

Fallo II — «TEJERINA, ROMINA A.»

Infanticidio y aborto

A — SUMARIO

CSJN, 8/4/08, «Tejerina, Romina A. s/Homicidio calificado — causa n° 29/05 —», T. 228.XLIII

Homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación. Arbitrariedad de sentencia. Inadmisibilidad de la vía extraordinaria. Análisis de la figura de infanticidio. Consideraciones de oficio sobre los principios de culpabilidad y proporcionalidad aplicables al caso.

Disidencia. Arbitrariedad de sentencia por invocación de doctrina inexistente. Arbitraria valoración de la prueba vinculada a la capacidad de culpabilidad de la imputada. Análisis de las pericias. Incidencia de las particularidades del caso y del estado puerperal.

a — Antecedentes

La Sala II de la Cámara en lo Penal de la ciudad de San Salvador de Jujuy condenó a Romina Anahí Tejerina a la pena de catorce años de prisión, por considerarla autora del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, previsto en el art. 80, inc. 1° y último párrafo del Código Penal.

Contra dicho pronunciamiento la defensa interpuso recurso de casación que fue rechazado.

La asistencia técnica de Tejerina articuló la vía extraordinaria contenida en el art. 14 de la ley 48, cuya denegatoria originó la presentación directa.

b — Admisibilidad de la vía extraordinaria

(1). En mi opinión, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, en el fallo se efectuó un adecuado tratamiento de las cuestiones propuestas

que satisface lo exigido a los pronunciamientos judiciales, pues cuenta con fundamentación suficiente y constituye una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa, todo lo cual descarta el vicio que se le atribuye (del *dictamen* del procurador fiscal).

(2). Se aprecia que los reparos invocados trasuntan una mera disconformidad con aspectos que, por regla, constituyen materia ajena a esta instancia de excepción, pues se vinculan a cuestiones de hecho, prueba y derecho común y procesal, que han sido oportunamente desechados sobre la base de argumentos que, al margen de su acierto o error, no compete a la Corte revisar; tal como sucede, con la apreciación de la materia probatoria (del *dictamen* del procurador fiscal).

(3). En tanto el pronunciamiento cuestionado se basa, sin arbitrariedad, en la inteligencia posible expuesta por el *a quo* de la aplicación de la ley ritual, tal como sucede en lo atinente a la validez y nulidad de los actos procesales, la vía extraordinaria tampoco puede prosperar en este aspecto. Tales defectos demuestran que el recurso adolece de la debida fundamentación que no se subsana con la sola invocación genérica y esquemática de la violación de normas de rango constitucional, en tanto no se ha demostrado que guarden relación directa con el caso. De otro modo, la jurisdicción de la Corte sería privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (del *dictamen* del procurador fiscal).

(4). El recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibles —art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— (del *voto* de los jueces Lorenzetti y Petracchi).

(5). 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° 117/04C” (expte. 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 (del *voto* de la jueza Argibay).

(6). 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(7). El recurso es formalmente procedente, pues las cuestiones debatidas en el caso 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 (del *voto* en disidencia del juez Maqueda).

c — Análisis de la figura de infanticidio

(1). Es dable señalar que la figura de 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 (decr. 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 (del *voto* de la jueza Highton de Nolasco).

(2). 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...” (del *voto* de la jueza Highton de Nolasco).

(3). 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 (del *voto* de la jueza Highton de Nolasco).

(4). Existe un elemento incontestable, 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 Cód. Penal, y hasta estar exento de pena por aplicación del art. 34, inc. 1º del Cód. 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 (del *voto* de la jueza Highton de Nolasco).

(5). 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 reflotar 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 constitucional alguna (del *voto* de la jueza Highton de Nolasco).

(6). 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 (del *voto* en disidencia del juez Maqueda).

d — Consideraciones de oficio sobre los principios de culpabilidad y proporcionalidad aplicables al caso.

Disidencia: afectación al principio de culpabilidad

(1). 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 (del *voto* de la jueza Highton de Nolasco).

(2). 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 resulte prudente examinar la condena impuesta a Tejerina desde la óptica que ha surgido del intercambio de opiniones en esta instancia (del *voto* de la jueza Argibay).

(3). 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 (del *voto* de la jueza Argibay).

(4). 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 contrapeada 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 (del *voto* de la jueza Argibay).

(5). Esas consideraciones referidas a la capacidad de culpabilidad de la imputada también tuvieron peso para establecer qué pena concreta co-

rrespondía 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 art. 79 del Cód. Penal: veinticinco años (del *voto* de la jueza Argibay).

(6). 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 características de pertenencia a una condición sociocultural que pudo haber disminuido su grado de autonomía, respetando a través de la valoración de estas diferencias la aplicación ecuaníme de la ley (del *voto* de la jueza Argibay).

(7). 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 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 (del *voto* en disidencia del juez Maqueda).

(8). 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 (del *voto* en disidencia del juez Maqueda).

(9). 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 (del *voto* en disidencia del juez Maqueda).

(10). 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 determinación, la fundamentación brindada por los magistrados resulta insuficiente (del *voto* en disidencia del juez Maqueda).

e — Disidencia: arbitrariedad de sentencia por invocación de doctrina inexistente

(1). En cuanto a la preeminencia que se le otorgó al dictamen pericial psiquiátrico oficial por sobre el peritaje de parte, el Superior Tribunal tergi-versó 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” (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(2). 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 garantizadas 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. 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

f — Disidencia: arbitraria valoración de la prueba vinculada a la capacidad de culpabilidad de la imputada. Pericias. Particularidades del caso. Incidencia del estado puerperal

(1). 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 enrolarse los peritos oficiales (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(2). Los jueces, como soberanos en la determinación de la apreciación de la capacidad 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 era su deber determinar si la imputada pudo o no comprender al momento del hecho la criminalidad del acto. Así circunscripto, es claro que tampoco el relato pormenorizado brindado por Tejerina con posterioridad al hecho puede conducir a afirmar sin más que quien lo prestara era consciente 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(3). 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 conductas (esfera pragmática), pero sin trastornos intelectuales (esfera praxica), 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(4). La lucidez en el relato posterior en nada contradice la posibilidad de inimputabilidad del sujeto al momento del hecho. 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 sociocultural en que se desenvuelve y la situación en que se produce el hecho que motiva el análisis como *ut infra* se detallará (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(5). 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. 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(6). Lo único que concluye el peritaje es que al momento del estudio —diez 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 sociocultural al que pertenece”. Es decir, se trató de una transcripción negativa del art. 34, inc. 11 del Cód. 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(7). 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, inc. 11 del Cód. Penal (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(8). Ningún miembro del Tribunal tomó seriamente el dictamen elaborado por la perito de la defensa, cuyo resultado 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 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 doctora María Calvo, quien la atendió el 6

de mayo. 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, presentando el 10 de diciembre de 2003 un informe con la observación de las entrevistas psiquiátricas realizadas por ellos (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(9). 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(10). 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(11). 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, 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 dieciocho puñaladas —veintiuna, según la necropsia— proporciona una idea de crueldad e impulsividad que debió ser tenida 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— 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.

1º, Cód. 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. 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(12). 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. No debe olvidarse que el art. 34, inc. 1º del Cód. 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. También fue inexplicablemente subestimada la importancia del estado puerperal. 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, inc. 2º del Cód. Penal de los casos en los que mediaba una causa de inculpabilidad durante el mismo período —art. 34, inc. 1º, Cód. Penal— (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(13). El estado puerperal no es una mera *fictio iuris*, sino un real estado existencial de la mujer al dar a luz. Ese estado no se circunscribe al parto y al momento inmediatamente posterior, sino a todas las circunstancias que lo rodearon, lo que podemos denominar epiparto 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 (del *voto* en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(14). 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”. Se trata siempre de “mecanismos reflejos susceptibles de encontrarse en cualquier comportamiento de emergencia, favorecido por ciertas personali-

dades deficitarias o desequilibradas”, siendo posible que se cometiera el crimen con “cruel lucidez y naturalidad”. 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, *Impulsividad criminal*— (del voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(15). 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”—; además, no se había sometido durante su transcurso a ningún control ginecológico. En cuanto al parto e inmediato homicidio, todo ocurrió en un baño que mide 1,25 m de ancho por 1 m de largo, en una vivienda que prestaban a la hermana mayor de Romina y en la que vivía desde los diecisiete años también junto con su hermana menor; las tres se mantenían con el sueldo que ganaba como docente la primogénita. Esta, pese a la convivencia, ignoraba que su hermana estuviera embarazada. 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 (del voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(16). 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, sino 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 (del voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

(17). 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 impo-

nen su descalificación conforme a la doctrina de esta Corte en materia de arbitrariedad (del voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni).

g — Resolución

Se desestima la queja.

