

EL “CASO T.”
(¿UNA VERSIÓN LOCAL Y REAL
DEL “CASO DE LOS EXPLORADORES DE CAVERNAS”?)
[La Ley 2008-C, 102]

Diego A. Dolabjian

§1.- Introducción

En 1949, el profesor de Harvard Lon L. Fuller escribió el célebre “caso de los exploradores de cavernas”.¹

En apretada síntesis, los hechos del caso fueron los siguientes: un grupo de exploradores ingresaron a una caverna y cuando se hallaban lejos de la entrada fueron atrapados por una avalancha. Al tomar conocimiento de lo sucedido, se enviaron partidas de rescate y se adoptaron muchas otras medidas, pero la tarea resultó de extraordinaria dificultad. Pasadas ya varias semanas de encontrarse encerrados en la caverna sin provisiones, los exploradores lograron comunicarse con el exterior mediante un equipo inalámbrico. Al entablar la comunicación, fueron informados acerca de la escasa probabilidad de que sobrevivieran sin alimentos durante el tiempo que demandaría su rescate. Así fue que uno de los exploradores, Roger Whetmore, preguntó si comiéndose a uno de ellos los restantes podrían sobrevivir. Ningún médico, juez, funcionario público o ministro religioso respondió su pregunta, tras lo cual dejaron de recibirse nuevos mensajes desde el interior de la caverna. Transcurridos varios días más, cuando finalmente se logró rescatar a los exploradores, se conoció que con posterioridad a esa comunicación, Whetmore había sido asesinado y comido por sus compañeros. Al tiempo, los exploradores sobrevivientes fueron sometidos a juicio y resultaron condenados por homicidio, llegando el caso a decisión de la Suprema Corte de Newgarth. En el Tribunal, que se encontraba integrado por 5 Ministros – Trueppeny, Foster, Tatting, Keen y Handy– se emitieron 5 votos distintos, de los cuales resultó –por la mínima mayoría– la confirmación de la sentencia condenatoria del *a quo*.

Hace pocos días atrás, la CSJN resolvió el “caso T.”.²

Resumidamente, los hechos del caso resultaron como sigue: tras un embarazo producto de un episodio no esclarecido, que fue ocultado y cursado en absoluto desamparo, con intentos de aborto, y siendo T. aún menor de edad, ésta dio a luz a una niña, estando sola y sin esperarlo, en el baño de la casa de su hermana donde vivía, sin la ayuda ni asistencia de persona alguna. Tras el alumbramiento, colocó a la recién nacida en una caja de cartón y la apuñaló con una hoja de metal que encontró en el lugar, provocándole diversas heridas que le ocasionaron la muerte. Tras ser sometida a juicio, T. fue condenada por homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, llegando el caso a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el Tribunal, que se encontraba integrado por sus 7 Ministros –

¹ FULLER, LON L.: *El caso de los exploradores de cavernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

² CSJN, “Recurso de hecho deducido por la defensa de R. A. T. en la causa T., R. A. s/ homicidio calificado –causa N° 29/05–”, 08/04/2008.

Lorenzetti, Highton, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay– también se emitieron 5 votos distintos,³ de los cuales resultó –también por la mínima mayoría– la confirmación de la sentencia condenatoria del *a quo*.

La simetría existente entre los dos casos resulta evidente: en ambos se trató de homicidios cometidos en situaciones de suma excepcionalidad por –y respecto de– personas que se encontraban en completo desamparo; en ambos fueron 5 los votos emitidos por los Ministros del Máximo Tribunal; y en ambos, la decisión final fue la confirmación de la sentencia condenatoria por la mínima mayoría.

Sin perjuicio de ello, pareciera que las semejanzas entre “el caso de los exploradores” y el “caso T.” no se agotan en tales circunstancias, sino que incluso se verifican ciertas analogías en las posturas y consideraciones que fueron sostenidas por los diversos Ministros en sus distintos votos.⁴

§2.- Acerca de los votos de los Ministros

En efecto, de la lectura de sus respectivos votos, se nos antoja descubrir ciertas reminiscencias en los votos de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los votos de los Ministros de la Suprema Corte de Newgarth: así, el voto de Lorenzetti y Petracchi pareciera recordar al de Tatting, el de Highton al de Keen, el de Argibay al de Trueppeny, el de Fayt y Zaffaroni al de Foster y el de Maqueda al de Handy. Veamos.

a) El voto Lorenzetti y Petracchi (¿Tatting?)

Al igual que el Ministro Tatting, que renunció a participar en la decisión del “caso de los exploradores”, los Ministros Lorenzetti y Petracchi evitaron pronunciarse en el “caso T.”.

