vivía hacía más de un año. Según pudo reconstruirse, luego de higienizarse, colocó a su hija en una caja de cartón y la apuñaló en dieciocho oportunidades atravesando la tapa con la hoja de metal. La niña fue trasladada al hospital por la madre de la imputada, y agonizó casi 48 horas hasta que se produjo su deceso a raíz de las múltiples heridas cortantes que le fueron inferidas.

El hecho así descripto fue calificado como homicidio agravado por el vínculo que prevé una pena fija de prisión o reclusión perpetua para quien matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge (artículo 80 inciso 1° del Código Penal); condena que, por otra parte, había sido la requerida por la representante del Ministerio Público Fiscal durante su alegato.

Después de situar el comportamiento de Tejerina en la figura del homicidio agravado, los jueces evaluaron las circunstancias previas y concomitantes al desenlace mortal, tras lo cual concluyeron que aquéllas disminuían el grado de reproche que merecía Tejerina. En tal sentido, tuvieron especialmente en cuenta la falta de contención y apoyo familiar

durante su infancia y adolescencia que confluyeron con diversos desórdenes psíquicos desencadenados durante el parto, que, si bien no habían provocado un estado de inimputabilidad, le dificultaron la aceptación de la niña que había dado a luz como su hija.

A partir de la evaluación de estos presupuestos entendieron que concurrían en el caso las "circunstancias extraordinarias de atenuación" previstas en el último párrafo del referido artículo 80.1 del Código Penal, y por lo tanto la pena debía graduarse dentro de la escala de ocho a veinticinco años, prevista, en su artículo 79, para el homicidio simple.

Finalmente, dentro de los límites de la escala atenuada, valoraron la gravedad del hecho y la situación personal de la imputada. De este modo, si bien los jueces, al decidir qué pena correspondía a Tejerina, partieron de la pena perpetua a prisión o reclusión, con la mediación de las particulares circunstancias que aminoraron la plena culpabilidad por el hecho, arribaron a la de catorce años de prisión como respuesta punitiva por el homicidio de su hija.

II.

La defensa, al recurrir del fallo, mantuvo la pretensión de que la acusada fuese absuelta y ninguna objeción introdujo, desde la perspectiva de la sentencia condenatoria, sobre la correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena impuesta. Cada uno de los agravios fue tratado por el Superior Tribunal Jujeño.

En efecto, los miembros del máximo tribunal provincial avalaron la decisión del tribunal de juicio de elegir, entre las pericias practicadas, aquella elaborada por los peritos oficiales que, a diferencia de la escogida por la defensa, concluía que Tejerina, al momento del hecho, com-

prendía la criminalidad de su conducta. Para ello tuvieron en cuenta no sólo que los auxiliares de la justicia tienden a un mayor grado de imparcialidad que aquellos propuestos por los involucrados, sino también que el informe oficial encontraba apoyo en otros medios de prueba, tal como el pormenorizado relato que hizo la imputada durante su indagatoria sobre las circunstancias en las que apuñaló a su hija, recuerdo que por lo detallado resultaba incompatible con un estado psicótico agudo. Por otro lado, tuvieron en cuenta que la perito de parte explicaba el estado psicótico que sufrió Tejerina como una consecuencia de la reviviscencia del ataque sexual que ésta denunciara, hecho que quedó desvirtuado al resultar sobreseído definitivamente el hombre que sindicara como el autor del delito al comprobarse que resultaba incompatible la fecha en que Tejerina situó la violación, con la edad gestacional de la niña que dio a luz.

Respecto del alegado error de tipo que la defensa argumentó en el sentido de que la acusada actuó sin dolo por creer que estaba quitando la vida a un embrión, es decir, por haber actuado en la convicción de estar cometiendo un aborto y no un homicidio, señalaron que la circunstancia de haber apuñalado al bebé, tal como la propia Tejerina reconoció al hacer su descargo, impedía la atención de este argumento, pues, de haber creído que había parido un feto, no podría explicarse la necesidad de asestarle luego las puñaladas. Además, agregaron que esta afirmación no había sido acompañada siquiera del más mínimo sustento probatorio.

El resto de los agravios, referidos a la inobservancia de las normas procesales, fueron también desechados. La supuesta violación al derecho de defensa por haberse omitido la notificación a la letrada de Tejerina de las entrevistas mantenidas por su asistida con el Dr. Padilla para practicar

el informe médico sobre su estado psíquico, no fue aceptada. Estimaron que en tanto no se trataba de un informe pericial no estaba sujeto a las mismas formalidades que éste, y, por otro lado, había sido ofrecido como elemento de prueba para ser incorporado al debate por la misma parte que ahora lo reputaba nulo.

Iguales reparos entendieron que merecían los cuestionamientos a la idoneidad del Dr. Burgos para participar de la pericia psiquiátrica. Recordaron que ninguna objeción hizo la defensa al momento de ser notificada de la designación de aquél para realizar la pericia encomendada, ni luego al ser presentado el informe. A todo ello adicionaron que el Dr. Burgos es cirujano, realizó posgrados en psiquiatría y medicina legal forense, y participó en la elaboración del dictamen pericial junto a dos especialistas en psiquiatría.

Finalmente dedicaron algunos párrafos a la alegada suspensión ilegítima de la audiencia de juicio. Al respecto señalaron que la decisión tomada por el Presidente del debate que luego de haber incorporado dos nuevas declaraciones, pasó a un cuarto intermedio hasta el día siguiente para que las partes pudieran analizar estas pruebas antes de los alegatos, resultaba razonable, y de ninguna forma podía argumentarse válidamente que ello fuera un intento de favorecer al ministerio público fiscal.

Como puede apreciarse el Superior Tribunal Jujeño trató cada uno de los agravios de la defensa de acuerdo a los lineamientos trazados en el precedente "Salto, Rufino Ismael s/ abuso sexual agravado —causa N° 117/04—" (expediente S.1482.XLI). Es decir, la sentencia dictada por el superior tribunal local cumple con el estándar constitucional vinculado al deber de asegurar a todo imputado el derecho a recurrir el fallo condenatorio y obtener un pronunciamiento de una

instancia ulterior sobre las impugnaciones que le formule.

III.

No obstante la exhaustiva revisión a la que ha sido sometida la decisión del tribunal de juicio por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Jujuy, la defensa interpuso recurso de apelación federal y, ante su denegación, ha planteado un recurso de queja ante esta Corte sobre la base de las mismas cuestiones de prueba y derecho común.

En este punto cabe recordar que, desde 1860, la Constitución Nacional contiene una distribución de las potestades judiciales federales y provinciales tal que esta Corte Suprema, como todo tribunal federal, carece de competencia (por la exclusión expresa hecha en el artículo 116 de la Constitución Nacional) para revisar las sentencias dictadas por los tribunales superiores de las provincias en aquellos casos que han sido resueltos sobre la base del derecho procesal provincial y de los códigos mencionados en el artículo 75, inciso 12, en los cuales se encuentra incluido el Código Penal. Esta restricción tuvo su correlato legislativo en 1863, cuando el Congreso dispuso que no podía dar lugar al recurso extraordinario federal las críticas de las partes sobre el modo en que los tribunales provinciales aplican "los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería" a los que aludía el entonces artículo 67, inciso 11 (hoy 75.12) de la Constitución Nacional (artículo 15 de la ley 48).

Avanzado el siglo XX, el Tribunal elaboró una jurisprudencia según la cual debía entenderse que no estaba en juego la interpretación de los códigos, sino la misma Constitución, cuando el fallo dictado constituía una decisión arbitraria. Sin embargo, esta doctrina, de todo punto de vista excepcional, no resulta aplicable a este caso, menos aún

cuando, como se dijo, la sentencia dictada por el Superior Tribunal de la Provincia de Jujuy ha hecho una consideración de todos y cada uno de los agravios o cuestionamientos que la defensa articuló contra el fallo condenatorio dictado por el tribunal de juicio, sin que esté presente el más mínimo indicio de que siquiera alguno de cada uno de los jueces y fiscales que intervinieron en el proceso haya actuado arbitrariamente, es decir, con el propósito de violar los derechos constitucionales de la acusada o imponerle una pena injusta o caprichosa.

Por lo tanto, y en base de lo que se lleva expuesto, no tratándose de una causa resuelta sobre la base del derecho federal, ni tampoco del excepcional supuesto en que la condena se hubiese dictado sin asegurar a la acusada un juicio justo, debe necesariamente concluirse que el caso está más allá de la competencia de esta Corte.

IV.

Sin embargo, la deliberación que ha tenido lugar en este Tribunal ha incluido una consideración novedosa, a saber: la necesidad de examinar si, más allá de las cuestiones propuestas por la defensa y que han sido consideradas en la sentencia del Tribunal Superior Provincial, puede haber en el caso alguna violación constitucional vinculada con el principio de culpabilidad. De ahí que, pese a lo expuesto en el considerando precedente resulte prudente examinar la condena impuesta a Tejerina desde la óptica que ha surgido del intercambio de opiniones en esta instancia.

En concreto, me refiero a la posibilidad de que la pena seleccionada por el tribunal de juicio, de alguna forma implique la imposición de una pena por encima de lo que la condenada merece, lo cual, en lenguaje del derecho penal se

expresa mediante el tecnicismo de que la pena excede la culpabilidad por el hecho. De acuerdo a esta hipótesis, en tanto la culpabilidad no sólo dicta el merecimiento de pena, sino también la extensión o cantidad de la pena que corresponde aplicar, imponer una sanción más allá de la cantidad merecida implicaría, además, una violación constitucional.

Ahora bien, ¿cómo puede esta Corte comprobar si la pena impuesta por el tribunal provincial va más allá de lo que la acusada merece? ¿qué regla puede usarse para "medir" si la proporción entre culpabilidad y pena es la exigida por la Constitución Nacional?

Para asegurar decisiones razonables en este terreno no hay métrica, sino procedimientos: lo que cabe y debe exigirse es el respeto riguroso del derecho a alegar y probar todo lo que pueda contribuir a que los jueces tomen una decisión sensata. Por eso, también debe exigirse que tales elementos de juicio tengan un peso en la decisión de los jueces y no sean simplemente ignorados en favor de una predeterminación caprichosa. Así, las elucubraciones dogmáticas que pretenden, cual si fuera una fórmula matemática, poner tasa a la culpabilidad, no son más que intentos de apaciguar la incertidumbre que sentimos frente a la inexistencia de un método capaz de medirla de forma exacta y unívoca.

En este caso debe decirse que la gravedad del hecho imputado a Tejerina ha sido cuidadosamente contrapesada por el tribunal de juicio con una completa consideración del contexto biográfico de la acusada y de su estado psíquico al momento de perpetrar el homicidio. Esta fue la ponderación que llevó, primero, a descartar la pena de prisión perpetua que, como regla, corresponde a la madre que mata a su hijo o hija.

Luego, esas consideraciones referidas a la capacidad de culpabilidad de la imputada también tuvieron peso para

establecer qué pena concreta correspondía dentro de la escala atenuada, pues entre el mínimo de ocho años y el máximo de veinticinco, el tribunal eligió la pena de catorce años. De otro modo, si los jueces hubiesen tenido en cuenta las circunstancias de reducción de la culpabilidad sólo para tener por configuradas las "circunstancias excepcionales de atenuación" y se hubiesen desentendido de ellas al momento de mensurar la pena, probablemente hubieran fijado un monto de prisión cercano al máximo previsto en el artículo 79 del Código Penal: veinticinco años.

Para dar aún más sustento a lo que se viene afirmando, resulta de suma utilidad incluir aquí algunos de los párrafos que dedica al punto la sentencia:

"Que de acuerdo a la prueba producida, existen circunstancias previas y concomitantes al momento del desenlace letal, que llevan a la encartada a cometer el homicidio de su beba recién nacida.

...Probablemente su estado emocional, antes y durante el ilícito perpetrado, era de un elevado nivel de tensión.

... Los desórdenes psíquicos lógicos motivados durante el curso del embarazo y el alumbramiento, fueron expuestos virtualmente en forma coincidente por las Dras. Mabel Sánchez, Teresa Hormigo y la Licenciada María Cabrera de Mora. De igual modo también se refirió la Licenciada María Teresa López de Fernández.

