



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Luis Alfredo Anaya

JURISPRUDENCIA

Tratados y Convenios Internacionales:

Convención de Belém do Pará: protección a la mujer. **Delitos contra las Personas:** Delitos contra la vida: homicidio calificado por el vínculo; situación de exculpación (art. 34, inc. 2º, CP); miedo insuperable. **Culpabilidad:** Causa de exclusión: coacción; exculpación.

NF Con nota a fallo

1 – En razón de que los sucesos investigados constituyen hechos de violencia especialmente dirigidos contra la mujer, que se conectan directamente con los bienes tutelados por la Convención de Belém do Pará, ratificada por ley 24.632, la visión del derecho penal, en el sub examine, no debe ser desplazada bajo la fría mirada de la dogmática penal tradicional, sino bajo los nuevos paradigmas supranacionales de los Tratados que nuestro país ha ratificado y, por tanto, se ha obligado a cumplir y hacer cumplir; lo cual trae ínsito que el examen de los sucesos se realice bajo esa óptica.

2 – De la simple lectura de las piezas que conforman los antecedentes de las actuaciones emerge de manera evidente que

la imputada se encontraba inmersa en una nueva relación violenta –que ella naturalizaba– y que, otra vez, no concebía posibilidad alguna de sustraerse de ella. Frente a esta situación, que no pudo y no debió ser ignorada por los funcionarios del COPNAF a quienes ella logró anotar –del precario modo que pudo– y que no trataron la situación de la familia, no se le proporcionó a la encartada el apoyo necesario para poner fin al vínculo dañino y peligroso que sostenía con su pareja, no se abordó debidamente su condición de mujer golpeada, ni se logró que ella pudiera deconstruir los terribles modelos familiares que sufrió y reiteraba en su vida adulta al momento de formar su propio hogar.

3 – El miedo insuperable es perfectamente asequible dentro del concepto de amenazas de sufrir un mal grave e inminente, máxime cuando esa amenaza se ve reforzada con hechos cotidianos que evidencian inequívocamente la verosimilitud de ella. Así, el estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2º, del cód. penal) presupone una situación de extrema coacción en la cual el mal causado y el que se procura evitar guardan cierta correlación, sacrificando o lesionando un bien jurídico de igual o mayor entidad al suyo propio amenazado, y encuentra fundamento en la anulación del ámbito de autodeterminación de dicho sujeto, lo cual impide exigirle una conducta distinta de la adoptada.

4 – La conducta es penalmente inculpable cuando la situación precedente torna inexigible la posibilidad de adoptar un curso de acción distinto, por haber quedado eliminada la posibilidad del sujeto activo de decidir libremente; emerge claro

de la sentencia que la imputada no sólo omitió una defensa eficaz de sus hijos o la evitación del maltrato homicida de su pareja sino que participaba en el castigo corporal de sus hijos, mas todo ello bajo concretas amenazas de muerte de aquel respecto de ella y de los niños, ya que existían constatables muestras en sus respectivos cuerpos de la posibilidad de su concreción; es evidente que, frente a semejante coacción, desde el punto de vista de su capacidad, la encartada se encontraba en condiciones de realizar una conducta diferente pero a riesgo de su propia vida y de la de sus hijos, y es por ello que el Estado no puede exigirle que realice esa conducta, porque esta persona tiene absolutamente disminuida su libertad de decisión.

5 – No resulta procedente el recurso de casación del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia que absuelve a la imputada, pues el razonamiento sobre la causal exculpatoria que se sostuvo sobre la base de que la encartada no pudo librarse del miedo insuperable por la relación violenta que padecía, con el fin de proteger a sus hijos conociendo el temperamento violento de su pareja, es el correcto de consuno con el plexo probatorio analizado; lo contrario –impulsado por el Ministerio Público Fiscal– supone culpabilizar de manera inadmisibles a la mujer por una situación de violencia de la que ella misma es víctima y revictimizarla, descargando la responsabilidad de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7.b. de la Convención de Belém do Pará) que el Estado no asumió, a pesar de conocer la situación que originaba el deber de ponerle fin y asistir a la mujer a superar aquella situación. A.L.R.

NF El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal⁽¹⁾

por SILVIA MARRAMA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL CASO. – 3. FUNDAMENTOS. 3.1. LA APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL ESTÁ SUJETA A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. 3.2. LA FRÍA APLICACIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL AL CASO PUEDE ACARREAR LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. – 4. CONCLUSIÓN.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Efectos no deseados del control de convencionalidad en materia penal y procesal penal*, por RODRIGO DELLUTRI, ED, 235-784; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, diario nº 13.184 del 21-2-13; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(1) STJ Entre Ríos, 5-3-14, “Á., V. J. - Z., A. S. s/homic. calif. s/recurso de casación”, Exptes. Nº 4413 y Nº 4414, Año 2013-Jurisd.: Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia.