Aunque, por supuesto, las razones esgrimidas en cada uno de los votos fueron distintas: mientras Tatting fundó su decisión en reconocerse “*totalmente incapaz de resolver las dudas que me acosan respecto de la solución legal de este asunto*” porque encontraba que “*toda consideración relevante para la decisión de este caso halla su contrapartida en otra que lleva en dirección opuesta*”;⁵ Lorenzetti y Petracchi consideraron escuetamente “*que el recurso extraordinario, cuya denegación origina la presente queja, es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)*”.

En tal sentido conviene tener presente que el art. 280 del CPCCN, en su parte pertinente, dispone que: “*La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación*

³ Por cuanto Lorenzetti y Petracchi emitieron un voto conjunto, al igual que lo hicieron Fayt y Zaffaroni por su lado.

⁴ Tal afirmación en modo alguno implica sostener que los Ministros de la CSJN adhieran a las actitudes o filosofías jurídicas que representan los jueces caracterizados por Fuller, sino tan sólo señalar la existencia de ciertas coincidencias que, de hecho, se advierten en las opiniones vertidas al resolver el caso concreto.

⁵ Es oportuno señalar que la posibilidad de una decisión judicial en tales términos se encontraría vedada en nuestro sistema jurídico, toda vez que el art. 116 de la CN dispone que el Poder Judicial debe conocer y decidir “todas las causas”, razón por la que “*no puede dejar nunca de juzgar por falta, obscuridad o crueldad de las leyes*” (GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la constitución argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 590); interpretación ésta coherente con lo expresamente previsto en el art. 15 del Código Civil: “*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”.

de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

Lamentablemente, el voto de Lorenzetti y Petracchi –como, por otra parte, suele ser costumbre en la CSJN– no menciona explícitamente en qué causal fundaron la aplicación del art. 280 del CPCCN, sino que realizan una invocación genérica de tal disposición normativa.⁶

No obstante ello, nos parece que en el “caso T.” no se dan ninguna de las causales que habilitan la aplicación del art. 280 del CPCCN, toda vez que entendemos que la sentencia condenatoria sí daba lugar a un agravio federal suficiente y las cuestiones planteadas resultaban ciertamente sustanciales y por demás trascendentes.

Si, como la CSJN ha dicho reiteradamente de sí misma, ella es el custodio e intérprete final de la Constitución y de los derechos en ella consagrados,⁷ resulta difícil de aceptar que decline su intervención en un caso de características tan especiales que, sin exagerar, e independientemente de lo que se resolviera en definitiva, ponía a prueba el modelo y alcances de la potestad punitiva estatal.

Al margen de todo ello, y sin perjuicio de las distintos argumentos invocados en el voto de Tating y en el de Lorenzetti y Petracchi, lo cierto es que en ambos casos la consecuencia de la decisión por ellos adoptada fue la misma: su negativa de tratar el caso redundó en la condena de los acusados por confirmación de la sentencia decidida por el *a quo*.

b) El voto de Highton (¿Keen?)

Tanto el voto de Keen como el Highton se presentan como una rigurosa aplicación de la ley, que rechaza toda posibilidad de su alteración por los jueces, con fundamento en el principio de separación de poderes.

En efecto, expresamente Keen alude a *“la obligación del Poder Judicial de aplicar fielmente la ley escrita y de interpretar esta ley de acuerdo a su llano sentido sin referencia a nuestros deseos personales y a nuestras concepciones individuales de justicia”*.

Y, en cierta manera, Highton se manifiesta en forma similar al explicar que la figura del infanticidio fue derogada en 1994 mediante la ley 24.410 y que si bien *“a nadie puede pasarle por alto que existen cuestiones de carácter psicológico que pueden llegar a afectar a una mujer con posterioridad al parto (...) ello no constituye causa eficiente para reflotar judicialmente la figura del infanticidio”* (consid. 11).

⁶ Al respecto, Morello ha dicho con razón que la no discriminación de los motivos descalificadores *“sería un vuelo a ciegas”*, por lo que *“cada una de esas causales o motivos deben estar individualizados con referencia expresa en la resolución de inadmisión”* en tanto que la CSJN *“no está en la franquía para dejar cada supuesto a su suerte. Cada supuesto, en particular, ha de ser mencionado explícitamente”* (MORELLO, Augusto M.: *La nueva etapa del recurso extraordinario. El “certiorari”*, Librería Editora Platense–Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 119). Tal criterio parece abonado por lo que prescriben los arts. 1, 17, 18, 28, 33, 116 de la CN y el propio texto del art. 280 del CPCCN, en consonancia con su art. 34 inc. 4; entre otras normas.

⁷ CSJN, 1:340, entre muchos otros. El criterio ha sido reiterado por la CSJN, en su actual integración, *in re* “García, Gustavo Alberto y otros”, 18/09/2007, *LL online*.

En principio, tal argumento no podría ponerse en duda: sabido es que en virtud del principio republicano de separación de poderes (art. 1 y 33 de la CN) no compete a los jueces el poder de legislar.