Las testimoniales de los profesionales intervinientes reflejan claramente lo mencionado, por ejemplo, la Dra. Mabel Sánchez nos dijo: "que hay una historia de violencia familiar, que tuvo relevancia en la posición que tomó por el embarazo. La procesada no tenía un referente de confianza, no llegó a comprender la significación de lo que es tener un hijo, todo iba dirigido a los fines de interrumpir el embarazo, la situación de la joven no era sencilla. También nos refirió que durante el acto, el llanto indica que lo esperado (nacer muerto) no estaba ocurriendo. Responde a una actividad imperativa —no podía dejar de hacerlo—. Tenía que matar lo que tenía vida, condicionada por el contexto mortífero en el que se desarrolló. El estado de gestación no debía ser conocido, salir a

luz, ya que todos los mensajes y respuestas que obtuvo tenían el sentido de la supresión de la vida, en este caso antes del suceso se sitúan las maniobras abortivas. El bebé es experimentado como un cuerpo extraño, siendo incapaz la joven de establecer una relación materno filial. No lo puede reconocer como un hijo. El acto delictivo fue el resultado psicogenético de una reacción secundaria a un desarrollo conflictivo.

Asimismo es importante destacar, que la falta de apoyo en cuanto a ayuda durante y después del alumbramiento, es un elemento que actuó como disparador de la conducta de la procesada.

Por las simples consideraciones precedentemente señaladas, entiendo que han quedado acabadamente expuestas, fundamentadas y determinadas las circunstancias extraordinarias de atenuación, que propicia la ley, concediéndole facultades discrecionales al Tribunal interviniente para aplicar una pena disminuida entre 8 y 25 años de prisión..." (Fojas 610/611).

Luego, dentro ya de la escala atenuada, a fin de mensurar la pena tuvieron en cuenta:

"la forma y modo en que se ejecutó el hecho, las secuencias ejecutivas, previas y concomitantes al momento del ilícito perpetrado. De la autopsia practicada a la víctima surge que fue objeto de múltiples heridas causadas por arma blanca, actuando este modo de ejecución, como un agravante en la estimación de la pena, desde que demuestra un total desprecio a favor de la vida.

Por otra parte, y como atenuantes, debo decir que la encartada carece de antecedentes policiales y judiciales...

Asimismo, debo mencionar aspectos como su condición socio-económica y cultural escasa, y la menor edad que contaba —19 años— al momento del ilícito..." (Fojas 611/611 vta.).

Como queda de manifiesto de los párrafos transcritos, los jueces que condenaron a Tejerina, en el proceso de elección de la pena, lejos de aplicar un estándar genérico y desvinculado de la medida de la culpabilidad, contemplaron su condición de mujer en estado puerperal, sus especiales carac-

terísticas de pertenencia a una condición socio-cultural que pudo haber disminuido su grado de autonomía, respetando a través de la valoración de estas diferencias, la aplicación ecuánime de la ley.

Corresponde agregar, finalmente, que resulta comprensible que luego de una sentencia de condena en un juicio penal surjan opiniones acordes y discrepantes con la cantidad de pena impuesta, y así, habrá quienes entiendan que la sanción es exagerada y otros que la consideren insuficiente. Ello es aún más entendible si se tiene en cuenta que —como se dijo antes— no existen formas infalibles para calcular y "medir" la cantidad de pena. Sin embargo, ninguna seguridad adicional de exactitud podemos proporcionar en esta instancia. Por el contrario, la falta de contacto directo con las partes involucradas y de intermediación con el entorno cultural donde se desencadenaron los hechos, así como también con la prueba producida en el marco del juicio oral que sirvió de base a la sentencia —que conocemos sólo a través del papel—, nos aleja de la pretendida infalibilidad que sin sustento razonable se nos atribuye.

Por todo lo expuesto, no dándose ninguno de los supuestos del artículo 14 de la ley 48, y por estricta aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la queja. Intímese a la parte a que dentro del quinto día, efectúe el depósito que dispone el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, a la orden de esta Corte y bajo apercibi-

-//-

T. 228. XLIII.

RECURSO DE HECHO

Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio
calificado —causa N° 29/05—.

-//-miento de ejecución. Hágase saber y archívese, previa
devolución de los autos principales. CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

DISI-//-

-//-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S.
FAYT Y DON E. RAÚL ZAFFARONI

Considerando:

1°) Que 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 como autora del delito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, inc. 1° y último párrafo, del Código Penal).

Al dictar sentencia, los integrantes de ese Tribunal tuvieron por acreditado que el día 23 de febrero de 2003, cerca de las 8 de la mañana, Romina Tejerina dio a luz a una niña en el inodoro de la vivienda de su hermana Mirta, donde vivía desde hace más de un año. La parturienta colocó luego a la beba en un caja de cartón y la apuñaló en dieciocho oportunidades, atravesando la tapa con la que la había cubierto. La víctima de estos hechos fue trasladada al hospital y falleció casi 48 horas después a raíz de las múltiples heridas cortantes que le fueron inferidas.

Contra dicho pronunciamiento, la defensa dedujo el recurso de casación, que fue rechazado. La asistencia técnica de la imputada interpuso, entonces, el recurso extraordinario previsto en el artículo 14 de la ley 48, cuya denegatoria dio lugar a la presente queja.

2°) Que en el recurso de casación, la defensa sustentó sus agravios en la violación o errónea aplicación de la ley sustantiva, que entendió que se verificaba respecto del art. 410, segundo párrafo, del Código Procesal local, norma que establece las reglas de la sana crítica para la evaluación de la prueba. Según se explicó, el tribunal utilizó este artículo en transgresión al principio *in dubio pro reo*, toda vez que entre dictámenes periciales con conclusiones opuestas

respecto de la imputabilidad de su defendida, aquél habría seleccionado el que permitió fundar la condena, desechando arbitrariamente el que hubiera conducido a la absolución. Alegó, además, que en el fallo impugnado se interpretó erróneamente el art. 34, inciso 1º, del Código Penal al descartarse el argumento defensivo fundado en la existencia de un error de tipo invencible basado en la creencia por parte de la imputada de estar realizando un aborto. Se agravió, asimismo, por la inobservancia de normas procesales: la violación del derecho de defensa, por no haberse notificado a la asistencia técnica acerca de las entrevistas mantenidas con el fin de practicar un informe médico sobre el estado psíquico de Tejerina; la falta de idoneidad profesional de uno de los peritos actuantes, lo que debió haber determinado la nulidad del dictamen firmado por él junto con dos profesionales más; por último, la ilegitimidad de la suspensión de la audiencia de juicio.

3º) Que el Superior Tribunal de Justicia local, rechazó el recurso interpuesto. Respecto del primer agravio, descartó la posibilidad de que la decisión se fundara en una valoración arbitraria de las pruebas al otorgarle preeminencia al dictamen pericial psiquiátrico oficial por sobre el peritaje de parte. Sobre el particular señaló que "la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que en la valoración de los informes periciales, corresponde privilegiar aquellos confeccionados por los peritos oficiales..." (fs. 861 vta.). Agregó que independientemente de ello, "en el caso concreto de autos, el dictamen pericial oficial encuentra fuerte apoyatura en otros elementos de prueba...que le permitieron al Tribunal...otorgarle mayor valor convictivo que al dictamen elaborado por la perito de parte". Al momento de

precisar cuáles eran esos elementos de prueba, el *a quo* consideró que "principalmente" se trataba de los "dichos de Tejerina en oportunidad de prestar declaración indagatoria quien, como bien analiza el Tribunal de juicio, realizó un relato coherente, detallado y pormenorizado de las circunstancias previas y concomitantes al hecho". Con cita de la obra de Vicente Cabello "Psiquiatría forense en el derecho penal" indicó que "(e)sta situación resulta por sí sola incompatible con un supuesto estado psicótico agudo que supone, necesariamente, momentos de alucinaciones, delirios, suspensiones y desórdenes en el pensamiento, escisión de la personalidad, etc.". Admitió que si bien el de la comisión del hecho ilícito y el de la declaración indagatoria son dos momentos distintos, la incompatibilidad con una supuesta falta de conciencia y comprensión —según los términos utilizados por el tribunal oral— se "patentiza al considerar que si en ese estado mental se encontraba en el primero, no se puede revivir en su relato posterior tantas particularidades de su conducta; tal estado, de haber existido realmente, no le hubiese permitido recordar las circunstancias vividas con tanta claridad y detenimiento". Por último, destacó que la perito de parte había fundamentado el origen de ese presunto estado psicótico en un supuesto ataque sexual del que fuera víctima, ataque que se encontraba descartado conforme la sentencia firme de sobreseimiento dictada a favor de quien fuera sindicado por Tejerina como su autor. Concluyó que los argumentos expuestos, sumados a la apreciación propia del Tribunal de juicio sobre las deposiciones en el debate de los peritos actuantes y sobre las que el sentenciante es "soberano" en su apreciación, justificaban "la veracidad atribuida por el *a quo* al dictamen pericial oficial". Sobre el supuesto "error de tipo" en el que habría incurrido la imputada, señaló que las

constancias del expediente corroboraban el efectivo conocimiento de la situación fáctica por parte de Tejerina al momento del hecho. En cuanto a la tacha de inobservancia de normas procesales, consideró que las entrevistas médicas mantenidas con el Dr. Padilla no requerían de control de parte, pues no constituían estrictamente un acto pericial; que la designación del Dr. Burgos —cuestionada ahora por su falta de idoneidad— fue notificada sin que la defensa ofreciera reparo alguno respecto de la designación y, finalmente, que el cuarto intermedio dispuesto por el presidente del Tribunal, constituyó una medida justificada y razonable.

4º) Que en la presentación federal la recurrente tachó de arbitrario el fallo, considerando que los agravios planteados en el recurso de casación habían sido resueltos mediante afirmaciones meramente discrecionales, dogmáticas y autocontradictorias. Su crítica se dirigió, principalmente, a demostrar que la decisión del *a quo* incurría en los mismos errores que la sentencia condenatoria. En primer lugar se refirió a la aplicación del artículo 410 del código procesal por sobre el principio *in dubio pro reo*. Así, indicó que la elección entre ambos informes periciales se había basado en consideraciones infundadas o insuficientes: la elaboración de un supuesto distingo entre peritos de parte y oficiales y la preeminencia de la opinión de estos últimos; la desestimación de la opinión de la profesional propuesta por la defensa a pesar de que su labor había sido más dedicada y, por último, el análisis contradictorio de la declaración de Tejerina, que consideró como coherente aun cuando en algunos aspectos se oponían a la realidad plasmada en el expediente. Insistió, asimismo, en la configuración de un error de tipo inevitable y en la inobservancia de las normas procesales ya mencionadas. El *a quo* rechazó el recurso y, ante esa denegatoria, se

interpuso la presente queja.

5°) Que los agravios de la recurrente suscitan cuestión federal para su examen en la vía elegida, habida cuenta de que no obstante referirse a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas como regla al remedio del art. 14 de la ley 48, tal circunstancia no configura óbice para invalidar lo resuelto cuando la decisión exhibe defectos graves de fundamentación y de razonamiento, que redundan en menoscabo del debido proceso y del derecho de defensa en juicio (Fallos: 315:801; 318:230; 317:832, entre muchos otros).

6°) Que, en efecto, en cuanto a la preeminencia que se le otorgó al dictamen pericial psiquiátrico oficial por sobre el peritaje de parte, el Superior Tribunal tergiversó de un modo ostensible la jurisprudencia de esta Corte, toda vez que le atribuyó expresamente la doctrina según la cual "en la valoración de los informes periciales, **corresponde privilegiar** aquellos confeccionados por los peritos oficiales, pues se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por otras similares a las que amparan la actuación de funcionarios judiciales (Fallos: 295:265)" (énfasis agregado).

Esta Corte jamás ha establecido dicha doctrina —por otra parte totalmente violatoria de la garantía de defensa en juicio e inconciliable con la finalidad misma de los peritajes de parte—, pues si bien tiene establecido que el informe del cuerpo Médico Forense debe considerarse como "asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantidas por normas específicas y por medio de otras similares a las que amparan la actuación de los funcionarios judiciales", no lo es menos que de allí la Corte no ha derivado que corresponda "privilegiarlos" al momento de

su valoración conjunta con los peritajes de parte (tal como señala el *a quo* con una —por lo demás— errónea cita de Fallos: 295:265 que corresponde, en realidad, al tomo 299). En este aspecto, entonces, se está ante un fallo que no satisface las condiciones de validez de las sentencias judiciales en cuanto establece como criterio sentado por esta Corte una doctrina que no es tal y cuyo principio general —que sólo se circunscribe a la imparcialidad de los peritos— fue instituida, por lo demás, en casos que no se compadecen ni guardan correspondencia alguna con el presente (conf. doctrina de Fallos: 321:3396).