1 Introducción

La dogmática jurídico-penal es la ciencia del derecho penal por excelencia, ya que hace posible, “al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”⁽²⁾. Cumple una de las funciones más importantes de la actividad jurídica en un Estado de derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado⁽³⁾.

Sin embargo, en torno a 1970, se propició el rechazo de un método dogmático excesivamente encerrado en sí mis-

(2) Cfr. GIMBERNAT, ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, pág. 158. Cit. por SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo (s/l, 2010)*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Julio César Faira Editor, pág. 64.

(3) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, pág. 136, cit. por SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho...*, cit., pág. 63.

mo e inadecuado, sin referencia al problema práctico, con basamento exclusivo en un método deductivo-axiomático necesariamente abstracto y reticente a considerar los avances ocurridos en las ciencias sociales del comportamiento humano, e impermeable a las valoraciones político-criminales⁽⁴⁾. Esas críticas han sido asumidas por la mayoría de los dogmáticos, postura que se refleja en lo sostenido por JESCHECK: “No cabe (...) desconocer el peligro que encierra una dogmática jurídico-penal excesivamente anclada en fórmulas abstractas, a saber: de que el juez se abandone al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo así las particularidades del caso concreto. Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, en tanto que las exigencias sistemáticas deben permanecer en segundo plano”⁽⁵⁾.

El fallo del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que tengo el gusto de comentar zanja el peligro referido por JESCHECK y da a la dogmática penal el lugar que le corresponde, esto es, no el de constituir el fin del derecho penal sino el de ser un medio para su aplicación racional, en procura de la resolución adecuada de problemas, en el marco de ciertas determinaciones político-criminales de fines.

(4) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho...*, cit., cap. III.

(5) JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. Mir Puig/Muñoz Conde, Barcelona, 1981, I, pág. 264. Cit. por SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho...*, cit., pág. 70.

CONTENIDO

NOTA
El control de convencionalidad en la aplicación de la dogmática penal, por Silvia Marrama..... 1

JURISPRUDENCIA

PROVINCIA DE ENTRE RÍOS

Tratados y Convenios Internacionales: Convención de Belém do Pará: protección a la mujer. **Delitos contra las Personas:** Delitos contra la vida: homicidio calificado por el vínculo; situación de exculpación (art. 34, inc. 2º, CP); miedo insuperable. **Culpabilidad:** Causa de exclusión: coacción; exculpación (STJ Entre Ríos, sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal, marzo 5-2014) (Continuará en el próximo diario del 7 de mayo de 2014)..... 1

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Una patente para diseñar bebés a través de la selección de dadores de gametos, por Jorge Nicolás Lafferrière..... 8

58.327 – STJ Entre Ríos, sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal, marzo 5-2014. – Á., V. J. y Z., A. S. s/homic. calif. s/recurso de casación.

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los cinco días del mes de marzo del año dos mil catorce, reunidos los señores miembros de la Sala N° 1 de Procedimientos Constitucionales y Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, a saber: Presidente, Dr. Carlos A. Chiara Díaz y Vocales, Dres. Daniel O. Carubia y Claudia M. Mizawak, asistidos por la Secretaria autorizante, Dra. Noelia V. Ríos, fue traída para resolver la causa caratulada: “Á., V. J. - Z., A. S. s/Homic. Calif. s/ recurso de casación”.

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. Carubia, Chiara Díaz y Mizawak.

Estudiados los autos, la Excma. Sala planteó las siguientes cuestiones a resolver:

Primera cuestión:

¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos contra la sentencia N° 30 dictada por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia?

Segunda cuestión:

¿Cómo corresponde resolver las costas causídicas?

A la primera cuestión propuesta, el señor vocal, Dr. Carubia, dijo:

I. Mediante sentencia número treinta, dictada en fecha 12/6/13, por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Concordia, se declaró a V. J. Á., autor material y responsable (Pto. I) de los delitos de Homicidio calificado (dos hechos) en concurso real (arts. 80, inc. 1° en función del art. 48, 80, inc. 2° y 55 del C.P.) y se absolvió de culpa y cargo (Pto. II) a A. S. Z., por la comisión de los delitos

de Homicidio Calificado (dos hechos) en concurso real (arts. 80 inc. 1°, 80 inc. 2° y 55 del C.P.), disponiendo su inmediata libertad (fs. 1/100, Expte. N° 4414) y por sentencia de fecha 2/7/13 (fs. 105/108 vlto.) se condenó a V. J. Á. a cumplir la pena de prisión perpetua y accesorias legales, art. 12 del C. Penal, por aquellos delitos.