Sin embargo, sí puede ponerse en entredicho que la invocación de tal principio brinde fundamento suficiente para resolver el caso en examen.

Ello surge del propio voto de Highton cuando afirma que *“el homicidio de un recién nacido por parte de la propia madre -soltera o adúltera- bien puede ver atenuada la pena según las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, y hasta estar exento de pena por aplicación del art. 34 inc. 1º del Código Penal...”* (consid. 10).

Por tanto, no nos convence la idea de que el apego a la ley imponga necesariamente una respuesta condenatoria y que una eventual atenuación o exención de la pena implique una indebida reforma legislativa por vía judicial tendiente a reflotar la figura del infanticidio, pues ello –como el propio voto reconoce– podría significar, simplemente, la estricta aplicación de los arts. 40, 41 ó 34, inc. 1 del Código Penal cuya observancia, en virtud del mismo principio de separación de poderes, resulta competencia indeclinable de los jueces.

De igual forma, las reminiscencias a Keen y a dicho principio reaparecen cuando Highton afirma que *“todo aquello 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”* (consid. 12).

Nuevamente, la afirmación no nos satisface, y hasta su formulación se nos figura peligrosa.

Y es que la exigencia de razonabilidad de las leyes en cuanto a la selección y ponderación que haga el legislador;⁸ precisamente se traduce en materia penal en la limitación del alcance de los tipos y las sanciones, por lo que tales extremos no pueden quedar ajenos a la intervención de los jueces en ejercicio del control de constitucionalidad que les compete para el amparo de las garantías constitucionales frente al poder mayoritario.⁹

De hecho, la propia jurisprudencia de la CSJN registra antecedentes en los cuales se controló la normativa penal a fin de verificar la razonabilidad de las decisiones del legislador, llegando incluso a declarar inconstitucionalidades en la materia.¹⁰

En rigor de verdad, nos parece que ello no podría ser de otra manera, partiendo de la base de que la CSJN ha dicho reiteradamente que su misión es ser el supremo custodio de las garantías constitucionales¹¹ y que, precisamente, es en materia penal donde se

⁸ La irrazonabilidad de las leyes puede resultar tanto de los criterios de selección del legislador respecto del antecedente de la norma –es decir, qué circunstancias están incluidas en el caso y cuales no– como de la ponderación del consecuente de la norma –es decir, cuando la solución legal no guarda debida relación con el antecedente de la norma– (LINARES, Juan F.: *Razonabilidad de las leyes, El “debido proceso” como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 111/118).

⁹ SILVESTRONI, Mariano H.: *Teoría constitucional del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 177.

¹⁰ CSJN, Fallos 308:1392 y 312:826. De hecho, si fuera cierto que todo aquello vinculado con los delitos y las penas es materia exclusiva del legislador y que los jueces no pueden actuar sobre tales decisiones, ¿cómo podría haber trascendido que la CSJN, en su actual integración, estaría preparando un fallo ejerciendo el control de constitucionalidad sobre la penalización de la tenencia de drogas para uso personal? (v. Diario Clarín, “Ya hay polémica por el fallo que preparan en la Corte sobre drogas”, del 24/03/2008).

observa un mayor celo por parte de la Constitución Nacional en el reconocimiento de derechos y garantías para las personas.¹²

c) El voto de Argibay (¿Truopenny?)

Pese a que el voto de Argibay contiene elementos que recuerdan al voto de Keen (Highton) y, en definitiva, decide el asunto de la misma manera que Tatting (Lorenzetti y Petracchi); se nos representa más parecido al de Truppeny.

Respecto de Keen y Highton, el voto de Argibay se asemeja por presentarse como una rigurosa aplicación de la ley.

El parecido es incluso patente en cuanto así como Keen reconoce que *“una decisión rigurosa jamás es popular”*, Argibay expresa que *“resulta comprensible que luego de una sentencia de condena en un juicio penal surjan opiniones acordes y discrepantes con la cantidad de pena impuesta, y así, habrá quienes entiendan que la sanción es exagerada y otros que la consideren insuficiente”* (consid. IV).

Sin embargo, mientras que para Highton arribar a una decisión distinta a la confirmación de la condena implicaba violar el principio de separación de funciones entre los poderes nacionales (consid. 11 y 12); para Argibay, ello hubiera significado la violación de la separación de competencias entre las autoridades nacionales y provinciales, en cuanto que *“...desde 1860, la Constitución Nacional contiene una distribución de las potestades judiciales federales y provinciales tal que esta Corte Suprema, como todo tribunal federal, carece de competencia (por la exclusión expresa hecha en el artículo 116 de la Constitución Nacional) para revisar las sentencias dictadas por los tribunales superiores de las provincias en aquellos casos que han sido resueltos sobre la base del derecho procesal provincial y de los códigos mencionados en el artículo 75, inciso 12, en los cuales se encuentra incluido el Código Penal”* (consid. III).