B — ANALISIS DEL FALLO

EL FALLO «ROMINA TEJERINA», INFANTICIDIO Y ABORTO EN LA ARGENTINA

por Julieta Di Corleto y Leonardo G. Pitlevnik

— § 1 —

INTRODUCCION

El 23 de febrero de 2003, aproximadamente a las 8:00, en la ciudad de Jujuy, Romina Tejerina, de diecinueve años de edad, dio a luz a una niña en el baño de la casa en la que vivía, la colocó en una caja de cartón y la apuñaló dieciocho veces. La beba murió luego en el hospital y la madre fue condenada a una pena de catorce años de prisión ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo que aquí se comenta.

El caso fue cubierto en forma amplia por la prensa. Mientras en “Página 12”, por ejemplo, las columnas de opinión apoyaban a la joven, las editoriales del diario “La Nación” se preocupaban por señalar que los reclamos a su favor podían desdibujar el hecho de que su crimen, al igual que la interrupción de un embarazo, constituía un homicidio contra un hijo¹. Desde el inicio del proceso en su contra, la joven había denunciado que la gestación de la criatura a la que dio muerte se había originado en una violación sexual, cuyo autor fue sobreseído. Incluso aquellos medios que parecieron tener una línea más crítica con relación a la acusada fluctuaron en-

¹ La nota editorial de fecha 19 de noviembre de 2006 decía: “Si la violación es un delito aberrante, el homicidio lo es más aún, se produzca en el seno materno o fuera de él”.

tre dar por cierta la comisión de ese delito anterior, mencionarlo como algo dudoso o descartarlo de plano a raíz del sobreseimiento.

La sociedad civil también siguió con interés los avatares del caso. A favor de la joven se hicieron marchas y actos de apoyo en Jujuy y en Buenos Aires en 2003, 2004, 2005 y 2006, se realizaron pintadas contra los jueces que la condenaron en primera instancia, se debatió su caso en encuentros nacionales de mujeres, radios abiertas en plazas, y obras de teatro. Incluso León Gieco le dedicó el tema “Santa Tejerina”, que motivó un proceso por apología del delito en el que luego fue sobreseído.

A ocho años del hecho que derivó en la condena de Tejerina, todavía hoy el caso aparece reflatado con cada instancia judicial en la que se resuelve algo relativo al proceso o a la ejecución de la pena o se menciona la posible reincorporación de la figura de infanticidio al Código Penal. La decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación también fue seguida de cerca por los medios gráficos, al punto tal, que “Página 12”, luego de pronosticar un fallo favorable, informó acerca de cuáles habrían sido los virajes en las opiniones de los jueces hasta llegar a la sentencia dictada el 8 de abril de 2008 por una mayoría de cuatro contra tres. En definitiva, el Máximo Tribunal declaró inadmisibles la queja por rechazo del recurso extraordinario presentado por la defensa después de un recurso de casación rechazado por el Tribunal Superior de Jujuy contra el fallo por el cual la Sala II de la Cámara Penal de Jujuy resolvió condenar a Romina Tejerina a catorce años de prisión como autora del delito de homicidio calificado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, inc. 1º, Cód. Penal).

En el análisis que sigue describiremos, en primer lugar, el dictamen del procurador y la sentencia de la Corte. Luego desarrollaremos la problemática referida al infanticidio, su historia —habida cuenta la referencia que a ella hacen varios de los magistrados votantes—, los argumentos en torno a la derogación y los intentos por reincorporarlo al Código Penal. Finalmente, exponremos de qué manera el caso “Tejerina” abrió un debate en la sociedad civil sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, específicamente en lo atinente al aborto, que no se pro-

yectó sobre el Poder Judicial ni el Poder Legislativo. Si bien la problemática está vinculada con la capacidad de las mujeres de autodeterminar su vida reproductiva, los poderes del Estado evitaron abordar la cuestión.

— § 2 —

EL DICTAMEN DEL PROCURADOR

El procurador entendió que el tribunal había efectuado un adecuado tratamiento de las cuestiones propuestas, con fundamentación suficiente y mediante “una derivación razonada del Derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa”, por lo que descartó arbitrariedad en la elección de la pericia oficial sobre la de parte, agregando a ella lo que había declarado la imputada y la falta de prueba de una supuesta violación sexual de la que habría sido víctima.

La defensa había intentado hacer valer el principio *in dubio pro reo*, criterio con el que discrepó el procurador por entender que se trataba de un caso en que los jueces no tuvieron dudas sobre aquello que decidieron y expusieron de manera correcta.

También rechazó los agravios defensas vinculados a supuestos defectos formales del debate en cuanto a la introducción de nueva prueba y la suspensión de los alegatos.

— § 3 —

LOS VOTOS QUE CONFORMARON LA MAYORÍA

Los jueces Lorenzetti y Petracchi se limitaron a afirmar la inadmisibilidad del recurso de queja por aplicación del art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Las juezas Highton de Nolasco y Argibay se expidieron en sentido similar según su voto.

La primera revisó los argumentos de la defensa relativos a defectos procesales y a la alegación de un error de tipo en cuanto a que Tejerina habría creído que realizaba un aborto, y no un homicidio calificado. Adhirió a las respuestas brindadas por el procurador general, hizo una reseña de la historia del tipo penal de infanticidio derogado y afirmó que, en la actualidad, la deshonra no pue-

de ser tenida como fundamento para atenuar la pena. En abono de su posición citó el debate parlamentario de la ley 24.410, haciendo mención a que “el bien jurídico vida es superior a la protección legal de la honra de una mujer”.

No obstante ello, la jueza Highton de Nolasco consideró evidente la afectación de la psiquis femenina luego del parto, pero explicó que desde la derogación del infanticidio dicha afectación no es tenida en cuenta por la ley. Ingresó en lo atinente a la severidad de la pena, pero sólo para referirse a que la fijación de las escalas penales es materia privativa del Congreso.

La jueza Argibay señaló que la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Jujuy había respondido razonadamente a todos los cuestionamientos que había hecho la defensa. Después de una breve reflexión sobre las facultades de la Corte Federal para revisar las sentencias de los tribunales superiores provinciales dictadas conforme a los procedimientos locales, ingresó a analizar la posible afectación a la culpabilidad. Postuló que en el caso en que la pena impuesta superara aquella que Tejerina merecía, la vía extraordinaria se hallaba plenamente habilitada.

Pero luego se preguntó cómo puede la Corte “comprobar si la pena impuesta por el tribunal provincial va más allá de lo que la acusada merece”. Siguió interrogándose: “¿qué regla puede usarse para ‘medir’ si la proporción entre culpabilidad y pena es la exigida por la Constitución Nacional?”. Contestó que no hay métodos exactos, sino procedimientos basados en la decisión tomada sobre la base de la alegación y prueba de las partes. Señaló que en el fallo recurrido se había evaluado apropiadamente el contexto biográfico de la acusada y su estado psíquico en el momento del hecho para aplicar la figura atenuada y ubicar la pena dentro de la escala reducida (de prisión perpetua a ocho a veinticinco años). Según su criterio, la Corte no puede arrogarse la facultad de aplicar una pena más justa, pues no tiene contacto directo con las partes involucradas y carece “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”.

Una primera reflexión acerca del contenido de los votos precedentemente reseñados es la evidente constatación de que las dos

integrantes mujeres de la Corte Suprema conformaron la mayoría que rechazó los reclamos de la defensa de la joven. La inclusión de una mirada de género en la Corte, a partir del ingreso de las juezas Argibay y Highton de Nolasco, no se tradujo, al menos en este caso, en una lectura afín a la que sostuvieron varias organizaciones y agrupaciones vinculadas a la defensa de los derechos de las mujeres.

La doctora Highton mencionó que aunque existan cuestiones psicológicas que pueden afectar a la mujer luego de un parto, ello no puede llevar a “reflotar judicialmente la figura del infanticidio” derogada por ley. Lo que no queda claro es por qué, si el estado puerperal genera alteraciones en la psiquis de la madre lo que, consecuentemente, modifica el cuadro de reproche (es decir, afecta el principio constitucional de culpabilidad), la magistrada votante no echó mano del art. 18 de la Const. Nacional y reevaluó la pena correspondiente dentro de la escala del delito que se le imputaba. En otras palabras, se entiende por qué no hizo aquello que la ley le impide hacer (recurrir a un tipo penal derogado o aplicar escalas penales inexistentes), pero no se comprende por qué no hizo aquello que la ley sí autoriza (valorar si la pena se adecuaba a la culpabilidad alterada por la situación que atravesaba Tejerina)².

Otra cuestión significativa está dada por una suerte de defensa que la jueza hizo de la derogación de la figura del infanticidio al poner en claro que la vida vale más que la honra de una mujer. Ello, sin embargo, de ninguna manera contradice al tipo referido, ya que la figura preveía una atenuación de la pena, pero no una justificación del homicidio (si la honra valiese más, el infanticidio en esos casos no estaría prohibido por aplicación del estado de necesidad justificante).