7°) Que, sin embargo, el *a quo* considera, que independientemente de la pretendida argumentación mencionada en la que centró su rechazo, existen en el expediente "otros elementos de prueba" que le permitieron al tribunal oral otorgarle mayor valor convictivo al dictamen de los peritos oficiales. Siguiendo las razones invocadas por el tribunal oral, los magistrados se refirieron con exclusividad a la declaración indagatoria de la imputada, por cuanto allí había realizado un relato "**coherente, detallado y pormenorizado**" del suceso que no se condeciría con el estado de inculpabilidad esgrimido por la defensa (énfasis agregado).

En primer lugar, corresponde aclarar que, en rigor de verdad, el tribunal de juicio —a diferencia de lo que señala el superior tribunal—, no consideró dicha declaración indagatoria con el fin de dar preeminencia al peritaje oficial por sobre el de parte, sino lisa y llanamente para fundar la imputabilidad de Tejerina, toda vez que el peritaje oficial —si bien concluye en su capacidad de culpabilidad— carece de cualquier referencia al momento del hecho y es ese detallado relato lo único que remite a aquél.

8°) Que esta Corte tuvo oportunidad de pronunciarse

sobre un caso muy similar al presente en el año 1982 *in re* "Leconte de Salva". En dicho precedente, la imputada había dado muerte a sus dos pequeños hijos —si bien no durante el estado puerperal— y los jueces de la causa, de un modo idéntico al de los que intervinieron en el *sub lite*, consideraron que Leconte era "obvio que memoriza[ba] porque rec[ordaba] y lo hac[ía] porque vivió conciente el hecho", agregando que **"la fluidez, coherencia y razonamiento volcado por la acusada en las exposiciones conllevan la certeza de que quien las prestara era conciente de su conducta cuando consumaba el doble homicidio"**. Como puede observarse, se trata del mismo tipo de argumentación por el que el tribunal *a quo* arribó en la presente causa a la declaración de imputabilidad de la acusada. Cabe destacar que en dicho precedente ese razonamiento fue descalificado contundentemente por este Tribunal, ocasión en la que se expuso a las claras la diferencia que existe entre el conocimiento del acto ejecutado y su real comprensión o valoración. Por tal razón en dicha oportunidad esta Corte señaló que "tales consideraciones [las que se refieren a la coherencia en el relato posterior] no pueden... otorgar sustento a lo resuelto, por cuanto aluden **únicamente el plano del conocimiento de lo hecho** por parte del autor, sin mención alguna al plano valorativo, **tesis, que además de no coincidir con la doctrina más generalizada, no se encuentra fundada o posee un fundamento sólo aparente"** (Fallos: 304:1808; énfasis agregado). Estas consideraciones deben trasladarse sin más al *sub lite*, a las que pueden agregarse algunas otras reflexiones en el mismo sentido.

9°) Que, en efecto, en primer lugar corresponde señalar que en el presente caso el Superior Tribunal descarta a través de la alusión al relato pormenorizado de la imputada,

la existencia de un cuadro psicótico puerperal agudo al momento del hecho. Sin embargo, se trata de un razonamiento por demás simplificador y que no es más que un resabio de la ya superada tesis alienista (en la que también parecen enro- larse los peritos oficiales).

Tal como indica críticamente el célebre psiquiatra forense Vicente Cabello —citado de un modo descontextualizado por el a quo toda vez que en dicho pasaje sólo relaciona la ausencia de delirios y desórdenes del pensamiento con la pre- sencia o no de una psicosis aguda—, para el razonamiento alienista si "el sujeto presenta un cuadro mental no clasifi- cado de alienación...ha comprendido la criminalidad del acto, pudiendo dirigir sus acciones" (Cabello Vicente, *El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal ar- gentina*, La Ley, T. 123, pág. 1197 ss). La tesis según la cual si no hay delirio hay capacidad de culpabilidad, claramente combatida por Cabello en toda su obra, fue también rebatida ya en 1809 por el psiquiatra francés Phillipe Pinel cuando señaló: "creía que la locura era inseparable del delirio y la ilusión, y me sorprendió encontrar muchos maníacos que en ningún período dieron evidencia de alguna lesión del entendimiento" (Ph. Pinel, *Traite médico-philosophique sur l'allienation mentale ou la name*, Richard, Caille & Ravier, París).

10) Que, a su vez, es sabido que los jueces, como soberanos en la determinación de la apreciación de la capaci- dad de culpabilidad, no pueden atarse a la determinación de la existencia o no de una determinada categoría nosológica —en este caso la psicosis— y que, en el caso —como en todos— era su deber determinar si la imputada pudo o no comprender al momento del hecho la criminalidad del acto. Así circunscripto es claro, tal como se afirmó en el precedente de esta Corte de

1982, que tampoco el relato pormenorizado brindado por Tejerina con posterioridad al hecho puede conducir a afirmar sin más que quien lo prestara era **conciente de su conducta** cuando lo consumaba, toda vez que de ese modo se alude únicamente al plano del conocimiento de lo hecho por parte del autor sin mención alguna al plano valorativo, por lo que el argumento posee un fundamento sólo aparente (Fallos: 304: 1808).

En efecto, como se dijo, inferir de la circunstancia de que el sujeto haya captado correctamente en el plano intelectual el suceso, su capacidad de culpabilidad es confundir de un modo totalmente arbitrario los conceptos de saber y comprender, toda vez que lejos de lo que sostiene dogmáticamente el *a quo* pueden presentarse perfectamente alteraciones en el control ético de las conducta (esfera pragmática) pero sin trastornos intelectuales (esfera práxica), siendo la disfunción afectiva tan importante como la mental. Tal como sostiene la doctrina más generalizada se pueden manejar objetos cuya representación mental se posea y no manejarse adecuadamente los símbolos de éstos. La **"expresión comprender la criminalidad del acto del art. 34 del Código Penal no se identifica con capacidad de conocer teóricamente, esto es, de manera puramente intelectual"** (v. célebre voto de Frías Cabello en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nro. 1, enero-marzo de 1968, pág. 89; énfasis agregado). Vicente Cabello proporciona un ejemplo muy ilustrativo al respecto: "el delirante celotípico sabe que mata a su mujer, con qué y cómo la mata, pero yerra, y aquí está la falta de comprensión en cuanto al razonamiento que lo lleva a creer en la infidelidad de su mujer" (en *El concepto de alienación mental...*, pág. 1199); en efecto pueden "mantenerse" la indemnidad de las funciones intelectuales, [y presentarse] no obstante, "pro-

fundos y graves trastornos afectivos y volitivos" (Cabello, *op. cit.*, pág. 1201).

Un fallo no puede basarse en concepciones totalmente anacrónicas y en afirmaciones dogmáticas acerca de la determinación de la imputabilidad que no guardan conexión de sentido con el tratamiento que de estos temas realiza la doctrina especializada. Por ello la afirmación a la que se reduce todo el fallo según la cual si al momento del hecho la imputada no hubiera comprendido la criminalidad de su acto no "[hubiera podido] revivir en su relato posterior tantas particularidades de su conducta [pues] tal estado, de haber existido realmente, no le hubiese permitido recordar las circunstancias vividas con tanta claridad y detenimiento", no es más que una afirmación que sólo encuentra fundamento en la voluntad de quien la sostiene y que sin basamento alguno decide nada menos que sobre la capacidad de culpabilidad de una persona. Nuevamente: la lucidez en el relato posterior, en nada contradice la posibilidad de inimputabilidad del sujeto al momento del hecho. En efecto, "reacciones impulsivas endógenas, violentas, imperiosas, aberrantes y repetidas, pueden darse en personas...plenamente conscientes" (Vicente Cabello, *Impulsividad Criminal*, La Ley, T. 119 pág. 1261). Los procesos intelectuales pueden quedar indemnes y sin embargo configurarse la inimputabilidad, merced a la incidencia del componente cultural de la personalidad. El tribunal tampoco tuvo en cuenta, a fin de determinar la capacidad de culpabilidad, que el análisis del sujeto debe realizarse en forma concreta, lo que significa que debe tomarse en cuenta el contexto socio cultural en que se desenvuelve y la situación en que se produce el hecho que motiva el análisis como *ut infra* se detallará.

11) Que, en efecto, la afirmación dogmática de que

la imputada demostró con su relato "que supo lo que quería y lo que hacía", soslaya arbitrariamente —tal como se puso de relieve en el precedente de Fallos: 304:1808— la importancia de los trastornos en el plano de la afectividad. En ese sentido, no puede afirmarse que seres humanos tengan conciencia de sus acciones si se admite al mismo tiempo que tienen una afectividad alterada. A una persona que se la califica como alterada por su esfera de afectividad "desde el área de la psicopsiquiatría general" no puede "por arte de birlibirloque, al ingresar al campo de lo forense [metamorfosear] en sujeto punible, es decir imputable, colocando la totalidad del peso de la prueba de lo afirmado en el hecho de que posee un intelecto intacto pero también y paradójicamente, una afectividad alterada..." (ver Mariano Castex, *Ciencia y Derecho*, capítulo I, ed. Ad. Hoc, en prensa). Debe recordarse que esa afectividad alterada, sí fue puesta de relieve al momento de decidir la disminución de la pena por mediar "circunstancias extraordinarias de atenuación", pero en modo alguno se la tomó en cuenta previamente, es decir al determinarse la capacidad de culpabilidad.

En suma: la exclusiva alusión al detalle coherente en el relato, conforme el cual de no haber comprendido la criminalidad de su acto, la imputada "no hubiera podido revivir en su relato posterior tantas particularidades de su conducta" al que en definitiva se reduce toda la fundamentación acerca de la culpabilidad de Tejerina, no es más una mera afirmación dogmática que de ningún modo cumple con la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial y, que por sí sola —y unida a lo señalado en el considerando precedente—, alcanzaría para descalificar la sentencia impugnada.

12) Que, sentado lo anterior y a mayor abundamiento,

corresponde señalar que la afirmación de que "**el dictamen pericial oficial encuentra fuerte apoyatura en otros elementos de prueba...**que le permitieron al Tribunal...otorgarle mayor valor convictivo que al dictamen elaborado por la perito de parte", también resulta aparente. Ello, fundamentalmente, porque los otros elementos de prueba se circunscribieron al relato en la declaración indagatoria de la imputada —cuyo valor ya fue descalificado— **a la par que se soslayaron**, sobre todo a fin de determinar lo que ocurría en la esfera afectiva a nivel de imputabilidad, **varios extremos de trascendencia** presentes en la causa que, a su vez, condujeron a una arbitraria ponderación de los distintos peritajes.

13) Que en primer lugar, cabe referirse a los dictámenes periciales en sí mismos. La decisión tuvo como pilar un paupérrimo peritaje oficial en donde una situación tan compleja pretendió resolverse en poco más que una carilla (fs. 306). Por el modo en el que está elaborado se observa como el intento de hacer concordar los resultados con una posición condenatoria apriorística. En efecto, los expertos no han procurado en este caso, tal como era su deber, presentar a los magistrados el máximo de información.

Lo único que concluye el peritaje es que al momento del estudio —26 de diciembre de 2003 (10 meses después del hecho)— "no se constata(n) alteraciones morbosas de las facultades mentales ni insuficiencia de las mismas, ni indicadores de estado de inconsciencia hallándose el examen mental dentro de la normalidad para edad y medio socio cultural al que pertenece". Es decir se trató de una transcripción negativa del art. 34, inciso 1º, del Código Penal cuando, claramente, el acto pericial no puede reducirse a constatar un cierto estado psíquico al momento de llevarse a cabo, ni tampoco allí es donde debe atribuirse responsabilidad alguna.