Ahora bien, lo cierto es que en infinidad de oportunidades la CSJN ha intervenido por la vía del remedio extraordinario federal en diversos asuntos regidos por normas de derecho común y/o procesal local con sustento en la doctrina de la arbitrariedad de sentencia,¹³ al punto tal que se ha dicho que *“si la sentencia es arbitraria, entonces la*

¹¹ CSJN, Fallos 297:338, entre muchos otros. Éste criterio ha sido reiterado por la CSJN, en su actual integración, *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, 18/09/2007, LL 2007-F, 111. Vale aclarar que el hecho de que la CSJN sea un tribunal para la garantía de los derechos fundamentales, no implica desconocer su calidad de órgano de poder político (BIDART CAMPOS, Germán J.: *La Corte Suprema. El tribunal de las garantías constitucionales*, Allende y Brea, Buenos Aires, 1982, p. 15/20).

¹² FERREYRA, Raúl G.: *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 142/143. Basta con recordar, paradigmáticamente, entre otras normas, al art. 18 donde *“la Constitución ha reunido (...) todas las materias que sirven de fundamento a la ley penal y a los procedimientos en caso de acusación contra cualquier persona”* (GONZÁLEZ, Joaquín V.: *Manual de la constitución argentina*, Ed. Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 190). Siendo así, *“no puede haber duda alguna del efecto irradiante (...) que ejercen las normas y principios constitucionales sobre el derecho ordinario y, en particular, sobre el derecho penal y procesal penal”* (TOZZINI, Carlos A.: *Garantías constitucionales en el derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 17). De allí que, como ya se dijo, no pueda descartarse la intervención de los jueces sobre la materia, por vía del control jurisdiccional de constitucionalidad.

¹³ CSJN, Fallos 207:72, entre muchos otros. Éste criterio ha sido reiterado por la CSJN, en su actual integración, *in re* “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia”, 21/11/2006, Fallos 329:5266, donde incluso se afirmó que *“La presencia de una cuestión federal sustentada en la interpretación inconstitucional de normas no federales, ha sido destacada por el Tribunal en precedentes dictados aun con anterioridad al reconocimiento y admisibilidad de la doctrina de las sentencias arbitrarias (Fallos: 102:379; 123:*

*Corte puede –más fuerte aún, debe– rever por la vía del recurso extraordinario cuestiones de hecho (apreciadas con arbitrariedad), o la inteligencia (arbitrariamente) dada a códigos de fondo, a leyes locales, a leyes procesales, etc.”*¹⁴

No obstante, Argibay niega que el “caso T.” se verifique tal hipótesis de arbitrariedad, considerando que la sentencia del *a quo* “*ha hecho una consideración de todos y cada uno de los agravios o cuestionamientos que la defensa articuló contra el fallo condenatorio dictado por el tribunal de juicio, sin que esté presente el más mínimo indicio de que siquiera alguno de cada uno de los jueces y fiscales que intervinieron en el proceso haya actuado arbitrariamente, es decir, con el propósito de violar los derechos constitucionales de la acusada o imponerle una pena injusta o caprichosa*” (consid. III).

Como se advierte, pareciera que en el concepto esbozado por Argibay, la configuración de la arbitrariedad de sentencia requeriría la demostración de cierta “intencionalidad” por parte del juzgador.

Sin embargo, el repaso por la jurisprudencia de la CSJN permite advertir que tal recaudo no aparece exigido en el desarrollo pretoriano de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, con excepción de una vieja disidencia del Ministro Casares en la que se afirmó que “*la arbitrariedad consiste en prescindir o apartarse dolosamente de la norma con sujeción a la cual debía realizarse el acto, erigiendo a la propia voluntad en árbitro exclusivo de la decisión*” (consid. 6).¹⁵

En efecto, básicamente, y siguiendo una de las formulaciones más reiteradas por la CSJN, tal doctrina establece que debe descalificarse por arbitraria una sentencia cuando lo resuelto no constituya una “*derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las constancias de la causa*”,¹⁶ ya sea que ello ocurra en forma dolosa o no dolosa.¹⁷

De todas maneras, y no obstante tales consideraciones, lo concreto es que el voto de Argibay se asemeja al de Tatting y de Lorenzetti y Petracchi, en cuanto rechaza la admisibilidad del caso por “*(no darse) ninguno de los supuestos del artículo 14 de la ley 48, y por estricta aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*”, pese a que tal afirmación resulta de difícil compatibilización con el análisis que realiza en su propio voto acerca del principio de culpabilidad, que reconoce rango constitucional.¹⁸

Justamente en relación éste último punto es que, no obstante a las simetrías ya señaladas respecto de los votos de Keen y Tatting, el voto de Argibay se nos figura más parecido al de Trueppeny.