El voto de la jueza Argibay es la contracara de la decisión adoptada por Maqueda, que se analiza más adelante. Mientras la jueza entendió que el tribunal había fundado el monto de la pena en

² Podría discutirse si el recurso extraordinario habilita a revisar las pautas mensurativas de la pena, pero lo cierto es que en “Garrone”, de fecha 6 de marzo de 2007, la jueza votante había aceptado la reevaluación del monto de pena sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad.

función del reproche a la autora y afirmó su imposibilidad de saber más sobre el punto por hallarse limitada para poder medir la culpabilidad, el magistrado hizo una descripción detallada de las circunstancias que habilitan no sólo a ingresar en la medición de la pena, sino incluso a asegurar que, en este caso, la prisión no debió superar el mínimo de la escala. Sobre las condiciones de soledad, abandono y violencia padecidas por Tejerina se abundará más adelante.

— § 4 —

LAS DISIDENCIAS

1 — Los jueces Fayt y Zaffaroni sostuvieron que en la causa se veía afectado el debido proceso y la defensa en juicio, pues el tribunal oral había privilegiado la pericia oficial por sobre los informes de los especialistas de la defensa asegurando, en forma infundada, que aquélla tendría garantizada su imparcialidad y corrección por no ser de parte. La sentencia condenatoria fue construida a partir de dicha premisa, privilegiando las conclusiones del perito oficial. Calificaron de paupérrimo y propio del positivismo criminológico al dictamen pericial oficial en el que se había basado el tribunal en desmedro de los más completos informes periciales de parte y demás constancias de la causa, donde se mencionaron la situación de violencia, abandono y soledad en la que se encontraba la joven acusada. Los jueces criticaron, también, que el tribunal atribuyera al relato pormenorizado de lo ocurrido en boca de la imputada la plena capacidad de culpabilidad.

El voto contiene una serie de principios relativos al valor que debe darse a una pericia y formulan diferentes enunciados acerca de la capacidad de culpabilidad. Señalan que un relato coherente y pormenorizado no excluye la inimputabilidad al momento del hecho, que los trastornos afectivos pueden incidir en comprender la criminalidad del acto, que no es necesaria la constatación de delirio para que haya inculpabilidad, que en la determinación de la capacidad de culpabilidad debe tomarse en cuenta el contexto sociocultural y la situación en que se produce el hecho, que la cantidad de puñaladas inferidas a la víctima puede indicar una per-

turbación que disminuya el reproche y no que lo aumente, o que hasta los diecinueve o veinte años el cerebro no se encuentra completamente desarrollado en regiones claves para la valoración y control de las conductas y la toma de decisiones.

En lo atinente a las características del caso, los jueces Zaffaroni y Fayt hicieron una detallada descripción de las circunstancias del hecho y de la vida de la autora que, a su criterio, avalaban las consideraciones vertidas en las pericias de parte. Al igual que lo haría el juez Maqueda después, pasaron revista del contexto previo y concomitante que habilitaba, junto con las pericias de la defensa, a considerar que la joven carecía de capacidad de culpabilidad.

En suma, los magistrados citados revocaron la sentencia recurrida en cuanto descartó la inimputabilidad de la autora al momento del hecho, resolución que deriva en forma directa en la absolución de la acusada.

2 — El juez Maqueda inició su voto señalando que la culpabilidad del autor “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”. Si la pena supera el citado estándar, se viola el principio de culpabilidad. En referencia al estado puerperal, el votante sostuvo que son de conocimiento público, lógica y experiencia común, los efectos que producen el embarazo y el parto sobre la psiquis de la gestante. Trazó una historia del tipo penal del infanticidio y cuestionó que la reforma de la ley 24.410 haya pasado por alto la importancia de estos trastornos psíquicos.

En cuanto a la cantidad de puñaladas recibidas por la víctima, el magistrado señaló que aquello que aparece a los ojos del Tribunal como un agravante, en la específica situación de Tejerina, permite pensar en una descarga impulsiva muy poco controlada, bajo altísima tensión durante el estado puerperal.

El juez dedicó varios párrafos a la situación de Romina Tejerina al momento del hecho. Señaló que la imputada venía ocultando, al menos parcialmente, un embarazo originado en una situación no esclarecida, que se trataba de una joven con instrucción

elemental y reducida capacidad de comunicación, con carencias de recursos y vivienda, víctima de malos tratos familiares por los que tuvo que abandonar el hogar paterno. Explicó que Tejerina tuvo un parto sorpresivo, que alumbró sola en el baño, sin ayuda pese a haberla requerido, sin la más elementalísima atención, asistencia o consejo.

En función de lo normado por el art. 41 del Cód. Penal, el juez Maqueda sostuvo que en cuanto a las condiciones de “*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”.

Este último voto recurre a bibliografía actualizada en materia de salud mental y opta por imponer a la acusada la pena mínima de la escala, pues más allá de eso se violaría el principio de culpabilidad.

— § 5 —

BREVE HISTORIA DEL INFANTICIDIO ³

Los jueces Fayt y Zaffaroni y la jueza Highton de Nolasco hicieron referencia con dispar opinión a la reforma introducida por la ley 24.410, que derogó el delito de infanticidio. Todos ellos mencionaron que, a pesar de la derogación de la figura, el puerperio y

³ Esta sección es una síntesis de un trabajo inédito, “Maternidad, sexualidad y locura en torno al infanticidio (Buenos Aires, 1886-1921)”, parte de una investigación de doctorado de Julieta Di Corleto.

sus efectos pueden llevar a ciertas mujeres a atravesar experiencias similares a las de Tejerina. Los jueces también describieron los avatares del tipo penal en la breve historia de la codificación argentina.

Se trata de una figura penal contenida en el Proyecto Tejedor, luego conocido como Código de 1886, enmarcada en la protección del orden familiar patriarcal, de la virginidad de la mujer soltera, la fidelidad conyugal y la filiación legítima.

La Ley de Matrimonio Civil (1888) estableció que nadie podía estar casado por fuera del Estado y establecía un trato inferior para los hijos naturales, adulterinos⁴, incestuosos y sacrílegos⁵, régimen que sólo fue superado parcialmente en 1954 y en forma definitiva en 1984. Dado que los hijos legítimos eran aquellos que nacían en el seno de un matrimonio como el Estado mandaba, era motivo de deshonra concebirlos y parirlos fuera de él. Las reglas, por ende, imponían la vergüenza a la maternidad ilegítima. Las mujeres solteras que perdían su virginidad, o las mujeres que mantenían relaciones fuera del matrimonio, y más aún quienes coronaban su promiscuidad con un embarazo, eran blanco de ataques sociales.

Para estas mujeres que matando a su hijo escapaban de esa suerte de escarnio, el Código de 1886 preveía penas más leves que para el homicidio. Exigía que el hecho se hubiera cometido con el fin de ocultar la deshonra y antes de que el niño cumpliera los tres días⁶. En 1903, la ley 4189 modificó la escala penal y agregó a con-

⁴ Entrada la década de 1920, la doctrina aún debía argumentar sobre las razones por las cuales el homicidio de un hijo adulterino debía ser castigado con la misma pena que le correspondía al homicidio de un hijo legítimo —cfr. Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, 1923, t. IV, p. 331—.

⁵ En términos legales, la relación de las madres con sus hijos ilegítimos no fue reconocida sino hasta 1926, fecha en la que la reforma al Código Civil habilitó a las mujeres solteras a ejercer la patria potestad sobre sus hijos ilegítimos.

⁶ Si bien la legislación de 1886 asignó al infanticidio penas más leves que para el homicidio, lo cierto es que la legislación que la precedió establecía penas todavía más benignas para el mismo delito. Así, en 1885, la legislación establecía en su art. 214: “La madre que por ocultar su deshonra matase a su hijo recién nacido

yuges, hermanos e hijos, que también fueron alcanzados por la atenuación de la pena ante el homicidio del fruto del deshonor femenino⁷. La respetabilidad femenina no sólo era un valor individual, sino que involucraba al honor de la familia. Su falta podía ofender la honorabilidad de todo el grupo familiar, al punto que éste ejercía cierta custodia sobre el comportamiento de las mujeres⁸.

En los términos en que se describía y aplicaba, la figura del infanticidio sostenía el recato sexual de la mujer como valor y prohibía la sexualidad fuera del matrimonio. Moreno (h) mencionaba que “la concepción fuera del matrimonio implica la deshonra de la mujer y la revelación de su deshonestidad” y, por ello, puede llevarla a una situación desesperante en la que juegan “el temor a la vergüenza pública y la perspectiva de la ruina de toda su vida”, lo que se combina “con el estado de excitación extrema en que se encuentra el sistema nervioso de una mujer que ha alumbrado”⁹.

El tipo penal de infanticidio recibió el agregado del “estado puerperal” recién en el Código Penal de 1921 a raíz de las investigaciones positivistas¹⁰. Para la mayoría de los comentaristas y la jurisprudencia, su inclusión siguió siendo dependiente de la honra, y la escala se fijó en una pena de reclusión de hasta tres años, o prisión de seis meses a dos años. En momentos en los que el discurso médico legal estaba en su apogeo, la deshonra seguía siendo un eje central del análisis. Los hijos naturales o ilegítimos eran el producto de la seducción o el abandono, eran la descendencia originada por fuera de la familia, base y cimiento de la autoridad. Las

será castigada con dos años de prisión, y los abuelos maternos que para ocultar la deshonra de la madre cometiesen el mismo delito, serán castigados con tres”.