En efecto, sabido es —como ya se mencionó— que la reserva de la valoración en cuanto a la capacidad de culpabilidad la mantienen los magistrados "relegando a la psicopsiquiatría forense a la tarea de explicarle el funcionamiento en el plano biopsíquico. Pero distinguir con claridad entre 'explicaciones de las ciencias' emanantes del campo pericial forense y la 'atribución de responsabilidad'" que emana de una Corte, es tarea harto difícil (conf. Mariano Castex, *op. cit.*). Si se piensa como en este caso "en algunos de los componentes que confluyen en la urdimbre que se conforma entre un acto pericial y la ulterior sentencia" si bien, en principio, el nivel pericial "elaborará sus respuestas en conformidad con el rigor metodológico que caracteriza toda ciencia... ello, no es tan así, cuando lo real que debe ser analizado, escapa en cierto modo al rigor estricto que impone la ciencia, permitiendo el ingreso de la subjetividad (en todo estudio de la psiquis, el sesgo, el prejuicio, la ideología y los márgenes de error están siempre presentes en mayor o menor escala)" (*op. cit, loc. cit.*). A su vez, en la interpretación del peritaje, lo anterior conduce "de manera indefectible a una dis o des interpretación del discurso pericial, ya por errores procedentes [del perito]...ya por factores que hacen al *ad quem* (el juzgador intérprete del discurso pericial)", tal como acontece en el *sub lite*. Poco interesan entonces, lamentablemente, "las condiciones en que tales interrogatorios se toman, menos aquello que se denomina pregunta sugerente" (sobre esta última cuestión, no debe olvidarse que la perito de parte señaló en sus observaciones que el examen realizado por los peritos oficiales Dres. Burgos y Hormigo consistió en un interrogatorio dirigido).

Por lo demás, de una simple lectura de la redacción del informe que elaboraron los peritos oficiales, se observa

que el peritaje parecía sólo encaminado a negar el estrés postraumático cuya configuración había afirmado la perito de parte. Estas conclusiones sin mayor argumentación parecen vislumbrar un claro sesgo en los peritos oficiales, en tanto "accede(n) o realiza(n) su labor guiados por un convencimiento previo sobre la totalidad o partes esenciales del fenómeno que evalúa(n) desde el abordaje propio de su ciencia y/o arte, desempeñando este sesgo un papel determinante tanto a lo largo del íter investigativo que desarrolla(n), como en la formulación de sus conclusiones y la manera de presentarlas al tribunal, siendo ello más grave cuando se asocia con la sugestión una forma de inducción inintencional e inconsciente que se produce a lo largo del armado de la arquitectura misma del acto pericial". Aquí el profesional "no busca saber qué pasó en la realidad, sino confirmar sus temores o convicciones, incorporando la información que es sugerida por terceros, sobre todo a través de los mass-media, produciendo 'errores' y/o confusión con lamentable frecuencia grave y extrema" (Mariano Castex, *op. cit.*). Tampoco debe descuidarse, que en este como en otros muchos casos, dichos dictámenes contienen enunciados absolutamente acientíficos, presentados bajo la forma de evidencia científica.

Asimismo, también es de extrañar que tanto por la distancia temporal entre el examen y el hecho cometido como por otros indicadores que los peritos mismos ponen de relieve en su dictamen, los profesionales no hubieran señalado el grado de relativo o muy relativo de sus conclusiones, "cuando tales conclusiones jamás podrán avanzar más allá de un grado de relativa probabilidad cimentada en baremos, con frecuencia de dudosa validación para el medio en el que se realizan tales estudios" (Mariano Castex, *op. cit.*). La propia Dra. Sánchez afirma en la audiencia de juicio que respecto de este tipo de

enfermedad mental, si se sigue a los autores que lo tratan "posibilidades hay de todo" (fs. 567).

Al respecto cabe recordar que "(c)uando se trate de casos penales que presenten razonables dudas respecto de la sanidad mental del autor, o bien cuando el delito perpetrado se aparte de lo común...el examen a que debe ser sometido el procesado no puede quedar librado al azar de una fugaz cuando intrascendente entrevista...Se da por sobreentendido que en estos casos el dictamen debe ser la resultante de un estudio exhaustivo del encausado..." (Cabello, *Psiquiatría Forense en el Derecho Penal*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 63). Es por demás elocuente, la siguiente percepción: "los peritos oficiales...en algunas oportunidades confunden su misión con la del acusador público [...] Por más repugnancia moral y aversión personal que les produzca el delito y su autor, en ningún caso el dictamen debe dejar traslucir esos sentimientos...Muy a menudo, los médicos legistas convierten sus escritos en libretos acusatorios..." (Cabello, *op. cit.*, pág. 68).

Por último cabe destacar —como se adelantó— que el peritaje en el que se basaron los jueces para arribar a una solución condenatoria, tuvo que complementarse necesariamente con el relato posterior de la imputada —como ya se dijo mal valorado—, pues no hubo ningún intento de reconstruir el estado de la psiquis de Tejerina al momento del hecho conforme el art. 34, inciso 1º, del Código Penal. En efecto, "(r)esulta muy común leer teorizadas pericias en las que el único ausente es el hecho incriminado" (Vicente Cabello, *Psiquiatría Forense*, pág. 70).

14) Que este endeble dictamen fue claramente sobrevalorado, desestimándose a la par —tal como se agravia la defensa— la opinión de la profesional propuesta por la parte,

sin considerar que también ésta debió reunir las condiciones de idoneidad y capacitación que las leyes exigen (sobre todo teniendo en cuenta que el tribunal lo descartó, principalmente, echando mano al argumento de la preeminencia del dictamen oficial, argumento *ut supra* descalificado). Desconocieron, así, que "la función del perito de la defensa no es la de alterar la verdad a favor del encausado, sino poner en evidencia, patentizar, o revalorizar, los aspectos positivos que en el cúmulo de las constancias sumariales han pasado desapercibidos o menospreciados" (Cabello, *Psiquiatría Forense*, pág. 68). Ningún miembro del Tribunal tomó seriamente el dictamen elaborado por la perito de la defensa, cuyo resultado —contrariamente a lo dicho por el *a quo*— como se verá encontraba, en todo caso, mayor apoyatura en las constancias del expediente. De este modo se omitió el estudio detallado de cuestiones esenciales e indudablemente conducentes para resolver la cuestión.

No se valoró, tampoco —tal como señala la defensa—, que en el peritaje de parte sí hubo un estudio exhaustivo y dedicado de la imputada. Esto puede concluirse de la cantidad de entrevistas que fueron realizadas por la Lic. Fernández en comparación con el único examen elaborado por los peritos oficiales en función de tres entrevistas en las que se alternaron. Al respecto el servicio penitenciario informa que Tejerina fue atendida por María Teresa López de Fernández —perito de parte— los días 28 y 29 de abril de 2003 y 2, 5 y 6 de mayo del mismo año; a su vez se realizó una interconsulta a la psiquiatra Dra. María Calvo, quien la atendió el 6 de mayo (su informe diagnóstico luce a fs. 185/188). A esas seis entrevistas personales —por lo demás, las más cercanas temporalmente a la comisión del hecho— debe adicionarse la presencia de la perito de parte durante el examen realizado por los

peritos oficiales —tanto el de los Dres. Teresa Hormigo y César Burgos como en el del Dra. Mabel Sánchez—, presentando el 10 de diciembre de 2003 un informe con la observación de las entrevistas psiquiátricas realizadas por ellos. En cuanto a la calidad de los dictámenes respecto de la información que la imputada pudo proporcionar, —otra vez en comparación con el exiguo dictamen de los peritos oficiales— es de destacar, entre otras cosas, lo dicho por la Lic. Liliana Burgos —profesional que se desempeñaba en el gabinete Psicológico del Servicio Penitenciario de Jujuy—, quien refiere que la interna pudo entablar con la Lic. Fernández un tipo de vínculo que redundó en la posibilidad de estudiarla con profundidad.

15) Que las constancias del expediente inadvertidas permitían abrigar cuanto menos una duda respecto de la postura absolutoria que se desprende del peritaje de parte. En efecto, mientras que la conclusión del *a quo* sólo se sostuvo en el "relato detallado de la imputada", se soslayaron inexplicablemente otros extremos presentes en la causa que debieron tenerse en cuenta; máxime cuando sólo en los dictámenes de la perito psicóloga de parte como en el de la psiquiatra con quien realizó la interconsulta, existían las únicas referencias tanto al momento del hecho, como a los previos y posteriores (es decir, respecto del periparto).

No se discute, tal como señala el *a quo*, que los jueces son soberanos en la determinación de la responsabilidad y que los peritajes no los vinculan, pero no es menos cierto que la decisión —como toda sentencia— debe ser motivada. Tal motivación no existió. En efecto, parecería que como del peritaje oficial surge que el sujeto no es un "alienado", entonces, a los efectos de abonar dicha conclusión se recurre al arbitrio de argumentar en contradicción con las constancias sumariales.

Es del todo claro que el enfoque psíquico presenta las dificultades propias de toda prueba de la existencia real del estado psicológico al momento del hecho. Como la pericia médica es siempre posterior, la prueba de la existencia o inexistencia del estado requerido se torna dificultosa, pero es por eso que debe estarse a lo que resulte más favorable al procesado.

Para ello debieron tenerse en cuenta la proximidad temporal de las entrevistas respecto del momento de la comisión del hecho, así como ciertas contradicciones entre los distintos estudios a los que fue sometida Tejerina. En primer lugar debió valorarse que los exámenes realizados con mayor proximidad al momento del hecho, no sólo fueron los de la perito de parte y la psiquiatra Calvo, sino también, el del psiquiatra de la Unidad Penitenciaria, Dr. Padilla (se trató de un informe técnico encomendado por la autoridad preventora). Allí, contemporáneamente con la perito de parte —13 y 28 de mayo de 2003— realizó una serie de test, con base en los cuales también diagnosticó un **estrés postraumático de tipo severo**. Y si bien ya no lo observa al 13 de junio del mismo año, en tanto la imputada no habría podido "curarse sin medicación", razón por la cual afirma que hubo una "equivocación" en el examen del 28 de mayo, lo cierto es que tanto él como la Dra. Hormigo —perito oficial— afirmaron durante la audiencia de debate que los síntomas postraumáticos a veces desaparecen solos (deposiciones, como todas las del juicio, que según el Superior Tribunal también fueron valoradas por el tribunal oral). En tales circunstancias, la apoyatura que lo dictaminado por la perito de parte, tuvo en el examen de un profesional que nada tenía que ver con la defensa y que luego se corrige de un modo no muy convincente, debía por lo menos haber sido valorada por el *a quo*. Algo similar ocurre con los

trastornos del sueño, la angustia y la ansiedad que se observaban en la imputada. Mientras que el Dr. Padilla advierte el 19 de febrero 2004 síntomas de ansiedad e insomnio, al igual que la perito de parte el 10 de diciembre de 2003 y que la Lic. Liliana Burgos del gabinete psicológico del servicio penitenciario de Jujuy el 25 de septiembre de 2003, los peritos oficiales descartan dificultades para conciliar y mantener el sueño en la misma época.

16) Que, por el contrario, muchas de las circunstancias que rodearon al hecho y que se utilizaron para fundamentar la responsabilidad de Tejerina no fueron tomadas en cuenta, **sino inversamente al significado que tenían**, verificándose entonces también aquí un supuesto de arbitrariedad.

Como ejemplo elocuente, puede citarse en primer lugar el modo en que fue valorada la falta de remordimientos e insensibilidad a la que se hace alusión constante en el expediente, así como la "frialidad" con la que se manejó Tejerina con posterioridad al hecho. Estos extremos no son considerados por la psiquiatría forense como "signos de normalidad" sino, por el contrario, como reflejo de una psiquis perturbada (sobre la importancia de "la insensibilidad" v. A. Noyes, *Psiquiatría Clínica Moderna*, Editorial La Prensa Médica Mexicana, págs. 437 ss.). La psicopatía [más allá de la discusión sobre su subsunción en el art. 34, inciso 1º, del Código Penal, se caracteriza, precisamente, "por defectos en el carácter y calidad de sentimientos, por pobreza de sensibilidad y anomalías del impulso y el temperamento" (Noyes, *op. cit.*, pág. 437). El psiquiatra pionero en el campo de la psicopatología, Harvey M. Cleckley, también se refiere a los rasgos de carencia de culpa, incapacidad para el amor, superficialidad emocional, egocentrismo, impulsividad, carencia de metas a largo plazo e inconstancia (en *The Mask of Sanity*, The

C.V. Mosby Co., Saint Louis, 1964).