313; 124:395; 147:286)” (consid. 4).

¹⁴ CARRIÓ, Genaro R.: y CARRIÓ, Alejandro D.: *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. I, 1987, p. 25/26.

¹⁵ CSJN, “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Compañía. Primitiva de Gas de Buenos Aires Ltda.”, 30/07/1948, Fallos 211:1003.

¹⁶ CSJN, Fallos 308:1160, entre muchos otros. Éste criterio ha sido reiterado por la CSJN, en su actual integración, *in re* “Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A.”, 18/12/2007, LL 31/12/2007, 11.

¹⁷ SAGÜES, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Buenos Aires, 1992, T. 2, p. 209.

¹⁸ Y es que, si bien no surge en forma expresa de la parte resolutive de su voto (ver nota nº6), las consideraciones allí vertidas parecen indicar que la inadmisibilidad se fundó en la inteligencia de que el planteo carecía de materia federal suficiente.

Y es que, al igual que Trueppeny, Argibay considera que la aplicación estricta de la ley no permite rever la decisión condenatoria del *a quo*, y así lo vota; no sin antes dejar constancia expresa acerca de la falibilidad del derecho y su función.

En efecto, al confirmar la sentencia condenatoria, Trueppeny afirma que *“el jurado y el juez siguieron un camino que, aparte de ser justo y atinado era el único camino que les quedaba abierto con arreglo a las disposiciones legales”* toda vez que la ley *“no permite excepción alguna aplicable a éste caso, por más que nuestras simpatías nos induzcan a tomar en cuenta la trágica situación en que se hallaron estos hombres”*. No obstante así decidirlo, inmediatamente pone al desnudo la falibilidad de la respuesta jurídica que aplica al expresar que *“en casos como el presente la clemencia ejecutiva aparece admirablemente adecuada para mitigar los rigores de la ley”*, proponiendo a sus colegas dirigir una petición al jefe del Poder Ejecutivo, en la confianza de que *“alguna forma de clemencia se acordará a estos acusados. Si así ocurriere, se hará justicia, sin menoscabo de la letra ni del espíritu de nuestra ley sin ofrecer estímulo a su trasgresión”*.

De igual manera, pese a que Argibay afirma la imposibilidad de rever lo resuelto por el *a quo*, en su voto da cuenta de la falibilidad de la decisión jurídica adoptada, en cuanto tras inquirirse acerca de *“¿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?”* responde que *“no existen formas infalibles para calcular y ‘medir’ la cantidad de pena”* agregando que *“ninguna seguridad adicional de exactitud podemos proporcionar en esta instancia. Por el contrario, la falta de contacto directo con las partes involucradas y de intermediación con el entorno cultural donde se desencadenaron los hechos, así como también con la prueba producida en el marco del juicio oral que sirvió de base a la sentencia –que conocemos sólo a través del papel–, nos aleja de la pretendida infalibilidad que sin sustento razonable se nos atribuye”* (consid. 4).

d) El voto de Fayt y Zaffaroni (¿Foster?)

El voto de Fayt y Zaffaroni se asemeja al de Foster, por diversas razones.

De un lado, por cuanto en ambos votos se deja entrever que, a su criterio, la resolución del caso trascendería de la suerte personal de los condenados, proyectando sus consecuencias sobre la concepción general del derecho que rige en la sociedad.

Así lo expone Foster con claridad afirmando que *“en este caso está en juicio algo más que el destino de estos infortunados exploradores; está en juicio el derecho de nuestro Commonwealth”*; y en un sentido similar, Fayt y Zaffaroni expresan que la resolución del caso *“invita(...) a una reflexión: ‘o se construye sobre un puro derecho penal de seguridad social o sobre un derecho penal espiritual construido sobre la base del principio de culpabilidad’ (...) No puede admitirse que se intente combatir con derecho penal al desamparo”* (consid. 24).

En lo que concretamente se refiere a los acusados, tanto para Foster como para Fayt y Zaffaroni, las gravísimas circunstancias anteriores y concomitantes a la comisión del homicidio determinarían que aquellos se encontrasen éticamente fuera de la posibilidad de concebir al acto realizado como un delito.

En tal sentido, Foster considera que *“si los trágicos acontecimientos de este caso hubieran sucedido una milla más allá de los límites territoriales de nuestro Commonwealth, nadie pretendería aplicarles nuestra ley (...) Ahora bien, sostengo que un caso puede ser sustraído de la fuerza de un orden jurídico, no solo en sentido geográfico sino también moral. Si atendemos a los propósitos del derecho y del gobierno, y a las premisas subyacentes a nuestro derecho positivo, nos percatamos de que cuando aquellos tomaron su funesta decisión, se hallaban tan remotos de nuestro orden jurídico como si hubieran estado mil millas más allá de nuestras fronteras (...) Tal cosa tiene como consecuencia que el derecho a ellos aplicable no sea el derecho sancionado y establecido por este Commonwealth, sino el que se deriva de aquellos principios adecuados a su condición. No vacilo en decir que bajo aquellos principios no son culpables de crimen alguno”*.