⁷ Cf. Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, 1923, t. IV, p. 372.

⁸ En términos similares, Lavrin, *Women, Feminism, and Social Change in Argentina 1890-1940*, 1995, p. 126.

⁹ Moreno (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, 1923, t. IV, p. 369.

¹⁰ Fernando Raffo fue uno de los primeros en incursionar en la temática con su tesis *Locura puerperal*, de 1888. Probablemente más influyentes, Canton e Ingenieros introdujeron el tema en el medio legal en *Locura del embarazo*, en “Archivos de Psiquiatría y Criminología”, 1903.

medidas civiles y penales estaban destinadas a proteger el orden íntimo y familiar y, fundamentalmente, el patrimonio. Los hijos ilegítimos aparecían como enemigos de un orden social, y su eventual equiparación legal se presentaba como una medida tan radical como altruista, cuya única consecuencia sería desorganizar el modelo familiar¹¹. En última instancia, la ausencia de una familia modelo era una de las causas que afectaba el estado moral de la infancia. Como ya se mencionara, la clase de filiación era determinante para la configuración del delito: sólo los hijos ilegítimos eran objeto de infanticidio, pues la misma legislación forzaba a la madre a rescatar su honor y ocultar su embarazo.

En resumen, entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el infanticidio penalizaba la conducta de quien protegía su honor, negando su maternidad, cuando era el mismo orden legal el que obstaculizaba su desarrollo a través de un régimen de filiación que estigmatizaba los nacimientos fuera del canon matrimonial. Los discursos morales giraban en torno a la única sexualidad y maternidad permitidas, aquellas desarrolladas en el seno del matrimonio.

El fallo que aquí se comenta es del 8 de abril de 2008. La doctora Highton de Nolasco hizo mención a la primera derogación de la figura por la ley 17.567, su regreso al Código Penal con la ley 20.509, para ser derogada de nuevo con la ley 21.338 y reaparecer en 1984. Diez años después fue derogada por la ley 24.410. La jueza señaló que los conflictos que las mujeres soportaban a raíz de embarazos “ilegítimos” no se condicen con la situación actual en la que “un embarazo fuera del matrimonio, en la generalidad de los casos, ya no escandaliza a nuestra sociedad”.

Es evidente que el orden jurídico no presiona a las mujeres de igual manera que lo hacía hace cien años. Lo que no es tan claro es que no existan en la Argentina comunidades, grupos, entornos culturales o familias en los que ciertos embarazos sean vistos con vergüenza. Tampoco es seguro que cualquier joven de esos medios so-

¹¹ Cf. Coulón, *Variedades. Hijos naturales e hijos legítimos*, en “Archivos de Criminología y Ciencias Afines”, 1903, p. 178.

ciales tenga las herramientas o la autonomía suficiente para enfrentarlos; de modo que la derogación de la figura dejó en una situación de desamparo a aquellas mujeres para quienes la atenuación de la pena prevista por el infanticidio tiene algún sentido.

— § 6 —

**EL ESTADO PUERPERAL
EN EL TIPO PENAL DEROGADO**

Dos eran los ejes sobre los que giraba la aplicación de la figura de infanticidio a partir del Código de 1921. La ocultación de la deshonra y el estado puerperal. Soler señalaba que, salvo alguna aislada interpretación de la letra de la ley, el infanticidio sólo atenúa la pena cuando la mujer mataba al niño durante el embarazo o en estado puerperal siempre que fuese para ocultar su deshonra. Para el autor mencionado, la solitaria interpretación contraria se hacía eco de la fuente que trajo el estado puerperal al Código: el Proyecto de Código Penal suizo¹². Allí, dicho estado importaba una causal de atenuación independiente del móvil de ocultar la deshonra, basado estrictamente en lo que denominaba un criterio fisiológico¹³. El puerperio importaba una atenuante que no requería como finalidad salvar la deshonra. En el Código Penal nacional parece haber sido incluido siempre que obrara la finalidad de ocultar la deshonra para habilitar una pena más leve sin necesidad de depender exclusivamente de la muerte provocada en el momento mismo del nacimiento¹⁴.

¹² Soler menciona a Díaz, quien interpretaba una disyunción entre el infanticidio cometido durante el nacimiento para ocultar la deshonra y el cometido durante el estado puerperal (en *Derecho penal argentino*, 1992, t. III, p. 84).

¹³ Según Pelossi, el art. 108 del proyecto suizo se limitaba a mencionar a “la madre que intencionalmente matare a su hijo durante el parto o mientras se encontrare todavía bajo la influencia del estado puerperal”. La introducción en la ley de esta última frase, señala Pelossi, habría generado cuestionamientos, pues eliminaba los tres días de la ley anterior para introducir un período indeterminado de tiempo (*Problemática del delito de aborto e infanticidio*, 1976, p. 57).

¹⁴ Cf. Soler, *Derecho penal argentino*, 1994, t. III, p. 82.

La jurisprudencia y, al igual que Soler, los autores clásicos (Gómez¹⁵, Molinario¹⁶, Núñez¹⁷, Fontán Balestra¹⁸ y Creus¹⁹, por mencionar sólo algunos) coincidían en que, a diferencia del antecedente suizo, el estado puerperal sólo vino a ampliar el efecto atenuante de un tipo penal que siempre exige el elemento subjetivo destinado a ocultar la deshonra. Ramos, aunque aceptaba que la ley exigía siempre la finalidad de ocultar la deshonra, mencionaba que se contradecía al agregar el estado puerperal, pues si éste importaba prever un actuar impulsivo propio de un “trastorno fisiológico”, la finalidad “ética” de ocultar la deshonra no debía ser exigida de manera conjunta²⁰.

Los casos en que el obrar de la mujer estaba condicionado por el estado puerperal importaban la inclusión de una suerte de imputabilidad disminuida, de manera que el tipo penal privilegiado que la reforma de la ley 24.410 derogó era, en ese sentido, de aquellos que llevaban cuestiones de culpabilidad al tipo. Lo mismo que ocurre, por ejemplo, con el agravante de homicidio por placer o con la atenuante de emoción violenta. No se trata de hechos que se atenúan o agravan por mayor contenido de injusto sino porque se considera que la culpabilidad es mayor o menor, con independencia de las consideraciones del hecho²¹.

El problema de fondo que trae aparejada la derogación es que la disminución de culpabilidad es una realidad psíquica de ciertas

¹⁵ Cf. Gómez, *Leyes penales anotadas*, t. II, 1953, p. 69.

¹⁶ Cf. Molinario, *Los delitos*, act. por Eduardo Aguirre Obarrio, t. I, 1996, p. 158.

¹⁷ Cf. Núñez, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. III.1, 1988, p. 126 y siguientes.

¹⁸ Cf. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, 1969, t. IV, p. 189.

¹⁹ Cf. Creus, *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 1993, t. I, p. 22.

²⁰ Ramos, *Curso de derecho penal*, 2ª parte, t. V, 1938, p. 107.

²¹ Sobre esta cuestión, cf. Bacigalupo, *Los delitos de homicidio*, 1989, p. 76. En el mismo sentido se expidió Zaffaroni en el Informe a la Comisión de Legislación Penal de la H. Cámara de Diputados (junio 2008), publicado en Castex, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico legales y psiquiátrico-forenses*, 2008, p. 195.

mujeres al momento de parir y durante un tiempo posterior, según varios jueces del tribunal afirman al referirse al puerperio. En ese caso, estaríamos ante una culpabilidad disminuida carente de escala penal que la represente²².

Como se verá a continuación, la discusión parlamentaria que tuvo como objeto la reincorporación del tipo al Código, giró en torno a la autonomía que esta forma de imputabilidad disminuida puede tener para determinar la existencia de una figura atenuada.