En ningún momento se relacionaron estas circunstancias con los resultados del peritaje de parte, si bien el expediente se encontraba plagado de este tipo de referencias. Así, en su declaración indagatoria la imputada sostuvo que durante su embarazo "se quería desquitar con su familia, con todo lo que se le cruzaba" (fs. 92/93) y según el informe de "Antecedentes, Conducta y Concepto", Romina Tejerina se caracterizaba por un "carácter malhumorado" (fs. 85). De modo conteste, la asistente social refirió que "no quería que sus padres se enterasen y estaba de mal humor", que su hermana Erica le tenía temor y que con el embarazo el carácter de su hermana se puso peor. Su amiga también indicó que durante el embarazo Romina tenía "reacciones raras" (acta de debate a fs. 564). Se menospreció la importancia que en psiquiatría también tienen los trastornos del humor.

En lo que hace a su insensibilidad, el informe de los peritos oficiales (fs. 306) coincide en esa apreciación con el peritaje de parte, en tanto los profesionales indican que no se constatan "sentimientos de tristeza, minusvalía, ni autoreproche". La perito de parte refirió incluso que en un programa de televisión —en donde la imputada, claramente, podría haber querido mostrarse ante la opinión pública de otro modo— se la vio a Tejerina con total anestesia afectiva, insensibilidad, sentimiento de desmotivación e indiferencia acerca de los hechos de la vida (fs. 292/293). También según la asistente social su relato estaba desprovisto de emociones. Ese relato en forma de película sobre sucesos tan graves denotan para la psiquiatría forense una imposibilidad en la introyección de valores. Incluso el Dr. Padilla atribuyó al estrés postraumático —vaya si es importante— el "aplanamiento del afecto".

Sin embargo, como se señaló, estas pautas no fueron valoradas por el *a quo* como características de una personalidad anormal —tal como indica la doctrina especializada—, sino que sólo fueron tenidas en cuenta con un claro sesgo peligrosista.

Tampoco la "inconstancia" en el comportamiento de la que habla Cleckey fue tenida en cuenta como otro elemento conformador de una personalidad anómala. Al respecto, también el expediente tenía numerosas referencias: Romina fue una alumna repitente y tímida (fs. 230), tenía 19 años y repetía constantemente el secundario. Su nivel cultural era bajo, le costaba integrarse y tener amigos.

A ello debe agregarse que la ciencia forense atribuye este tipo de desorden a la influencia del entorno (Pri-chard, James C., *Treatise on insanity and other disorders affecting the mind*, ed. Sherwood, Gilbert & Piper, London, año 1835; citado en Bluglass R., Bowden P., *Principles and practice of Forensic Psychiatry*, Churchill Livingston, London, 1990: VI, 2, p. 437). También Kandinsky subrayó la influencia de las experiencias en los primeros años de vida, como factores causales de este tipo de desórdenes (v. *Estados Psicopáticos*, 1870). Es decir no sólo la insensibilidad se tomó en contra de la imputada, sino que en momento alguno se la relacionó con el entorno en que vivía como se verá *ut infra*. No se trata de una circunstancia menor, en tanto denota una incapacidad para vivenciar valorativa y afectivamente su obra. Por ello es aun más llamativo que estos extremos hayan coadyuvado a determinar su responsabilidad en el hecho.

Como segundo ejemplo de circunstancias que fueron tenidas en cuenta en contra de su significado científico, cabe mencionar la valoración de las características del hecho, que como afirman con generalidad los médicos forenses, hablan por

sí mismas. En efecto, tal como sugiere el juez Maqueda en su voto, la cantidad de puñaladas inferidas lejos de implicar una mayor comprensión de la criminalidad del acto —como señala el *a quo*—, denota, por el contrario, una grave perturbación, un desborde, evidentemente algo patológico y no una circunstancia que habilitaba un mayor reproche y severidad. En efecto, el proferir 18 puñaladas —21 según la necropsia— proporciona una idea de crueldad e impulsividad que debió ser tomada en cuenta por el tribunal a los fines de evaluar la capacidad de culpabilidad, así como también que el cuchillo del que se valió la imputada no fue procurado con antelación, sino que consistió en el medio que casualmente estaba a su alcance (ya se encontraba en el baño), circunstancia que lleva también a la idea de impulsividad. Sobre el particular cabe señalar que "un impacto emocional tan intenso" —en este caso el nacimiento inesperado del bebé que se patentizó en su llanto, en circunstancias extremas como *ut infra* se detallarán— puede provocar "una profunda perturbación de conciencia suficiente para impedirle la comprensión de sus actos, o, al menos la posibilidad de dirigirlos (art. 34, inc. 1°, del Código Penal), es así como el estado de inconsciencia puede emerger de ciertos estados emocionales excepcionalmente agudos, súbitos e intensos, como el llamado trastorno mental transitorio". Son características de ese tipo de trastornos "las reacciones impulsivas, bruscas, violentas, imprevistas" y el "intenso choque afectivo", así como la insensibilidad y el ser frío de ánimo (ver voto de Frías Caballero, publ. La Ley, T. 117, pág. 694). Se trata, sin lugar a dudas, de un hecho llamativo y caracterizado por una despiadada forma de comisión que debió ser correctamente valorado en toda su dimensión.

A su vez, el tribunal calificó al relato de Tejerina como coherente y pormenorizado, sin ponderar la contradicción

que implicaba —tal como se agravia la defensa— que en su declaración hubiera algunas referencias que no se condecían con la realidad de los hechos. Principalmente, la circunstancia de que la imputada sólo da cuenta de "dos puñaladas" en lugar de las dieciocho realmente inferidas. Este vacío mnémico, no fue ni siquiera mencionado por el *a quo* (cuando incluso la perito oficial había declarado durante el debate oral que hubo desnesia en la cantidad de puntazos). Esta circunstancia no debía subestimarse, sobre todo teniendo en cuenta que en estados tales como la emoción violenta (el que también pudo entrar en consideración), la amnesia es incompleta, toda vez que ciertos recuerdos pueden evocarse y otros no; se trata de una amnesia "parcelar y selectiva" (Vicente Cabello, *La amnesia como índice de inconsciencia en los estados de emoción violenta patológica*, Revista de Derecho Penal, EDIAR, 1951, pág. 375) y tal como indica el maestro de la psiquiatría "es obligación estudiarla" (*op. cit.*, pág. 377), lo que no se hizo en el pobre peritaje ni observaron tampoco los magistrados. Debió resultar, cuanto menos, llamativo, que el único acto que no se recordó en ese relato tan pormenorizado haya sido el que, precisamente, denotaba el arrebato.

De todo lo anterior se desprende que el tribunal *a quo* sólo amplificó la pobre categorización nosológica del peritaje oficial, sin referencias precisas a la valoración de la **conducta concreta**, cuyas características, por lo demás, fueron injustificadamente valoradas en su contra. Al respecto, no debe olvidarse que el art. 34, inc. 1° del Código Penal trata sobre la no punibilidad de una determinada "conducta" y no funciona con base en diagnósticos genéricos sobre patologías, a su vez, genéricamente calificadas.

17) Que también fue inexplicablemente subestimada la importancia del estado puerperal. Al respecto cabe aclarar que

más allá de la cuestionada derogación de la figura del infanticidio (derogada incidentalmente por la ley 24.410), lo cierto es que desde siempre se distinguieron los casos en los que se establecía la presunción de la figura del art. 81, inciso 2º, del Código Penal de los casos en los que mediaba una causa de inculpabilidad durante el mismo período (art. 34, inciso 1º, del Código Penal; ver por todos *Leyes Penales Comentadas*, bajo la dirección de Luis Jiménez de Asúa y José Peco, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946; Emilio F.P. Bonnet, *Medicina Legal*, T. II, 1980, ed. López, pág. 1212 ss.; así como también el debate parlamentario de la mencionada ley 24.410).

En efecto, el estado puerperal no es una mera *fictio iuris*, sino un real estado existencial de la mujer al dar a luz. Hay algunos estados previos que se exacerban por el embarazo o el parto "como fobias psicostevias o verdaderos estados de aberración, sin olvidar, por último, la psicosis puerperal" (Alfonso Quiroz Cuanrón, *Medicina Forense*, ed. Porrúa, Academia Mexicana de Ciencias Penales, 1977, pág. 642). Tal como indican en su ilustrativo estudio monográfico los Dres. Castex y Quintela, en la madre "a lo largo tanto del proceso como de la vivencia de la gestación de un nuevo ser, [se comprueban] modificaciones somáticas y psíquicas de trascendencia, las que cada día revelan en forma paulatina una extremada y creciente complejidad, sobre todo en el campo de la emotividad, de la conducta y de la conciencia" (*Apostilla a propósito del infanticidio*, Estudios del CIDIF, Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses dependiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, nro. 56, 2004, pág. 160). Es decir, ese estado no se circunscribe al parto y al momento inmediatamente posterior, sino a todas las circunstancias que lo rodearon, lo que podemos denominar epi-

parto o periparto.

Al descartar simplemente la existencia de una psicosis puerperal, el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que "en esta etapa del dar a luz tales alteraciones intensificadas pueden ofrecerse en un **amplio espectro** que corre desde las denominadas tradicionalmente psicosis puerperales hasta la existencia de trastornos depresivos de variable dimensión, y/o descompensaciones psicoemotivas, conductuales, y/o psicósomáticas, en donde se evidencian trastornos y disfunciones de la capacidad psíquica global, o de funciones peculiares de ésta", con consecuencias disímiles respecto de la capacidad de culpabilidad (Castex y Quintela, *op. cit.*, pág. 160; en el mismo sentido, Emilio Bonnet, *op. cit.*, págs. 1212 a 1230). Tales efectos, preciso es decirlo "se inician en la etapa final del embarazo...y al producirse la separación física del neonato del cuerpo materno, prolongándose hasta la *recuperatio ad integrum*" (Castex y Quintela, *op. cit.*, pág. 161).

Incluso se han detectado durante dicha etapa reacciones denominadas de "corto circuito", es decir reacciones que "se transforman directamente en actos sin la intervención de la personalidad total" (Vicente Cabello, *Impulsividad Criminal*, pág. 1259). Se trata siempre de "mecanismos reflejos susceptibles de encontrarse en cualquier comportamiento de emergencia, favorecido por ciertas personalidades deficitarias o desequilibradas" (*op. cit.*, *loc. cit.*), siendo posible que se cometiera el crimen con "cruel lucidez y naturalidad" (*op. cit.*, pág. 1260). No es, entonces, de extrañar que entre los pocos ejemplos que cita quien más estudió estas cuestiones se ubica al "infanticidio cometido por jóvenes madres" (Kretschmer, citado por Cabello en *Impulsividad Criminal*).

18) Que, de modo complementario, cabe señalar que, además, de las circunstancias fisiológicas y psíquicas espe-

ciales que se viven durante el puerperio y que pueden conducir a la ausencia de culpabilidad, el Tribunal también soslayó como constancia de la causa a fin de determinar la capacidad para delinquir de una mujer que acaba de parir —y no simplemente para determinar si se configuraban las circunstancias extraordinarias de atenuación previstas en el art. 80, último párrafo, del Código Penal—, las condiciones concretas en las que se enmarcó el hecho. A ese fin no deben descartarse "la angustia provocada por las circunstancias que rodearon el embarazo, al parto y a la situación de la infanticida frente al medio ambiente y a la sociedad", asimismo, "la investigación de la personalidad es de rigor:..., la psicopatía, el estado de instrucción, cultura, conflictos existenciales, desamparo moral y material, deben consignarse a título de **antecedentes o como factores predisponentes de inconsciencia**...teniendo siempre presente que el parto normal fisiológico no es capaz, por sí sólo, de acarrear inconsciencia" (Cabello Vicente, *En torno a la pericia psiquiátrico-forense del infanticidio*, La Ley T. 139, pág. 1172 ss; énfasis agregado).

Según las constancias del expediente, las circunstancias previas al desenlace de los hechos, es decir el modo en que Tejerina llegó a esa situación, no pudieron haber sido sólo valoradas como las presentes en todo estado puerperal (sobre todo, teniendo en cuenta las condiciones en las que se desarrollaron tanto el embarazo como el parto). Por lo demás, no se trató, claramente, de un parto normal ni siquiera desde el punto de vista fisiológico, como luego se detallará.