Por su parte, si bien Fayt y Zaffaroni se limitan a revocar la sentencia condenatoria y ordenar que *“vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dice nuevo pronunciamiento”*, pareciera que su voto se mueve en un sentido análogo al de Foster, en la inteligencia de que la acusada no habría estado en condiciones de comprender valorativamente la criminalidad de su acto, afirmando que *“pueden presentarse perfectamente alteraciones en el control ético de las conducta (esfera pragmática) pero sin trastornos intelectuales (esfera praxica), siendo la disfunción afectiva tan importante como la mental”* (consid. 10), a lo cual agregan que *“‘un impacto emocional tan intenso’ –en este caso el nacimiento inesperado del bebé que se patentizó en su llanto, en circunstancias extremas (...)– 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, del Código Penal)...’* (consid. 16) siendo en tal sentido *“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. T. 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”* (consid. 18), todo lo cual resultaría agravado por su condición de menor de edad y bajo nivel cultural (consid. 16), por las alteraciones propias del estado puerperal (consid. 17), por la circunstancia tratarse de un llamado “parto en avalancha” (consid. 19), por la falta de afecto de su familia (consid. 20), etc.

Desde igual manera, el voto de Fayt y Zaffaroni también se parece al de Foster, por cuanto en ambos reconocen que los condenados han perpetrado un acto que viola la ley, pero consideran que en el caso concurrirían ciertas previsiones jurídicas que excluyen su castigo.

Así lo entiende Foster, al considerar que en “el caso de los exploradores” sería de aplicación el instituto de la legítima defensa, afirmando que *“es perfectamente claro, por supuesto, que estos hombres han cometido un acto que viola el texto literal de la ley que dice que quien ‘intencionalmente privare de la vida a otro’ es un asesino (pero) matar en defensa propia es excusable”*.

Por su parte, como se vió, para Fayt y Zaffaroni el “caso T.” podría encuadrarse en la situación prevista en el art. 34, inc. 1º del Código Penal en razón de que *“en el*

momento del hecho” la acusada no habría podido “*comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*”.

Análogamente, tanto Foster como Fayt y Zaffaroni, arriban a tal conclusión dando a las palabras de la ley un significado que no es el más inmediato, citando en apoyo de tal interpretación precedentes anteriores del Máximo Tribunal.

En efecto, tras citar los precedentes “Commonwealth c/ Staymore” y “Fheler c/ Neegas”, Foster afirma la posibilidad de que “*un tribunal, después de haber analizado los fines de una ley, d(e) a sus palabras un sentido que no es inmediatamente obvio para el lector distraído que no ha estudiado la disposición con detenimiento y que no ha examinado los objetivos que ella busca alcanzar*” de donde se deriva la posibilidad de que, aunque la ley del Commonwealth no lo prevea, deba admitirse la excepción de la legítima defensa.

Y, en forma similar, Fayt y Zaffaroni, luego de citar el caso “Leconte de Salva”,¹⁹ en el que “*se expuso a las claras la diferencia que existe entre el conocimiento del acto ejecutado y su real comprensión o valoración*” (consid. 8), sostienen que “*la ‘expresión comprender la criminalidad del acto del art. 34 del Código Penal no se identifica con capacidad de conocer teóricamente, esto es, de manera puramente intelectual’*” (consid. 10), de donde cabe considerar que la inimputabilidad pueda resultar de la falta de comprensión ética del acto.

Párrafo aparte merece el rechazo efectuado en el voto de Fayt y Zaffaroni respecto de la afirmación del *a quo* en el sentido de que “*en la valoración de los informes periciales, corresponde privilegiar aquellos confeccionados por los peritos oficiales*”, con fundamento en que “*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–*” (consid. 6).

Al respecto, pareciera que les asiste razón a Fayt y Zaffaroni en lo que concretamente concierne al “caso T.”: ciertamente un peritaje de “*poco más que una carilla*” donde se realiza “*una transcripción negativa del art. 34, inciso 1º, del Código Penal*” (consid. 13), por más oficial que fuera, resultaba definitivamente menos atendible que la mucho más completa pericia de parte.