— § 7 —

**LA DISCUSION PARLAMENTARIA DESTINADA
A LA REINSTITUCION DE LA FIGURA DE INFANTICIDIO**

La supresión del inc. 2º del art. 81 del Cód. Penal a través de la sanción de la ley 24.410 tuvo como argumento que era necesario adecuar la normativa interna a la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por la ley 23.849. El debate parlamentario que condujo a la derogación del delito de infanticidio ha sido catalogado de pobre y carente de todo apoyo doctrinario. Al respecto se ha cuestionado, en primer lugar, que la supresión de la figura que tenía una larga tradición en la codificación nacional se dio en el marco de un debate que no tenía relación con esa problemática, en tanto en el recinto se discutía la necesidad de otorgar protección a los menores de edad frente a hechos de comercio sexual. En segundo lugar, se criticó que la derogación se llevara adelante sin analizar la realidad práctica abarcada por la figura, hecho que derivó en la

²² Ciertamente es que ello podría afirmarse de todo delito realizado con una imputabilidad disminuida, o que esa imputabilidad disminuida es una atenuante intratípica que está incluida en el mínimo de los ocho años de las circunstancias excepcionales del art. 80. Lo significativo en el caso es que hasta la reforma todos afirmaban expresamente la existencia del puerperio y sus efectos en la psiquis de la mujer que lo atraviesa. Soler sostenía que cuando el puerperio incidía en la reprochabilidad de la conducta sin que hubiera finalidad de esconder la deshonra, subsistía el tipo de emoción violenta que, para el caso de madre e hijo, prevé una pena de diez a veinticinco años de prisión (art. 82, Cód. Penal) —*Derecho penal argentino*, 1994, t. III—.

desprotección de mujeres incursoas en este delito, todas ellas de muy escasa instrucción con antecedentes de aislamiento, debilidad mental superficial, o con limitadas capacidades para la comunicación. Finalmente, la derogación también fue cuestionada en tanto se separaba de las legislaciones de los países del continente que incluyen dicha normativa, en particular, los códigos de Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, Perú, Brasil, Colombia, y Chile²³.

El caso de Romina Tejerina activó la discusión relativa a la reincorporación del delito de infanticidio al Código Penal. Tras años de debates en comisión, en 2010, uno de los proyectos adquirió media sanción por parte de la Cámara de Diputados. La propuesta de modificación aprobada en el recinto prevé la pena de seis meses a tres años de prisión a la madre que matare a su hijo durante o luego del nacimiento mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal²⁴. De ello se deriva que, de acuerdo con este proyecto, el infanticidio requiere que se verifique un parámetro temporal y otro fisiológico, y no es necesario que la mujer haya incurrido en dicha conducta con la finalidad de ocultar la deshonra. En este punto, la nueva norma se acerca al proyecto suizo que dio pie a la introducción del estado puerperal en el Código Penal en 1921.

Con la media sanción del proyecto de ley suscripto por Diana Conti, los demás proyectos referidos a la temática perdieron la posibilidad de convertirse en ley. Mientras el proyecto de Claudia Fernanda Gil Lozano, Horacio Alcuaz, Elisa Carca, Marcela Ro-

²³ Cf. Informe de Zaffaroni ante la Comisión de Legislación Penal de la H. Cámara de Diputados (junio 2008), publicado en Castex, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico legales y psicopsiquiátrico-forenses*, 2008, p. 188 y siguientes.

²⁴ Orden del Día 871, analizada el 6 de agosto de 2010, disponible en www.diputados.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-128/128-871.pdf. Los otros dos proyectos de ley discutidos definían al infanticidio de la siguiente manera: “Se impondrá prisión de seis meses a tres años a la mujer que matare a su hijo/a luego del nacimiento o cuando se encontrare bajo la influencia del estado puerperal”; y “Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal”.

dríguez y Silvia Storni proponía imponer una pena de seis meses a tres años de prisión a la mujer que mataba a su hijo luego del nacimiento o estando bajo la influencia del estado puerperal; el proyecto de ley firmado por Ernesto Martínez, Susana del V. Mazzarella y Daniel Asef pretendía establecer una pena de seis meses a cuatro años a la madre que mataba a su hijo durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal, siempre que su finalidad fuera ocultar su deshonra. Con otra mirada sobre el problema, el proyecto de Patricia Bullrich, Natalia Gambaro y Gladys González propuso una definición de infanticidio circunscripta al momento del nacimiento y a la prevalencia del estado puerperal, con una pena de hasta nueve años de prisión²⁵. Finalmente, el proyecto del diputado Juan Vega circunscribía el infanticidio a la muerte dada por una madre a su hijo durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes al parto.

En función de todos los anteproyectos circulados en las respectivas comisiones de la Cámara de Diputados, la discusión legislativa que llegó al recinto en 2010 se basó en tres ejes de argumentación²⁶. Una de las primeras razones invocadas para impulsar la reforma era la respuesta desproporcionada que se generaba a partir de la derogación de la figura de infanticidio. A partir de la supresión del delito, la normativa aplicable en supuestos en los que la mujer mata a su hijo durante su nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal es pasible de ser sancionada con la pena de prisión perpetua prevista para el homicidio calificado

²⁵ La propuesta de las diputadas Bullrich, Gambaro y González definía al infanticidio de la siguiente manera: “Se impondrá prisión de hasta nueve años, a la madre que matare a su hijo desde el nacimiento o mientras durare su estado puerperal, entendiéndose esta causal de atenuación de la figura básica del homicidio, como la que ocasiona en la autora un trastorno de conciencia lo suficientemente grave que, sin llegar a la causal prevista en el inc. 1º del art. 34, disminuya su capacidad de comprender la antijuridicidad de su acción”.

²⁶ Además de los proyectos citados, durante 2007 y 2008 circularon otros tres anteproyectos legislativos promovidos por la Subsecretaría de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, por el senador Ramón Saadi, y por la Senadora Adriana Bortolozzi de Bogado. Al respecto, cf. Castex, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico legales y psicopsiquiátrico-forenses*, 2008, p. 23 siguientes.

por el vínculo, o la pena de ocho a veinticinco años de prisión si el juzgador entiende que median circunstancias extraordinarias de atenuación, o de diez a veinticinco años de prisión si se considera que se trató de un caso de homicidio en estado de emoción violenta. Finalmente, al igual que para cualquier otro supuesto delictivo, de reunirse los recaudos del art. 34, inc. 1º del Cód. Penal, la aplicación de esta norma habilitaría la no punibilidad de la conducta.

En su mayoría, los fundamentos de los proyectos avalaron la posibilidad de prescindir de la protección de la honra en el siglo XXI. Según el criterio de los legisladores, las mujeres de este siglo ya no están sometidas a condenas sociales por tener hijos extramatrimoniales, por lo que la atenuación de la figura no resultaba razonable. Con un interesante abordaje teórico, la diputada Gil Lozano abogó a favor de la eliminación de este concepto, por un lado, por considerar que es anacrónico en la sociedad actual, y por el otro, porque el derecho en general, y la legislación en particular, constituye una práctica performadora de sujetos y la inclusión de la “honra” tendría un sentido peyorativo, persecutorio y discriminatorio de la mujer, en particular en relación con la concepción de su libertad sexual. Más allá de la importancia del rol del derecho en la construcción de subjetividades, lo cierto es que la aseveración concerniente al supuesto anacronismo del concepto de honra en las sociedades de la Argentina no fue avalada por ningún tipo de investigación empírica. En este sentido, la posibilidad de que este valor aún encuentre raigambre en los espacios más tradicionales de la sociedad, y dentro de círculos íntimos y familiares que limiten con mayor fuerza la conducta de una mujer, fueron descartados como condicionantes de un eventual desenlace delictivo²⁷.

Otra de las referencias legislativas se centró en la definición del estado puerperal, y en la caracterización de las mujeres acusadas de infanticidio. En cuanto al primer aspecto, se dio por sentada la existencia de dicho estado puerperal, aunque se cuestionó la falta de precisión temporal del término y se advirtió el riesgo de que

²⁷ En similar sentido, cf. Castex, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico legales y psicopsiquiátrico-forenses*, 2008, p. 23.

esa deficiencia legal pueda llevar a delegar la resolución del conflicto a los profesionales de las ciencias médicas, con dictámenes siempre discutibles. En cuanto al segundo aspecto, sin ningún estudio empírico que avalara tales afirmaciones, no faltaron las alusiones a mujeres en contextos sociales de desamparo, sin el apoyo afectivo o económico de una pareja, sin posibilidades de asumir integralmente la maternidad. Escasa instrucción, antecedentes culturales de aislamiento, debilidad mental superficial, y limitadas posibilidades de comunicación, fueron otras de las características que se asignaron a las mujeres acusadas de infanticidios a quienes se les atribuyó una necesidad de asistencia social y psicológica, por sobre la punición.

Como corolario, el proyecto de ley que prevaleció estableció un criterio temporal específico (durante o luego del nacimiento) condicionado en forma exclusiva por la verificación de un estado fisiológico particular de la mujer (el estado puerperal), sin otorgar relevancia alguna a las presiones sociales o familiares que puedan imponer a la autora una noción determinada de “honra”.

En este debate, el argumento ausente es aquel referido a la falta de políticas públicas que brinden una solución a las mujeres que no escogieron la maternidad o, previo a ello, a la falta de programas efectivos en temas de salud sexual y reproductiva. Los antecedentes del caso de Romina Tejerina parecen no haber sido lo suficientemente convincentes para comprometer a los legisladores a un debate que contemplara un extenso abanico de derechos de las mujeres, entre los que se destacan los sexuales y reproductivos. Hasta ahora, y sin perjuicio de la existencia de anteproyectos legislativos sobre el tema, el Congreso Nacional no ha debatido sobre los efectos nocivos de la penalización del aborto en nuestro país.