Conforme las constancias del expediente, el día 23 de febrero de 2003, Romina Tejerina intentó provocar un aborto cuando creía estar embarazada de aproximadamente cinco meses y, por lo tanto, la posibilidad de sobrevida del feto era

técnicamente nula. La imputada había mantenido su embarazo en forma oculta —sólo sabían de él su hermana menor y una amiga, quien refirió que Romina les ocultó el embarazo a sus padres por "miedo" (fs. 563 vta.)—; además no se había sometido durante su transcurso a ningún control ginecológico (ver historia clínica).

En cuanto al parto e inmediato homicidio, todo ocurrió en un baño que mide 1.25 m de ancho por 1 m de largo (fs. 2), en una vivienda que prestaban a la hermana mayor de Romina y en la que vivía desde los 17 años también junto con su hermana menor; las tres se mantenían con el sueldo que ganaba como docente la primogénita. Ésta, pese a la convivencia, ignoraba que su hermana estuviera embarazada.

Ya esta Corte en el año 1939 —si bien para aplicar el mínimo de la pena por infanticidio—, tuvo especialmente en cuenta "el mal ambiente moral en que la procesada ha nacido y se ha criado; el estado de miseria en que vivía...sin saber donde podía ir, situación crítica que, agravada por los efectos de su estado puerperal, pudo inducirla al mal paso, en ausencia de control de sentimientos morales y siquiera de un rudimentario desarrollo intelectual, de que carecía..." (*in re* "Sumigual Genoveva Hermelinda", publ. en JA T. 69, pág. 252; en el mismo sentido el Código Penal Italiano en su art. 578 regula la figura del infanticidio en condiciones de abandono materiales y morales).

Por lo demás, se trata de una primeriza de 19 años. El dato no es menor si se tiene en cuenta, por ejemplo, que uno de los fundamentos que utilizó la Suprema Corte de los Estados Unidos para considerar inadmisibles la pena de muerte en menores —caso "*Roper vs. Simmons*", U.S. Supreme Court: No. 03-633, del 1° de marzo de 2005— fue la conclusión a la que arribaron los jueces luego de examinar la información que

habían presentado la Asociación Médica Americana, la Asociación de Psiquiatras Americanos y otras instituciones prestigiosas del país. Allí se señalaba que el cerebro de los menores de edad —hasta los 19/20 años— no se encuentra completamente desarrollado en regiones claves **para la valoración y control de las conductas y la toma de decisiones.**

La imputada no tenía, además, "ningún referente de confianza, no llegó a tener la significación de que iba a tener una hija; todo iba dirigido para interrumpir un embarazo, no había otra posibilidad para ella de que el bebé nazca muerto y carecía de medios para solicitar ayuda" (v. declaración de la perito oficial Sánchez durante la audiencia oral a fs. 566 vta.). Los intentos de aborto frustrados —de los que se da cuenta en todo el expediente—, bien pudieron desencadenar una perturbación grave de la psiquis al momento de los hechos que impidió que comprendiera la criminalidad del acto, tal como señala su defensa técnica. En efecto, es llamativo el hecho de que, contrariamente, a lo que es el instinto natural —tanto en animales como en personas— la parturienta no haya querido ni siquiera ver a la recién nacida. Otros extremos —como ya se señaló— también parecen indicar que se trató de una conducta arrebatada e impulsiva —un estallido dramático— y que puede explicar que —tal como sucede en esos cuadros— la comprensión sea posterior y se pueda describir perfectamente el hecho.

Es imposible no representarse un estado de importante y grave desequilibrio en quien da a luz por vez primera, casi como un animal, sentada en un inodoro, sin ninguna clase de asistencia y en condiciones de total falta de asepsia. Tejerina ocultó su embarazo durante su transcurso, se encontró durante el inesperado parto privada de medios asistenciales y farmacológicos y en ese momento, ni siquiera, al reclamar la

ayuda de su hermana, obtuvo respuesta alguna.

19) Que esa situación de por sí ya desequilibrante, se agrava aun más si se tiene en cuenta que se trató de un llamado "parto en avalancha". Al respecto resulta esclarecedor lo informado en el conocido juicio criminal seguido a Karina Herrera Clímaco en El Salvador del año 2002. En dicha oportunidad el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses (CIDIF) emitió un serio dictamen que contenía elementos de gran importancia, respecto de ese tipo de parto, cuya particularidad en el *sub lite* pasó totalmente inadvertida. En el caso salvadoreño se consignó que se trataba de "un parto complejo y realizado en masa o block [conocido como en avalancha] lo que implica salida en conjunto de feto, placenta y cordón unidos, acompañado de desgarros genitales..."; que se "produjo el desprendimiento de la placenta y cordón unidos, siendo lo habitual que una vez salido el feto, se ligue y corte el cordón, desprendiéndose luego de transcurridos algunos minutos, la placenta..."; que "el parto se realiz(ó)...en total soledad de la parturienta, y carencia de apoyo médico o de terceros...". Y tal como ocurre en el *sub examine* no existió reflexión alguna por parte de los forenses en cuanto a lo que implica parir a "un naciendo arrastrando en casi avalancha (no olvidar que el parto fue en bloque) tras sí, cordón y placenta...bajo el dolor de un proceso en curso patológico, sin ayuda alguna". Tal como se determinó en el informe mencionado "(n)o se ha tomado en consideración el estado psíquico de la condenada en los momentos que rodearon al hecho y en las peculiares circunstancias en que se hallaba. Ello implica ignorar por completo la extensa bibliografía especializada al día, en torno al estado mental propio del parto tanto normal, como patológico en todas sus dimensiones"; "nadie parece haber intentado reconstruir el psiquismo de la

madre durante el desarrollo del parto, omitiéndose en consecuencia intentar interpretar la conducta de la misma a la luz de los aportes tanto clásicos como actualizados de los estados psíquicos propios de las embarazadas, máxime si son solteras, en estados de parto y puerperales y, peor aún, pariendo en soledad. Cabe preguntarse al leer la causa, si se tuvo en cuenta que la acusada era un ser humano con sus niveles corpóreo, psíquico y espiritual o simplemente un objeto al estilo del mejor clasicismo penal". Volviendo al *sub lite*, las únicas que intentaron reconstruir el psiquismo de la madre fueron la perito de parte, la psiquiatra con la que se realizó la interconsulta y, de algún modo, la asistente social. Nada de ello fue tenido en cuenta por el tribunal.

20) Que a esas condiciones y sólo de modo complementario en cuanto a la conformación de la esfera afectiva —de la que el dictamen de los peritos oficiales no dan cuenta— y que puede conducir a la inimputabilidad, corresponde señalar que tampoco se valoró la relación de la imputada con su propia madre, quien fue finalmente la que llevó a la recién nacida al hospital. De las constancias del expediente surge que la madre de Tejerina la echó de su casa y la volvió a rechazar cuando intentó volver porque su hermana mayor le pegaba. De este modo también se desconoció la importancia de la evocación de la relación madre-hija al momento del puerperio, cuando ya de por sí hay una mayor vulnerabilidad psíquica (dichos extremos pueden verse claramente expuestos en la obra de JM Darvs-Bornoz, P. Gaillard y A. Degiovanni, *Psychiatrie et grossesse: la mere et l'enfant*", Encycl. Med, CHir , 2001, pág. 7).

No está en discusión el efecto del maltrato causado en la infancia temprana en el ulterior desarrollo de conducta antisocial en el adulto (de la matriz materna a la matriz

social). Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la noción de pertenencia a la familia o a un grupo, cuando coexiste con la noción de la identidad personal, da seguridad y cierta estabilidad a la personalidad (Zac Joel, *Psicopatía*, Ed. Kargie-man, Buenos Aires, 1973, pág. 12). Esta estabilidad, según puede observarse en el expediente, no se configuraba en absoluto, circunstancia que también fue ignorada al valorarse la prueba. Asimismo no se consideró a los fines de la imputabilidad, la importancia de las figuras parentales frustradoras de la niñez; tampoco la incidencia de la falta de afecto y de la severidad de los padres. De este modo se desconoció arbitrariamente a los motivos ambientales como factores etiopatogénicos.

Se trata aquí de una adolescente que según el informe de la asistente social tenía "padres rectos y estrictos que admitieron haberle pegado a Romina" mientras vivía con ellos. La propia imputada refiere que "la madre le pegaba feo y su papá la agredía con palabras". En el procesamiento de Tejerina se dejó asentado expresamente que se vivía en su familia un clima de violencia y se definió a la figura materna como "dominante y represora" y a la figura paterna "evasiva, que delega la autoridad en la figura materna, quien la ejerce muchas veces a través del castigo físico". También los peritos oficiales Hormigo y Sánchez aluden durante la audiencia oral a la violencia física que se vivía en la familia (fs. 567). Con respecto a la noción clave de pertenencia, cabe recordar que los padres rechazaban claramente a Romina, pues tal como refiere la asistente social "cuando también le pegó la hermana mayor quiso volverse con sus padres, pero ellos la llevaron nuevamente a la casa de su hermana", no obstante conocer dicha situación. También destacó que tampoco su hermano la quería. Se trataba, sin lugar a dudas, de una familia desnucleada.

21) Que cuando hay diferencias entre los resultados de los dictámenes periciales, el punto no se resuelve por un simple recuento de votos, sino mediante el examen de las razones dadas por una u otra opinión. En el peritaje oficial —tal como se vio— no se consignan razones explícitas, sino que sólo se presenta una determinada clasificación nosológica —en abono de esta conclusión, pueden mencionarse las declaraciones del perito oficial César Burgos que sólo descarta la psicosis y de la perito oficial Sánchez, que si bien afirmó que había indicadores psicopatológicos no observaba delirios— (fs. 566 vta.).

Dejando de lado la remisión "al relato posterior de la imputada", ya descalificada, no hay otra constancia en el expediente que permita abonar —sin resquicio para la duda— la imputabilidad de Tejerina. Por lo que puede observarse, resulta inexplicable, teniendo en cuenta la cantidad de extremos no valorados por el Tribunal, que las constancias de la causa conduzcan, entonces, a dar "mayor valor convictivo" al peritaje oficial que al de parte.

22) Que, por otro lado, el *a quo* descalifica las conclusiones de la perito de parte, por cuanto fundaría el estado de inimputabilidad como consecuencia de un ataque sexual no probado. Sin embargo esta afirmación no es más que una valoración parcializada de la prueba, toda vez que la perito no basa exclusivamente en esa situación las conclusiones a las que arriba; no se trata en absoluto de la única premisa en la que asienta su diagnóstico.

23) Que, en conclusión, si bien el *a quo* justifica la veracidad atribuida por el tribunal oral al dictamen pericial oficial, existe un salto lógico en ese razonamiento, toda vez que, los peritos en ningún momento se expidieron sobre el momento del hecho. No se puede predicar entonces sobre él su

verdad o falsedad. Por tal razón, sólo entienden configurada la capacidad de culpabilidad con base no en el peritaje —tal como enuncian—, sino —como tantas veces se afirmó— en el relato pormenorizado de la imputada durante su declaración indagatoria. Por lo tanto, cuando los magistrados del Superior Tribunal afirman que el *a quo* no tenía razones para apartarse del peritaje oficial, resulta por demás complejo entender, sin referencia alguna al momento del hecho, qué significa tal conclusión.

El razonamiento se elaboró, entonces, en dos pasos: en primer lugar el realizado a partir del dictamen de los médicos que, enrolados en el positivismo criminológico, habían considerado que si no hay alienado no hay inimputabilidad; el segundo cuando concluyeron que si bien ese análisis no tuvo en cuenta cómo se encontraba la imputada al momento del hecho, su relato posterior "patentizaba" su saber, lo que llevaba a la afirmación de la existencia de la capacidad de culpabilidad.