No obstante, y si bien también pareciera cierto que la cita que hace el *a quo* a lo dicho por la CSJN en Fallos 299:265²⁰ resulta errónea (consid. 6), no lo es menos que el Tribunal había resuelto en otros precedentes que “*el consultor técnico –tal como lo ha recogido el Código Procesal– constituye una figura claramente diferenciable del perito y análoga a la del abogado*”²¹ lo cual daría sustento suficiente para pensar que, efectivamente, al menos en términos generales y fuera de las particularidades del “caso

¹⁹ CSJN, “Leconte de Salva, María Edelmira Lucía s/ homicidios calificados reiterados”, 07/12/1982, Fallos 304:1808. La cita de éste precedente por Fayt y Zaffaroni es intachable. No obstante, nos permitimos señalar una curiosidad: en el caso “Leconte de Salva” la CSJN descalificó la sentencia del *a quo* por entender que se había apartado indebidamente de las conclusiones de las pericias oficiales, mientras que en el “caso T.”, Fayt y Zaffaroni propusieron la revocación del fallo por considerar que el juzgador había sobrevalorado dicha pericial.

²⁰ CSJN, “Haitzaggerre de Arrabal, Haydée M. c/ S.A. Centro Asistencial Privado Iatros”, 06/12/01977, Fallos 299:265.

²¹ CSJN, “Prada, Iván Roberto”, 29/10/1985, Fallos 307:2077; criterio reiterado in re “Magdalena de León, Laura c. Obra Social para la Actividad Docente”, 23/05/1995, Fallos 318:1026

T.”, las conclusiones de un perito de parte no revisten una fuerza probatoria equiparable a las de un perito oficial.²²

e) El voto Maqueda (¿Handy?)

Finalmente, el voto de Maqueda se nos presenta con ciertas reminiscencias al voto de Handy.

En efecto, en el “caso de los exploradores”, el voto de Handy considera que la resolución del asunto “*es una cuestión de sabiduría práctica, a aplicarse en un contexto, no de teoría abstracta, sino de realidades humanas*”.

A su modo, el voto de Maqueda en el “caso T.” parece moverse en el mismo carril cuando afirma que en la causa “*se trata de determinar si el reproche de culpabilidad, resulta desproporcionado a la luz de la doctrina de la arbitrariedad*” y que al respecto “*para establecer la medida de la autonomía de la persona en el momento del hecho el juzgador no está limitado a lo que le informen los peritos, sino que bien puede incorporar datos que pertenecen, además, al dominio del conocimiento público, la lógica y la experiencia común*”.

De otro lado, si bien Handy se decide por la absolución, en su voto hace referencia expresa a la posibilidad de que los acusados fueran “*castigados con una especie de pena simbólica*”.

Y, precisamente, atendiendo a las especialísimas circunstancias del caso, Maqueda arriba a una decisión que, de hecho, se asimilaba bastante a la imposición de una sanción simbólica para “T.”.

Ello así por cuanto, en su voto considera “*que en el presente caso que –como se ha dicho– representa una excepción, las circunstancias particulares de la procesada, que sin lugar a dudas se encontraba bajo la influencia del estado puerperal y por ello tenía limitada su autonomía en cierta medida, a lo que deben sumarse todas las otras circunstancias ya mencionadas y que surgen de la sentencia condenatoria, son indicadoras de que los criterios señalados en el artículo 41 del código penal llegan a un extremo tal de reducción de autonomía que solo permiten alcanzar el grado de reproche que razonablemente justificaría una pena conforme al mínimo legal de la escala prevista en el último párrafo del artículo 80*” (consid. 26) y, en consecuencia, resuelve “*condenar a R. A. T. a la pena de ocho años de prisión*”.

²² Así lo enseña la doctrina procesalista mayoritaria, tanto civil como penal. Ver por todos: COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M.: *Código procesal civil y comercial de la Nación*, La Ley, 2006, T. IV, p. 399; D’ALBORA, FRANCISCO J.: *Código procesal penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, T. I, p. 559. Incluso, es interesante señalar que éste criterio mayoritario se encuentra plasmado en una de las obras de otro de los miembros de la CSJN, donde se lee que: “*de existir eventualmente diferencias u opiniones encontradas entre lo que dictaminase el perito de oficio y el consultor de parte, corresponderá estarse a lo emanado del experto de oficio, pues se presume su imparcialidad por el hecho de haber sido designado por el juez de la causa*” (CARUSO, Eduardo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, HIGHTON, Elena I. y AREÁN, Beatriz A. (dirs.), Hammurabi, Buenos Aires, T. 8, 2007, p. 407). Por tanto, y sin perjuicio que su voto recorrió otros carriles, resultaba razonable que Highton no suscribiera la opinión de Fayt y Zaffaroni sobre el particular.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la acusada ya había cumplido 5 años en prisión, resulta claro que la condena de Maqueda devenía en cierto modo simbólica pues, en el caso concreto, su aplicación abría las puertas a T. para obtener su liberación.²³

§3.- A modo de cierre

Tal vez, aun sea posible encontrar más analogías entre “el caso de los exploradores” y el “caso T.” como, por ejemplo, la existencia de referencias recíprocas entre los votos de los Ministros (v.gr. Tatting a Foster; Fayt y Zaffaroni a Maqueda) como así refutaciones cruzadas entre ellos (v.gr. Keen con Foster; Argibay con Maqueda); todo lo cual parece dar cuenta de la complejidad de la deliberación que precedió a la decisión de estos casos tan particulares.