— § 8 —

EL ABORTO EN LA ARGENTINA

Durante la tramitación del proceso seguido a Romina Tejerina, los medios de comunicación y las organizaciones que lideraron ma-

nifestaciones en su apoyo abogaron por la reincorporación de la figura de infanticidio al Código Penal, y cuestionaron la falta de accesibilidad al aborto no punible y la criminalización de la interrupción del embarazo.

La relación con el caso aquí estudiado es evidente. La jueza Argibay hizo referencia expresa a una pericia que menciona maniobras abortivas realizadas por la joven condenada. Por su parte, Zaffaroni y Fayt afirmaron que “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 sobrevivencia del feto era técnicamente nula”. En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se señalaron los intentos de aborto frustrados anteriores, tal como lo tuvo por probado la decisión de primera instancia. Por lo demás, es válido presumir que si la joven acuchilló a través de una caja de cartón a la beba que acababa de parir, es porque durante el tiempo de gestación anterior no tenía interés en que el nacimiento se produjera. De haber sido otro su destino, la interrupción del embarazo en condiciones sanitarias aceptables habría sido menos cruenta y, quizás, como la inmensa mayoría de hechos similares, habría pasado inadvertido al sistema penal.

En consecuencia, es razonable que el caso de Romina Tejerina conduzca a la discusión sobre el alcance interpretativo del aborto no punible y con una mirada más ambiciosa, habilite la reflexión sobre la no punibilidad del aborto conforme las reglas o plazos que la ley pueda imponer.

a — El aborto no punible del art. 86 del Código Penal

El art. 86 del Cód. Penal de la Nación establece la no punibilidad del aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de ésta, o si el embarazo provino de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una persona idiota o demente.

En relación con el aborto terapéutico, una hermenéutica adecuada advierte que la ley contempla la permisión del aborto, tanto cuando se trata de evitar el peligro de vida de la mujer, como un riesgo a su salud. Se ha señalado con razón que la norma no impone que los peligros sean graves, como sí lo hacía en redacciones anteriores²⁸. Asimismo, se ha subrayado que la legislación no distingue entre salud física y psíquica, sino que incluye ambos supuestos. De acuerdo con la definición brindada por la Organización Mundial de la Salud, y adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus decisiones, la salud debe ser entendida como “un completo estado de bienestar físico, psíquico y social”, lo que lleva a incluir en los abortos legales cualquier situación que ponga en crisis la salud psíquica de la mujer²⁹.

En cuanto al aborto previsto en el inc. 2º del art. 86 del Cód. Penal de la Nación, la mayoría de la doctrina acepta que se trata de una interrupción de embarazo proveniente de cualquier violación, y no en forma restrictiva aquella que afecta a una mujer con discapacidad mental³⁰. La bibliografía sobre el punto es frondosa y sería reiterativo reproducir aquí los fundamentos de una y otra posición³¹. Gimbernat Ordeig ha sido explícito al señalar hace ya

²⁸ Leyes 17.567 y 21.338.

²⁹ Cf. Luna y otros, *Aborto por motivos terapéuticos: art. 86, inc. 1º del Código Penal argentino*, 2006, p. 32. Asimismo, cf. Faerman, “Algunos debates constitucionales sobre aborto”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Roberto Gargarella (coord.), 2008, t. II, p. 673 y siguientes.

³⁰ Para una completa recensión de las interpretaciones restrictivas, cf. Faerman, “Algunos debates constitucionales sobre aborto”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Roberto Gargarella (coord.), 2008, t. II, p. 673 y siguientes.

³¹ Finzi, *El llamado aborto eugenésico (CP art. 86, inc. 2º) - El consentimiento del representante legal*, JA, 1946-IV-425; Núñez, *Tratado de derecho penal*, t. I, 1987, p. 391; Creus, *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., 1993, t. I, p. 72, están en el primer grupo. Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, 1969, t. IV, p. 238; Molinario, *Los delitos*, act. por Eduardo Aguirre Obarrio, 1996, t. I, p. 158; Ramos, *Curso de derecho penal*, 2ª parte, t. 5, 1938, p. 126; Soler, *Derecho penal argentino*, t. III, 1963, p. 111 y siguientes; Ghione, *El llamado aborto sentimental y el Código Penal argentino*, LL, 115-1002; ídem, *Nuevo comentario a un antiguo debate sobre el art. 86 del Código Penal*, LL, 104-77; Jiménez de Asúa, *Li-*

más de veinticinco años que en un caso tan excepcional como el de la mujer violada, “nadie puede creer en serio que la amenaza con una pena para tales supuestos vaya a modificar en nada la decisión de abortar que haya tomado la mujer: en lo único en lo que puede influir esa punibilidad no es en salvar al embrión, sino que el aborto lo practique no un facultativo (...), sino una persona sin ninguna formación médica, que, por ello, va a poner en grave peligro los valores inequívocamente protegidos constitucionalmente de la vida y de la salud de la madre”. El autor español señalaba con énfasis que una interpretación que penalizara el aborto en esos casos importaba “cebarse en el infortunio y añadir como ulterior desgracia a una pobre mujer violada y embarazada a consecuencia de esa agresión, la de condenarla a una pena o la de empujarla a un matarife clandestino”³².

De ello resulta que cualquier mujer cuyo embarazo conlleve un riesgo para su salud física o psíquica o sea resultado de una violación, tiene derecho a someterse a un aborto legal. Por lo demás, ésta es la interpretación de la ley plasmada en la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” elaborada por el Ministerio de Salud de la Nación. Como garantía de acceso al aborto legal, en el caso de amenaza a la vida o salud de la paciente embarazada, el facultativo debería llevar a cabo los exámenes médicos necesarios; y en caso de violación, requerir una constancia de denuncia policial o judicial, o aceptar una declaración jurada de la mujer. En estos supuestos, para no vulnerar el derecho de las mujeres a acceder a un aborto legal, sin reclamar una autori-

bertad de amar y derecho a morir, 1992, p. 289; Donna, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, t. I, p. 91; Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2002, p. 641, si bien vinculado también a una interpretación del inc. 1º del mismo artículo del Código Penal, entienden que alcanza a cualquier embarazo producto de una violación, en otras palabras, que se trata de un aborto sentimental. La bibliografía precedente aparece mencionada en Pitlevnik, “Menard y la interpretación”, publicado en *La cultura penal*, libro homenaje al profesor Edmundo Hendler, 2009, p. 522, enmarcado en el análisis de las diferentes interpretaciones del tipo penal a lo largo del tiempo.

³² Gimbernat Ordeig, *Estudios de derecho penal*, 1990, ps. 71 y 72.

zación judicial o esperar los resultados de una investigación policial, los médicos deberían realizar la intervención médica³³.

Ahora bien, la realidad dista de ajustarse a esta interpretación legal, y las prácticas de hospitales y tribunales están lejos de garantizar abortos seguros. En “Derechos Humanos de las Mujeres: Asignaturas Pendientes del Estado Argentino”, organizaciones de la sociedad civil reseñaron una serie de casos representativos del modo en que las trabas burocráticas y la judicialización de permisos para acceder a lo que ya es permitido por ley, obstaculizan o impiden la atención médica de las mujeres en situación de aborto. Niñas menores de catorce años o mujeres con discapacidad violadas, y embarazadas con enfermedades terminales, sufrieron malos tratos por parte de los sistemas de salud pública y de la justicia³⁴. La multiplicación de estos obstáculos no sólo hace más cruenta y riesgosa la intervención médica, sino que determina la búsqueda de soluciones clandestinas con muertes evitables.

De acuerdo con un informe elaborado por *Human Rights Watch*, la mayoría de las mujeres desconoce las circunstancias en las cuales están autorizadas a someterse a un aborto, y quienes sí solicitan abortos legales se enfrentan a la hostilidad de los funcionarios del sistema de salud y de los operadores de justicia³⁵. Por un lado, de parte de los profesionales intervinientes en hospitales públicos, las mujeres deben soportar no sólo su desconocimiento y temor a las consecuencias sociales y jurídicas de la interrupción del embarazo en los casos autorizados por la ley —situaciones que

³³ Ministerio de Salud de la Nación, “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”, disponible en www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guia_tecnica_abortos_no_punibles.pdf.

³⁴ Para un detalle sobre estos casos, cf. CELS *et al.*, “Derechos Humanos de las Mujeres: Asignaturas Pendientes del Estado Argentino. Informe alternativo de Organizaciones de la sociedad civil en el marco de la presentación del sexto informe periódico de los Estados Parte ante el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, Argentina, 2010, disponible en www.despenalizacion.org.ar/publicaciones.html.

³⁵ Cf. Human Rights Watch, *¿Derecho o ficción? La Argentina no rinde cuentas en materia de salud reproductiva*, 2010, p. 22 y siguientes.

derivan en la judicialización del caso—, sino también la alegación de objeciones religiosas y culturales³⁶. Por el otro, entre los obstáculos que impone el sistema judicial, la ausencia de criterios jurisprudenciales uniformes, la dilación en las respuestas, y la exacerbada preocupación por la vida en gestación, en comparación con la nula atención a la situación de la mujer frustran los derechos de quienes se encuentran comprendidas en los supuestos despenalizados³⁷.