La condena debe ser revisada, no sólo por la endeblez y pobreza del material pericial médico, sino también por la dimensión de duda que arrojaban las constancias del expediente y que no fueron tenidas en cuenta. Tal como indica, nuevamente, Vicente Cabello: "(e)l juez no debe simplemente hacer suyo el dictamen pericial o apartarse de él sin fundamento serio..." (*El concepto de alienación mental...*, pág. 1201) y es claro que ese fundamento no existió. La mera inclinación dogmática hacia lo que presuntamente se desprendería del peritaje oficial no configura en modo alguno el cumplimiento de la debida fundamentación que debe contener una sentencia judicial. Por lo demás, el *a quo* omitió ponderar sin dar fundamentos suficientes —o merced a fundamentos erróneos— el dictamen de la perito de parte de cuyo informe se desprende la conclusión contraria, sin expresar concretamente las

razones que autorizarían esa actitud frente a lo exhaustivo del informe y su incidencia en la solución de la causa. Las referencias a los dichos de la imputada durante su declaración indagatoria no bastan para justificar la prescindencia de las conclusiones científicas en materia tan especial como la debatida en el *sub lite*. En suma, si bien el *a quo* ha expuesto las razones que condujeron a dar mérito al informe realizado por los peritos oficiales, éstas no fueron conformes a pautas establecidas doctrinaria, ni jurisprudencialmente, ni tampoco conformes a las constancias de la causa.

24) Que, como se señaló, existen graves defectos en la valoración de la prueba, cuya relevancia decisiva —en muchos de los casos— para dirimir la controversia planteada, invalidan a la sentencia recurrida como acto jurisdiccional e imponen su descalificación conforme a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad (Fallos: 311:1438; 312:1150, entre otros).

Estas deficiencias en la fundamentación en las que incurrió el *a quo* invitan a una reflexión: "o se construye sobre un puro derecho penal de seguridad social o sobre un derecho penal espiritual construido sobre la base del principio de culpabilidad" (Frías Caballero, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nro. 1, enero-marzo de 1968, pág. 93). No puede admitirse que se intente combatir con derecho penal al desamparo.

Todo lo expuesto, exime a esta Corte de pronunciarse con relación a los restantes agravios.

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con

T. 228. XLIII.

RECURSO DE HECHO

Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio
calificado —causa N° 29/05—.

arreglo a lo resuelto en el presente. CARLOS S. FAYT - E. RAUL
ZAFFARONI.

ES COPIA

DISI-//-

-//--DENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON JUAN CARLOS MAQUEDA

Considerando:

1°) Que, la Sala Segunda de la Cámara 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 penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, inc. 1° y último párrafo, del Código Penal).

2°) Que, en contra de dicha condena la defensa de Tejerina dedujo recurso de casación con base en el motivo de violación o errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que, a su criterio, el tribunal de juicio habría dejado de lado el principio *in dubio pro reo* al descartar el dictamen que a su criterio demostraría que Tejerina era inimputable al momento del hecho, razón por la cual correspondía su absolución.

Asimismo, y con el mismo motivo, consideró errónea la interpretación que se adjudicó al art. 34, inc. 1 del Código Penal para descartar la existencia de un error de tipo sobre la naturaleza del sujeto pasivo y que llevó a la imputada a creer que había provocado un aborto en lugar de un homicidio.

Que con fundamento en la inobservancia de las formas procesales, entendió que se vulneraron las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, al no haberse notificado a la defensa de las entrevistas mantenidas para una evaluación psiquiátrica de Tejerina, la falta de idoneidad profesional de uno de los peritos, y la ilegítima postergación de los alegatos en violación a normas instrumentales locales.

3°) Que, el Superior Tribunal de Justicia local,

rechazó el recurso de casación por considerar que la decisión atacada se ajustaba a derecho y conforme a las constancias obrantes en la causa, descartándose cualquier valoración arbitraria de los elementos de prueba que la descalifiquen como acto jurisdiccional válido. Asimismo desestimó el alegado error de tipo que la defensa había introducido, y en idéntico sentido se expidió sobre los agravios relativos a los vicios *in procedendo*.

4°) Que, oportunamente, la defensa interpuso recurso extraordinario federal, en el cual sostuvo la arbitrariedad del fallo, considerando que el tribunal había contestado sus agravios con meras afirmaciones dogmáticas y autocontradictorias, conteniendo dicho pronunciamiento similares defectos que la sentencia condenatoria. Que, al denegar el *a quo* su concesión, se presentó esta queja.

5°) Que, el recurso es formalmente procedente pues las cuestiones debatidas en el *sub lite* guardan relación directa con el principio constitucional de culpabilidad, pues, se trata de determinar si el reproche de culpabilidad, resulta desproporcionado a la luz de la doctrina de la arbitrariedad.

Asimismo el recurso fue interpuesto contra una sentencia definitiva, contraria a las pretensiones del recurrente, emitida por el superior tribunal de la causa.

6°) Que, conforme lo ha sostenido esta Corte la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia

moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853-1860.

De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor (considerando 37, Fallos: 328:4343).

Dado que el ser humano jamás es completamente autodeterminable, toda acción responde a un cierto grado de autodeterminación y, por consiguiente, merece un cierto grado de reprobación. En un determinado punto, el juez debe valorar que ya no hay exigibilidad, aun cuando reste un grado de autonomía que por su exigüidad lo considere jurídicamente despreciable, por resultar irracional la exigencia de comprensión a los efectos punitivos. Esto es precisamente la inimputabilidad y la consiguiente inculpabilidad de la persona actuante. Pero cuando ese límite no se ha tocado a juicio del juez, o sea,

cuando el ámbito de autonomía no está tan reducido, igualmente siempre se actúa en un ámbito cuyo margen de autonomía debe ser mensurado, porque el reproche de culpabilidad -y la consiguiente pena- debe adecuarse a éste; de lo contrario se incurre en una violación del principio de culpabilidad (se aplica una pena sin culpabilidad en la medida en que excede la cuantía de ésta).

Este es el problema que se plantea en la sentencia traída ante esta Corte, en la cual se ha establecido -de modo no revisable por ésta- que no se ha alcanzado el límite de la inimputabilidad.

7°) Que en efecto, la interpretación que se hace respecto del ámbito de autonomía moral de la condenada es insuficiente y lesiona las disposiciones constitucionales, pues termina por imponer una pena que resulta inadecuada al reproche jurídico penal que se le puede formular.

8°) Que para establecer la medida de la autonomía de la persona en el momento del hecho el juzgador no está limitado a lo que le informen los peritos, sino que bien puede incorporar datos que pertenecen, además, al dominio del conocimiento público, la lógica y la experiencia común. A este conocimiento pertenecen los efectos que sobre la psiquis de la gestante produce el embarazo y el parto, que relevaba legalmente el derogado tipo de infanticidio en la referencia al "estado puerperal". Sin llegar a episodios psicóticos ni a la llamada "psicosis puerperal", exista o no como entidad nosotóxica o sea manifestación de otras patologías agudizadas con el parto, lo cierto es que el embarazo genera cambios biológicos con efectos sobre el psiquismo que son constatados médicamente y que suelen provocar trastornos depresivos, de ansiedad y psicotraumáticos, como también conducir al suicidio.

9°) Que así algunos autores nacionales han sostenido que el estado puerperal tiene un significado temporal (Soler, Fontán Palestra). Por su parte Núñez señalaba que se trataba de un estado fisiológico-psicológico con un significado temporal subsidiario, ya que su término es variable e inseguro, afirmando que las alteraciones fisiológicas con influencia psicológica que el parto y el posparto pueden originar, es algo que los juristas, los tribunales y la ciencia no niegan (Núñez, Ricardo, Derecho Penal, Tomo III, Parte Especial, págs. 120/137, Bs. As.-Córdoba, Lerner, 1976; Breglia Arias, Código Penal y Leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, pág. 276 Editorial Astrea, 1994).

10) Que, más allá de la discusión en la comunidad psiquiátrica sobre las especificidades del estado puerperal respecto de otros desórdenes mentales, los especialistas señalan que la depresión posparto puede dividirse en tres categorías generales. La primera denominada postpartum blues que típicamente comienza a pocos días de dar a luz. Ella se da entre el 50 y 80% de las madres. Sus síntomas son insomnio, fatiga, llanto, irritabilidad, es temporal y usualmente desaparece a los pocos días o semanas.

La segunda categoría es la depresión posparto que se caracteriza por una depresión clínica durante semanas y meses después del parto. Este tipo de patología se da entre un 10% a 20% de la madres. Sus síntomas incluye llanto, fatiga, ansiedad, sentimientos inadecuados a su rol de madre, ataques de pánico, pérdida de interés respecto de actividades usualmente placenteras, pérdida de apetito, disturbios en el sueño, dificultad para tomar decisiones, excesiva culpa y pensamientos suicidas. Otros estudios han incluido dentro de este estadio síntomas tales como nerviosismo, pensamientos compulsivos, inhabilidad para lograr concentración, así como

pérdida de interés en actividad sexual.

Finalmente, en la tercera categoría, sufrido por un pequeño porcentaje de mujeres experimentará episodios de psicosis, es la más severa, y se caracteriza por presentar alucinaciones o delirios, severa depresión y deseos de suicidio,

(BEYOND ACCOMODATION: RECONSTRUCTING THE INSANITY DEFENSE TO PROVIDE AN ADEQUATE REMEDY FOR POSPARTUM PSYCHOTIC WOMAN.

Jessie Manchester En Journal of Criminal Law and Criminology (2003); FILICIDE AND MOTHERS WHO SUFFER FROM POSTPARTUM MENTAL

DISORDERS Abigail Wong, En Michigan State University Journal of Medicine & Law (2006); A MYSTERY OF MATHERWOOD: THE LEGAL

CONSEQUENCES OF INSUFFICIENT RESEARCH ON POSTPARTUM ILLNESS Por Lindsey C. Perry En Georgia Law Review (2007).

Sobre mayores referencias sobre este desorden mental post parto ver en sentido coincidente a Emilio Bonnet, *Medicina Legal*, Buenos Aires, 1980, II, págs. 1226-1286; Mariano R. Castex-Hernán Quintela, *Apostilla a propósito del infanticidio*, Estudios del CIDIF, Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses dependiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, nº 56, 2004, y a C. Simonin, *Medicina Legal Judicial*, Barcelona, 1973, pág. 273; también Alfonso Quiróz Cuarón, *Medicina Forense*, México D.F., 1977, pág. 642).

11) Que, otra cuestión no menos trascendente que se plantea también en este tipo de patologías, es la dificultad de probar el desorden mental en que se encuentra la mujer después del parto. En efecto, su diagnóstico es dificultoso, esto se debe al hecho de que no existe un test químico sobre ese tipo de enfermedad. Así, su diagnóstico se basa en síntomas que son descriptos por amigos y familiares (Wong, Abigail, op. cit.), que son analizados como consecuencia el hecho luctuoso.

El silencio previo de la mujer, que es frecuente, lleva a algunos a denominar esta situación como "síndrome del silencio". Se ha señalado que este mutismo -que en algunos casos es síntoma de la depresión post parto- se debe al temor de la mujer de exponer sus sentimientos negativos hacia la criatura por ser contrario al rol social aceptado de madre, impidiendo así un diagnóstico preventivo para enderezar la enfermedad de la mujer.

12) Que por estas razones se remarca la importancia del sostén social y médico sobre este tipo de desordenes propios de la embarazada, ello a través de campañas y difusión de sus síntomas, para que la mujer que se sienta identificada pueda acudir a servicios médicos que la asistan (Perry Lindsay, op. cit.).

Respecto de esta cuestión, cabe tener presente que las Naciones Unidas ha mostrado su preocupación por el acceso del sistema de salud de las mujeres jóvenes embarazadas, y por ello ha instado a nuestro país a presentar planes para resolver tal situación (Comité para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres *Observaciones finales del Comité - CEDAW: Argentina. 18/08/2004*).

Asimismo cabe agregar, especialmente si se tiene en cuenta las circunstancias del *sub lite*, que el maltrato durante el embarazo no sólo produce lesiones físicas, sino también impacta la salud mental de las mujeres, en este sentido se estima que la mujer inmersa en una relación abusiva desarrolla un cuadro de estrés permanente el cual se asocia con la depresión, angustia, baja autoestima, aislamiento social, suicidio o intento de suicidio reiterado y el homicidio (Valdez Rosario y Sanin Luz Helena, "Violencia durante el embarazo, una doble victimización: en contra de la mujer y del bebé" en "Victimología" N° 15, Centro de Asistencia a la Víctima del

delito, Ministerio de Asuntos Institucionales y Desarrollo Social. Córdoba. 1988).