No obstante ello, llegados a este punto, nos interesa señalar tan sólo dos últimas semejanzas más.

Una, se refiere a la suerte de los acusados: y es que en ambos casos, confirmada la sentencia condenatoria por los Máximos Tribunales respectivos, resultó planteada la pretensión de hacer entrar en escena la eventual clemencia del Poder Ejecutivo.²⁴

La otra, se vincula a la tarea desplegada por los Tribunales Supremos: y es que ambos casos, ha quedado patente la carencia de acuerdos significativos a la hora de interpretar el derecho, incluso en materias esenciales vinculadas a principios, derechos y garantías fundamentales.²⁵

Dicho ello, debemos advertir que, como es obvio, no todas son similitudes sino que también existen importantes diferencias entre los dos casos.

Así, mientras que los “exploradores” fueron enjuiciados por un jurado;²⁶ “T.” no tuvo tal oportunidad, pese a que su creación se encuentra prevista desde 1853 en los arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN (ex arts. 24, 67 inc. 11 y 102).²⁷ Así, la duda queda planteada

²³ Cfr. art. 13, Código Penal.

²⁴ En el “caso de los exploradores”, incluso Trueppeny propuso a sus colegas dirigir peticiones al Poder Ejecutivo en tal sentido. En el “caso T.” ha sido su abogada quien afirmó que buscará un indulto presidencial (cfr. Diario Clarín, “La Corte Suprema dejó firme la condena a T.”, 09/04/2008).

²⁵ GARGARELLA, Roberto: “Interpretación del derecho”, en *Derecho constitucional*, AA.VV., Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 649. En efecto, los distintos votos en el “caso T.” dan cuenta de la existencia de criterios ciertamente dispares, cuando no contradictorios, con incidencia directa en asuntos tan relevantes como las cuestiones federales, el principio republicano de separación de poderes, el federalismo, las sentencias arbitrarias, el principio de culpabilidad, el debido proceso, etc.

²⁶ No obstante, cabe recordar que el jurado que juzgó a los exploradores decidió limitarse a emitir un “veredicto especial” en el que sólo se ocupó de establecer los hechos del caso, relegando al juez la determinación de la culpabilidad de los acusados y la fijación de la pena correspondiente.

²⁷ Como es sabido, el mandato que fluye de dichas disposiciones constitucionales nunca fue cumplido por el legislador. Frente a ésta anómala situación, se han expresado diversas opiniones: hay quien lo considera una inconstitucionalidad por omisión legislativa (GELLI, María A.: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, 2003, p. 240) y también quien lo niega (BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2001, T. II-A, p. 174); así como hay quien considera que tales reglas constitucionales han quedado derogadas por desuetudo (SAGÜES, Néstor P.: *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2001, T. 1, p. 628/629), y quien niega tal posibilidad (BADENI, Gregorio: *Tratado de derecho constitucional*, La Ley, Buenos Aires, 2004, T. 2, p. 823/824). En tanto, la CSJN que tradicionalmente rechazaba los planteos deducidos en base a la falta legislativa expresando que la CN no impone al legislador plazos perentorios al respecto (CSJN, Fallos 208:21), en su actual integración ha dado un matiz peculiar a la cuestión afirmando que: “posiblemente sea necesaria (...) una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser

y seguramente permanezca irresuelta: ¿cuál hubiera sido la suerte de “T.” si hubiera sido juzgada por un jurado?

De otro lado, mientras que los “exploradores” fueron condenados a ser colgados del cuello por el verdugo público hasta morir; T. resultó condenada a cumplir una pena de prisión, cabiendo recordar que, afortunadamente, en nuestro sistema jurídico la imposición de la pena de muerte se encuentra vedada con jerarquía constitucional.²⁸

Sin perjuicio de tales diferencias, y otras tantas que pudieran encontrarse, nos resulta imprescindible cerrar éste comentario con aquélla que, a todas luces, es la principal y que jamás debería perderse de vista: “el caso de los exploradores” involucraba personajes ficticios;²⁹ el “caso T.”, vidas reales.

redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular” (CSJN, “Casal, Matías E. y otro”, 20/09/2005, Fallos 328:3399).

²⁸ Cfr. art. 4 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22, CN).

²⁹ Aunque el propio Fuller ha dicho que los hechos del caso no son totalmente imaginarios, sino que le fueron sugeridos por “Queen vs. Dudley y Stphens” (L.R. 14 Q.B. Div. 273, 1884) y por “United States vs. Colmes” (1 Wall. 1,1842).