En conocimiento de ello, en marzo de 2010, el Comité de Derechos Humanos de la ONU advirtió que en la Argentina se realiza una interpretación inconsistente de la ley que autoriza el aborto, por lo que instó a la capacitación de los jueces y profesionales de la salud. Asimismo, señaló que se debe reformar la legislación a fin de evitar embarazos no deseados y abortos clandestinos que pongan en peligro la vida de las mujeres³⁸. Ante dicho organismo internacional ya tramitaba una comunicación individual presentada en 2007, en relación con la vulneración del derecho al aborto legal por parte de una joven, con una discapacidad mental, que quedó embarazada luego de haber sido violada por su tío. Si bien se trataba de un caso de aborto no punible contemplado por el Código Penal, en primera y segunda instancia la justicia impidió la intervención de un hospital público. Llegado el proceso a la Su-

³⁶ Al respecto, cf. CELS *et al.*, “Derechos Humanos de las Mujeres: Asignaturas Pendientes del Estado Argentino ...”, *op. cit.* en nota 34, ps. 29 y 30, notas 86 y 87.

³⁷ Sobre la falta de uniformidad de las decisiones judiciales, Bergallo ha señalado que el Tribunal Superior de una provincia puede expedirse garantizando una interpretación amplia del aborto no punible previsto en el art. 86, mientras en otra provincia la misma lectura puede habilitar un pedido de juicio político al juez interviniente. La autora también ha destacado que “la centralidad de la preocupación de la vida en gestación” ha llevado a la sistemática invisibilización de las mujeres y sus derechos y ha anulado toda reflexión sobre lo que implica la maternidad forzada de niñas o adolescentes violadas (cf. Bergallo, “A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”, en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*, 2010, ps. 32 a 36).

³⁸ Cf. Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales. Argentina*, 31 de marzo de 2010, párr. 13.

prema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ésta se expidió a favor de la realización del aborto, pero el hospital se negó a realizarlo con el argumento de que la gestación estaba muy avanzada, razón por la cual la joven tuvo que recurrir a una clínica privada³⁹.

A las limitaciones y trabas de los sistemas de salud y justicia que afectan a la generalidad de las mujeres comprendidas dentro de los supuestos permitidos por la ley, pueden adicionarse, como en el caso de Romina Tejerina, diferentes grados de marginalidad, soledad, violencia o abandono que hacen más difícil imaginar la posibilidad de dichas mujeres de recurrir al rebuscado entramado sanitario y judicial para lograr interrumpir su embarazo. Produce cierto pudor preguntarse por qué no ha hecho en tiempo oportuno la denuncia una joven que dice haber sido violada, inmersa en un medio familiar patriarcal, que ha sido expulsada de la casa paterna, que oculta a su familia su embarazo y que da a luz en la soledad de un baño.

b — La despenalización del aborto

En nuestra ley penal, los supuestos de impunidad del aborto quedan restringidos al art. 86 del Cód. Penal cuya interpretación jurisprudencial es, como se vio, por demás acotada. Subsiste fuera del Código la cuestión relativa a la impunidad de la interrupción temprana de todo embarazo no deseado, sea a través de una reforma legal o mediante una interpretación constitucional⁴⁰.

³⁹ Sobre los pormenores del caso, cf. CELS *et al.*, “Derechos Humanos de las Mujeres: Asignaturas Pendientes del Estado Argentino ...”, *op. cit.* en nota 34, p. 30, y SCBA, 31/7/06, “R. L. M. NN Persona por nacer. Protección. Denuncia”.

⁴⁰ La despenalización del aborto en las primeras semanas podría influir en la suerte de la figura del infanticidio. Huber (cf. *El delito de infanticidio*, en “Revista de Derecho Penal”, 2003-1, p. 142), menciona a la interrupción legal del embarazo como una de las circunstancias que habrían incidido en la baja de infanticidios en Alemania. En nuestro país, conforme se dijera antes, la ley 21.338 derogó el infanticidio, pero al mismo tiempo aseguró que la mera denuncia de violación habilitara la impunidad de la interrupción del embarazo. La pervivencia del homicidio atenuado se circunscribiría a si el estado puerperal sigue teniendo inci-

La primera consecuencia palpable de la ilegalidad del aborto es, como mencionaba Gimbernat Ordeig, la imposición a las mujeres de escasos recursos que no desean continuar con su embarazo de recurrir a clínicas clandestinas, servicios carentes de infraestructura sanitaria, meros especuladores sin conocimientos médicos o procedimientos solitarios con consecuencias fatales⁴¹.

En el informe “Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos”, la Comisión Interamericana señaló su preocupación por los índices de mortalidad materna en América. El aborto está entre las tres primeras causales, razón por la cual las prácticas abortivas inseguras afectan, para la Comisión, el derecho a la salud, integridad personal y a la privacidad, y reflejan el nivel de pobreza y exclusión de las mujeres⁴².

En la Argentina se estima que se realizan 460.000 abortos inducidos por año. Las hospitalizaciones por complicaciones de aborto en los establecimientos públicos (sin distinguir entre abortos espontáneos y provocados) en 2000 fue de 78.894. Conforme cifras recogidas por el Ministerio de Salud, en nuestro país mueren

dencia aun cuando la mujer tuvo la oportunidad de interrumpir lícitamente el embarazo previamente.

⁴¹ Para la OMS, un aborto inseguro es “un procedimiento para finalizar un embarazo no deseado que realizan personas sin el entrenamiento necesario o que se lleva a cabo en un ambiente donde se carece de un estándar médico mínimo, o ambos” (*Aborto sin riesgos*, “Guía Técnica y de Políticas para Sistemas de Salud”, Ginebra, 2003, p. 12).

⁴² Cf. CIDH, “Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos”, informe n° 74/10, del 2 de agosto de 2010. El resto de la región no brinda datos más alentadores. En el tercer informe de la situación de derechos humanos en Colombia (1999) realizado por la CIDH se había señalado que en ese país se verificaban unos 450.000 abortos inducidos por año. La Comisión sostuvo en esa oportunidad que: “La criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia. Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de abortos mal practicados”. Véase en “Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia”, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999.

alrededor de 100 mujeres por año a consecuencia de complicaciones de abortos inseguros, los que representan la primera causa de mortalidad materna⁴³.

El hecho de que la ilegalidad del aborto empuje a prácticas clandestinas y que sea tan grave la afectación a la vida y la salud de las mujeres que las protagonizan sin el mínimo de condiciones sanitarias es motivo suficiente para, al menos, replantear la discusión jurídica.

A continuación presentaremos brevemente algunos de los argumentos constitucionales esgrimidos a favor de la despenalización de las interrupciones de embarazo tempranas sobre la base de la supuesta prohibición que se derivaría del art. 4º.1 del Pacto de San José de Costa Rica (a) y a los derechos constitucionales de las mujeres (b):

- a) Se suele afirmar que la redacción del art. 4º.1 de la Convención Americana obstaría a la expansión del art. 86 del Cód. Penal a otros casos. Incluso se han llegado a considerar inconstitucionales los supuestos hoy previstos en el Código sobre la base de una supuesta protección absoluta de la vida desde la concepción⁴⁴. Sin embargo, el criterio de la CIDH es contrario a dicha pretensión. En el informe “Baby Boy” n° 23/81, del 6 de marzo de 1981, oportunidad en que se pretendió cuestionar la despenalización del aborto en los EE.UU., sostuvo que la existencia de diferentes supuestos de aborto no punibles habían sido previstos antes del dictado de la Declaración Americana de Derechos Humanos y que la Convención debe ser entendida en el mismo sentido⁴⁵. Refirió

⁴³ Ministerio de Salud de la Nación, “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles”, *op. cit.* en nota 33.

⁴⁴ Un ejemplo puede encontrarse en el fallo que declaraba inconstitucional las permisiones del art. 86 del Cód. Penal comentado críticamente por Gullco, en *¿Es inconstitucional el art. 86, inc. 2º del Código Penal?*, en “Doctrina Penal”, año 11, 1988, p. 500 y siguientes.

⁴⁵ Se mencionan las exclusiones pena a) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; b) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; c) pa-

que para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de “desde el momento de la concepción”, con las objeciones suscitadas, se volvió a redactar el art. 2º que prevé el derecho a la vida. Por mayoría de votos se decidió introducir la frase “en general”, de modo que el art. 4º.1 de la CADH reza: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción ...*”. Continuó señalando que el agregado “no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Santa Fe de Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “*en general, desde el momento de la concepción*” son sustancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “*desde el momento de la concepción*”. En resumidas cuentas, para la CIDH la despenalización del aborto en los EE.UU. no contradecía la DADH ni la CADH si ésta le fuera aplicable. Conforme el criterio sentado en el informe “Baby Boy”, ninguno de esos documentos interamericanos obligan a los Estados a penalizar la interrupción de un embarazo⁴⁶.