13) Que, esta situación fisiológica y psicológica que constituye el estado puerperal fue receptada en las legislaciones, así a comienzo del siglo XVIII se operó un movimiento universal tendiente a atenuar la pena para el infanticidio; Beccaría y Fierbach fueron los iniciadores de este criterio legislativo. Hoy en día el derecho comparado respecto del delito de infanticidio muestra una amplia gama de soluciones (Ver: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, "El delito de infanticidio", pág. 89/108; Revista Derecho Penal 2003-1, "El delito de Infanticidio", por Barbara Huber pág. 135/147).

14) Que así, queda claro que este desorden mental de la parturienta, que pertenece al patrimonio del conocimiento público y que ha sido reconocido por la medicina forense, fue ignorado por el legislador al eliminar la figura atenuada del infanticidio, pero no por ello desaparece de la ciencia médica e incide claramente sobre la autonomía de la mujer gestante especialmente en el momento del parto, sin que constituya necesariamente alguna patología excluyente de la imputabilidad.

15) Que, en relación al infanticidio nuestro código de 1921 adoptó una posición original, pues combinó ambas corrientes, exigiendo tanto el estado puerperal como el elemento subjetivo de ocultamiento de la "deshonra" (V. Rodolfo Moreno (h), El Código Penal y sus antecedentes, Buenos Aires, 1923, tomo III, págs. 366 y sgts.) y estableciendo una escala penal que en el caso de la mujer importaba en su medida más grave privación de libertad hasta tres años. Igual pena se conminaba a los parientes de la mujer, pero siempre que se hallaren en estado de emoción violenta. Es decir: la pena máxima para el

homicidio en estado de emoción violenta alcanzaba los seis años de privación de libertad, para quien cometiese el homicidio del infante, sea en este estado si era pariente o bajo la influencia del estado puerperal si era la madre, además de la atenuación de pena por la menor culpabilidad se tomaba en cuenta el elemento subjetivo y se atenuaba aún más la pena, reduciendo la escala máxima a la mitad.

Quedaba claro en este texto que, además de no contar para este delito la calificación por parentesco (parricidio) se tenía en cuenta la reducción del ámbito de autodeterminación (estado de emoción violenta o estado puerperal según el sujeto activo) y además se reducía el contenido injusto considerando el elemento subjetivo de "evitar la deshonra". Este elemento subjetivo como criterio de disminución del contenido injusto del hecho fue con razón considerado superado por responder a valoraciones éticas que perdieron vigencia en razón de la dinámica social. Pero -como se ha manifestado- el estado puerperal es una realidad constatada por la ciencia. En el sistema del texto original de Moreno cabe pensar que se trataba de una equiparación con la emoción violenta, al tiempo que eliminaba la calificación por parricidio, y que, conforme a esa equiparación, la reducción de la pena a la mitad obedecía al mentado elemento subjetivo (Ver Ure Ernesto J. El Delito de Infanticidio en la Reforma Penal, en Lecciones y Ensayos, 1968, n° 37).

16) Que, en 1994 la ley 24.410 derogó el tipo de infanticidio, haciendo caso omiso del estado puerperal y de la reducción que importa para la autonomía de la voluntad de la parturienta, dado que procedió como si la única razón de la atenuación legal hubiese sido el elemento subjetivo que había perdido sentido. De ese modo se pasó de un homicidio altamente privilegiado a un homicidio calificado, pues de hecho se

convirtió a todo infanticidio, cualquiera sean sus circunstancias, en un parricidio que, en último caso y con bastante discrecionalidad, como máximo podía asimilarse a la pena del homicidio simple. Se ha señalado antes que la eliminación del "estado puerperal" por parte del legislador no importa su desaparición de la medicina. El estado puerperal sigue existiendo y es un reductor de la autonomía en la constelación situacional del hecho constitutivo del injusto que incide necesariamente sobre el grado de reproche de culpabilidad. Así es que en muchos países se regula como un tipo penal atenuado, teniendo en cuenta la situación psíquica de la mujer en esa ocasión, así en el Código Penal ruso se contempla cuando la madre mata a su niño recién nacido, durante o inmediatamente después del nacimiento, así como a la madre que mata a su hijo recién nacido bajo la condición de una situación psico-traumática o en un estado de perturbación psíquica, siempre que no se elimine la capacidad de culpabilidad (art. 106), o el código penal sueco que contempla una figura atenuada para el caso cuando la mujer se encuentre en un estado emocional de excitación o en una severa aflicción, motivados en el parto.

Más aún, en otras legislaciones se tienen en cuenta los factores sociales, como resulta ser el caso de Italia, que en el art. 578 del Código Penal se legisla sobre la madre que ocasione la muerte del propio neonato inmediatamente después del parto o del feto durante el parto cuando se produjo bajo condiciones de abandono material y moral.

17) Que, más allá de los agravios esgrimidos por el recurrente, lo cierto es que el Superior Tribunal Provincial ha confirmado la condena impuesta a Tejerina en menoscabo de garantías constitucionales al imponer una pena que excede la culpabilidad por el hecho cometido y que, en cuanto a su de-

terminación, la fundamentación brindada por los magistrados resulta insuficiente.

18) Que, en principio, el ejercicio de las facultades de los jueces para graduar las sanciones dentro de los límites fijados por la legislación respectiva se vincula con cuestiones de hecho, prueba, derecho común propias de los jueces de la causa y ajenas, por ende al ámbito de la apelación federal extraordinaria (Fallos: 237:423; 304:1626; 305:293 y 494; 306:1669; 308:2547; 315:807 y 1699, entre otros). No obstante, como excepción a esa regla, la Corte ha reconocido que si lo resuelto fue posible solo merced a una consideración fragmentada y aislada de las pautas relevantes a tal efecto, puede habilitarse el recurso extraordinario con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias (Fallos: 315:1658; 320:1463).

19) Que, en el *sub lite*, resulta claro que por una arbitraria aplicación del artículo 41 del código penal se termina imponiendo una pena que excede el grado de reproche que puede formularse del ilícito cometido y, por ende, resulta inconstitucional, pues incurre en un plus de punición sin culpabilidad.

20) Que la tarea del juez en ese estadio es la de adecuar la pena de Tejerina a su concreta culpabilidad por el hecho cometido, dentro del marco punitivo previsto por el legislador: aplicar una pena justa. Y en este sentido se ha venido entendiendo el principio de culpabilidad como una exigencia de una pena justa, proporcionada la "culpabilidad" personal del autor del delito, frente a penas excesivas, desproporcionadas respecto de la gravedad del hecho y/o del reproche moral que el autor del mismo merece (Arroyo Zapatero Luis, "Principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa

europa", Rev. Penal. Ed. Praxis. Barcelona 1999, pág. 5).

21) Que, en este sentido, la Corte Interamericana ha reconocido que no cumplen con las exigencias impuestas por la Convención Interamericana las normas penales que impiden al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de pena (Caso Hilaire, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago, del 21 de junio de 2002).

En sentido coincidente esta Corte ha dicho que las penas no pueden ser crueles, en el sentido que no deben ser desproporcionadas respecto del contenido injusto del hecho. Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales (Fallos: 329:3680).

22) Que en autos el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy analiza en su sentencia la cuestión referida a la valoración de las peritaciones sólo en cuanto al punto en que la sentencia condenatoria las valora para rechazar la inimputabilidad de la condenada y en este aspecto confirma la sentencia, pero no revisa la total valoración de esta información referida a la culpabilidad de Tejerina en una dimensión que abarque también a la determinación de la pena, que es donde la sentencia de primera instancia muestra su defecto.

23) Que, en este orden de ideas el vocal preopinante en la sentencia de primera instancia tiene por acreditado o se deduce claramente de su texto, que Tejerina alumbró en el baño, que estaba sola, que no recibió ayuda de nadie pese a requerirla, que no esperaba el parto, que éste fue sorpresivo,

que carecía de cualquier atención elementalísima en esa circunstancia, que el embarazo había sido ocultado al menos parcialmente, que Tejerina había sido víctima de malos tratos familiares, que había tenido que abandonar el hogar paterno por las violencias protagonizadas, que su instrucción es elemental, que su capacidad de comunicación está considerablemente reducida por efectos de episodios traumáticos, que nadie le prestó atención, asistencia ni consejo durante el curso del embarazo, que éste fue consecuencia de un episodio no esclarecido y que, cualquiera haya sido la naturaleza de éste, lo cierto es que fue dejada en total estado de desamparo, no sólo por el padre de la víctima sino por su propia familia, que todo esto sucede en medio de una completa carencia de recursos e incluso de vivienda.

24) Que, todos estos datos son relevados en el voto preopinante de la sentencia de primera instancia a la que remite el Superior Tribunal, pero sólo lo hace para encuadrar la conducta de Tejerina en el último párrafo del art. 80 del código penal. Seguidamente procede el voto a hacer una aplicación arbitraria del art. 41 del mismo texto. Es sabido que el artículo 41, señala como indicadores de la cuantía penal la magnitud del injusto y de la culpabilidad. La aplicación del art. 41 que se hace en el voto preopinante de la sentencia condenatoria se reduce al injusto y omite toda referencia a la culpabilidad (que menciona sólo para justificar el encuadre en el último párrafo del art. 80), salvo que se considere tal la falta de antecedentes penales. La referencia al injusto, por otra parte, cabe entender que se reduce casi por entero a la reiteración de lesiones a la víctima. De este modo resulta que las circunstancias que hacen a la culpabilidad sólo habilitan el último párrafo del art. 80 del código penal, pareciendo que a criterio del sentenciante no pueden valorarse en cuanto a su

grado a los efectos del artículo 41, con lo que sin decirlo, daría a entender que con ello se incurriría en una doble valoración.

25) Que, considerar la reiteración de lesiones como criterio de mayor ilicitud sin tener en cuenta los datos referidos a la culpabilidad constituye una escisión inadmisibles, pues resulta claro que si alguien, a sangre fría y premeditadamente, infiere reiteradas lesiones a una criatura recién nacida, es decididamente y sin lugar a ninguna duda un monstruo, pero si la infiere en las circunstancias que releva la misma sentencia, la experiencia psiquiátrica -y común- enseña que la propia reiteración es resultado de una descarga impulsiva muy poco controlada, explicable por la circunstancia de altísima tensión y por el estado puerperal, del que los autores más a la mano de medicina forense coinciden en que la impulsividad es una de sus características.

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

26) Que en el presente caso que -como se ha dicho- no representa una excepción, las circunstancias particulares de la procesada, que sin lugar a dudas se encontraba bajo la influencia del estado puerperal y por ello tenía limitada su autonomía en cierta medida, a lo que deben sumarse todas las otras circunstancias ya mencionadas y que surgen de la sentencia condenatoria, son indicadoras de que los criterios señalados en el artículo 41 del código penal llegan a un extremo tal de reducción de autonomía que solo permiten alcanzar el grado de reproche que razonablemente justificaría una pena conforme al mínimo legal de la escala prevista en el último

párrafo del artículo 80. El medio empleado es el que accidentalmente encontró en el lugar del hecho, no lo llevó ni lo preparó. La edad, la educación y la conducta precedente son difíciles de imaginar peores que en el presente caso, donde la protagonista es abandonada por todos y dejada en total desamparo en el momento del parto sorpresivo en el baño, sin ayuda de ninguna naturaleza y sin asistencia ninguna, ni la más elemental medida de higiene, ni una palabra de nadie, ante la indiferencia de todos incluyendo a su familia de la que tiene que alejarse cargando con su embarazo. "La miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" ni siquiera vale la pena mencionarla en el caso, la "calidad de las personas" no puede tomarse en cuenta, pues más allá de Tejerina y la víctima no aparece persona alguna, las "circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" son sencillamente terribles.

28) Que por ello, teniendo en cuenta las consideraciones antes expuestas a fin de cuantificar judicialmente la pena y atendiendo a la extrema reducción de la culpabilidad, la pena no podría exceder del mínimo legal prevista para la figura atenuada.

Por lo expuesto y oído el señor Procurador Fiscal se resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y en ejercicio de las facultades previstas en el segundo párrafo del art. 16 de la ley 48, condenar a Romina Anahí Tejerina a la pena de ocho años de prisión por resultar ser autora material y responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, inc. 1 en función del último párrafo de la misma norma, del Código Penal). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal. Hágase saber y remítase. JUAN

CARLOS MAQUEDA.

ES COPIA

Profesionales intervinientes: **Mariana Vargas y Fernando H. Molinas**