- b) Nino señalaba que aun cuando deben exigirse razones para poner fin a la vida del feto, su estatus moral es diferente al del recién nacido. Cuanto más inmaduro, más tenue es su identidad con el individuo y en ese punto de su desarrollo, la autonomía de la madre tiene un peso que debe ser respetado⁴⁷. Señala Bergallo, con razón, que el reconocimiento constitu-

ra proteger el honor de una mujer honrada; d) para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa; y e) por angustia económica.

⁴⁶ Cf. Gullco, *¿Es inconstitucional el art. 86, inc. 2º del Código Penal?*, *op. cit.*, p. 500.

⁴⁷ Cf. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2002, ps. 236 y siguientes. El autor pone en juego el grado de evolución del feto, la intensidad del gravamen que provoca a la madre la continuidad del embarazo y el grado de voluntariedad de la concepción.

cional de la vida en gestación no se traduce forzosamente en la necesidad de usar el derecho penal desde el inicio. La protección de esa vida debe hacerse en diferentes niveles conforme la evolución del feto. Debe tenerse en cuenta que se encuentran en juego los derechos de autonomía e igualdad de las mujeres resguardados también por la Constitución y los instrumentos internacionales. Sobre la base de esa ponderación de derechos en juego, la autora sostiene la inconstitucionalidad de la penalización de las interrupciones tempranas de embarazo⁴⁸.

También Ferrante postula que la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres, en las primeras etapas de gestación, es más valiosa que la vida del embrión y que, por ende, existen razones constitucionales para permitir la interrupción temprana de los embarazos sin exigir causales específicas más allá de la voluntad de la mujer. Refiere que la vida del embrión en nuestro derecho tiene un valor incremental, lo que se aprecia en el hecho de que la ley no trata de igual manera al feto que a la persona nacida. Menciona, entre otros ejemplos, la impunidad del aborto culposo o las lesiones al feto, la diferente pena que se impone al homicidio con relación al aborto, la licitud de terminar con la vida del no nacido cuando está en riesgo la vida de la madre, pero no lo contrario⁴⁹.

Faerman señala que la autonomía personal y la privacidad, entendidas en el marco de lo dispuesto por el art. 19 de la Const. Nacional, permiten fundar la impunidad de los abortos tempranos. Sigue a Nino en su definición de autonomía en cuanto importa el derecho de elegir y materializar el propio plan de vida que incluye lo atinente a su salud y sus dere-

⁴⁸ Bergallo, “A propósito de un caso formoseño: las intervenciones y el discurso judicial sobre el aborto”, en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*, 2010, ps. 46 y 47.

⁴⁹ Ferrante, “Sobre la permisividad del derecho penal argentino en casos de aborto”, en *Aborto y justicia reproductiva*, Paola Bergallo (comp.), en prensa.

chos sexuales y reproductivos, para luego pasar revista a los arts. 12, 14 y 16 de la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El Estado, señala la autora, “debería garantizar que las decisiones se tomen libremente y que las personas que carezcan de recursos para llevar adelante la práctica, puedan acceder a ella”⁵⁰.

Desde la teoría feminista radical, MacKinnon ha sostenido que no es la intimidad lo que funda el derecho al aborto en cabeza de las mujeres, sino el derecho a la igualdad, habida cuenta de que es la desigualdad social y política de los sexos la que ubica a las mujeres en una situación de opresión. Según la autora, el argumento de la intimidad cierra los ojos al hecho de que todo embarazo se remonta a una relación sexual en un contexto en el que las mujeres no tienen acceso a su sexualidad. Sostiene, además, que centrar la cuestión en la intimidad permite convertir al aborto en un privilegio privado, en lugar de un derecho público⁵¹.

En la argumentación a favor de la despenalización del aborto en las primeras semanas de gestación suele mencionarse la jurisprudencia de las cortes de los Estados Unidos y de Canadá, cuyos fundamentos podrían ser aplicables también a nuestro país; máxime teniendo en cuenta la habitualidad con la que nuestra Corte recurre a la jurisprudencia estadounidense para la interpretación de las garantías constitucionales⁵².

En el primer caso, el famoso fallo “Roe v. Wade” (1973) y su progenie, la Corte de los EE.UU. basó la inconstitucionalidad del cas-

⁵⁰ Faerman, “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Roberto Gargarella (coord.), t. II, 2008, p. 682 y ss. En el texto se mencionan, además, las críticas que algunas feministas realizaron a esta argumentación constitucional basada en la privacidad.

⁵¹ MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del estado*, trad. por Eugenia Martín, 1995, ps. 329 a 347.

⁵² Las menciona Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*; Faerman, quien reseña el caso estadounidense en “Algunos debates constitucionales sobre el aborto”, en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Roberto Gargarella (coord.), t. II, 2008, p. 684.

tigo durante el primer trimestre teniendo en resguardo la privacidad y la viabilidad del feto fuera del cuerpo de la mujer.

En Canadá, fue el fallo “Morgentaler” (1988) el que determinó que la amenaza de pena contra una mujer que no desea continuar su embarazo importa una interferencia en su cuerpo y una infracción a su derecho a la seguridad. La decisión de la mujer pertenece a su vida privada y su autonomía personal.

La Constitución no obliga a penar a la mujer que interrumpe su embarazo en las primeras semanas. Por el contrario, existen fuertes argumentos para evaluar que, más bien, impone al Estado la abstención de intervenir penalmente cuando ello ocurre. Tratándose de un límite incierto y de lo que se ha denominado un valor incremental del feto en gestación, sería deseable que la ley regulara los plazos, las condiciones y las formas⁵³, a fin de que la realización voluntaria de abortos tempranos quede fuera del derecho penal y no se vea condicionada, en cuanto al acceso a un servicio de salud, por la situación económica de la mujer embarazada.

— § 9 —

CONSIDERACIONES FINALES

La Corte, por mayoría, ha decidido en el caso “Tejerina” no ingresar al análisis de las motivaciones de Tejerina para dar muerte a su hija, ni evaluar si la cantidad de pena impuesta era la adecuada. El contexto en el que tuvo lugar el hecho, la situación de la joven condenada, su historia personal o la forma en que fue llevado un embarazo no querido y cuya interrupción se intentó en otras oportunidades no constituyeron circunstancias relevantes como para ingresar mediante recurso extraordinario.

⁵³ En *El derecho al aborto en los sistemas jurídicos del mundo*, Hoja informativa, n° 5, oct. 2007, Bergallo informa que los sistemas son variados en cuanto a plazos (12, 14, 18, 24 semanas o sin límite de tiempo) o a la exigencia de circunstancias específicas (malformaciones del feto, razones socioeconómicas, la expedición previa de informes, certificaciones, etcétera). Accesible en www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/05_Bergallo.pdf.

La minoría, representada por los votos de los jueces Fayt y Zaffaroni, por un lado, y Maqueda, por el otro, sí ingresaron al contexto en que ocurrió el hecho para tomar una decisión diferente. Los primeros consideraron que la joven había actuado en un estado de inimputabilidad; el último, que correspondía adecuar la pena a su culpabilidad llevando la condena al mínimo de la escala de los homicidios agravados en los que concurren circunstancias extraordinarias de atenuación.

El hecho que dio origen a la causa activó la discusión referida al infanticidio y al aborto en la Argentina.

Ello fue así tanto porque el homicidio tuvo lugar inmediatamente después de que el bebé fuera expulsado del seno materno, como porque en la causa se hicieron múltiples referencias a intentos previos de interrupción del embarazo. La defensa alegó, incluso, que el mismo hecho juzgado había sido un intento de aborto de parte de su asistida, lo que es tenido en cuenta por dos de los jueces de la minoría.

En cuanto al tipo de infanticidio, fue derogado en 1994 en virtud de razones poco debatidas y sobre la base de la opinión nunca contrastada con investigaciones empíricas conforme la cual las mujeres que cometen este delito ya no sienten la deshonra de manera tal que habilite una atenuación de la pena. De ese modo, quienes antes podían esperar una pena de entre uno y seis años, en la actualidad pueden recibir sanciones de prisión de ocho a veinticinco, diez a veinticinco años o prisión perpetua.

En el debate público, la discusión sobre el aborto se precipitó por la sencilla razón de que un hecho de fuerte impacto como lo son las cuchilladas propinadas a una niña recién nacida por su madre, no habría tenido lugar si la joven acusada hubiese tenido éxito en sus intentos anteriores de interrupción del embarazo. Dichas tentativas no hacen más que remitir a otras cientos de miles que, con mayor o menor suerte, ocurren anualmente en la Argentina en una clínica de alta complejidad, en un consultorio médico, en un local atendido por una persona sin la menor capacitación o en la soledad de un baño.

El fallo aquí comentado nada menciona acerca del régimen de aborto en nuestro Código Penal ni del derecho de las mujeres a

poner fin a un embarazo no querido. Lamentablemente, el Congreso todavía no ha impulsado el debate necesario para despenalizar los abortos tempranos sobre la base de los fuertes argumentos de orden constitucional que imponen una reforma legal en este sentido.