II. Contra esa decisión interponen sendos recursos de casación los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Gustavo Pablo Castillo –Agente Fiscal suplente– y Germán Darío César Dri –Fiscal Auxiliar suplente– (fs. 57 y 58/81, Expte. N° 4413), impugnando la absolución de la coimputada A. S. Z. por los delitos enrostrados, y el señor Defensor Adjunto de la ciudad de Concordia, Dr. Pablo J. Garrera Allende, en ejercicio de la defensa técnica del imputado V. J. Á. (fs. 110 y 112/127 vlto., Expte. N° 4414), atacando la resolución que condenó a su pupilo, la cual sintetizaré en los párrafos subsiguientes.

II.1. El recurso del Ministerio Público Fiscal se exploya sobre los recaudos de admisibilidad y expresa los motivos de la interposición del mismo, considerando que la sentencia de grado cae en una errónea interpretación del derecho en lo que respecta a la interpretación y aplicación de la causal de inculpabilidad “miedo insuperable” y su encuadre en el art. 34, inc. 2°, del C.P. (vicio *in iudicando*) y, asimismo, adolece de vicios *in procedendo* (art. 511 del C.P.P.) al incurrir en falta de motivación, fundamentación aparente, contradictoria y arbitraria; observando en particular que, en las categorías de la teoría del delito, el fallo se encuentra descubierto de conclusiones derivadas de razonamiento lógico y desatiende pruebas existentes.

Sus presentantes adujeron, en primer término, que la errónea interpretación del derecho estriba en que el “miedo insuperable”, tratado en la doctrina nacional como un “estado de necesidad exculpante”, deriva de un planteo ar-

bitrario y contradictorio, confundiendo posición de garante dentro de la acción de omisión imputada a Z., con un presupuesto de excusa o inculpabilidad.

En ese sentido, argumentaron que el análisis sentencial de la imputación objetiva de Z. no ofrece reparos, afirma la existencia del tipo objetivo y el subjetivo y, cuando está concluyendo su análisis, se expresa que A. S. Z. no debió tolerar ni consentir desde el inicio de la convivencia de sus hijos con Á., la situación de violencia que tuvieron que soportar los menores víctimas, introduciendo de esa manera el elemento de exigibilidad dirigido a demostrar la existencia de una posición de garante, elemento típico de la comisión por omisión, pero lo define claramente en el sentido de la categoría de culpabilidad, evidenciando con ello el vicio *in iudicando* manifiesto, violando el principio lógico de no contradicción.

Agregaron que con base en la tesis de Donna, el mismo Tribunal que había sostenido que la conducta de Z. era típica, antijurídica y finalmente culpable, pues teniendo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídica penal de su omisión en la posición de garante, igualmente omitió la conducta debida, pasó luego a sostener inexplicablemente que Z. cometió un injusto típico, amparado en la emergencia de una causa de exculpación, encuadrable en el art. 34, inc. 2°, del CP.

Sostuvieron que la culpabilidad es considerada por el *a quo* a partir de criterios psicólogos, en sentido contrario al tratamiento que hizo del injusto mediante criterios normativos, y demostrativo de ello es la cita de un texto de la revista “Actualidad psicológica”.

Indicaron que la aplicación analógica de la eximente “miedo insuperable” es en realidad una aplicación de derecho comparado a nuestra legislación nacional y se hace sin explicar en base a qué elementos o circunstancias, se in-

Por otra parte, el fallo enmarca la dogmática penal en jerárquica subordinación respecto de la Constitución nacional, reformada en 1994, y por ende la sujeta a control de constitucionalidad y convencionalidad en su aplicación al caso concreto.

2

El caso

El dramático caso que analizamos llega a la Sala Primera de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos mediante recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada el 12-6-13 por el Tribunal de Juicio y Apelaciones de Concordia, que declaró al Sr. V. J. Á., autor material y responsable de los delitos de homicidio calificado por el vínculo y por alevosía, de dos niños de apenas cinco y siete años de edad, en concurso real (art. 80, inc. 1°, en función de los arts. 48, 80, inc. 2°, y 55, CP); y se absolvió de culpa y cargo a su pareja, la Sra. A. S. Z., por la comisión de los delitos de homicidio calificado de esos niños, que eran sus hijos, en concurso real (arts. 80, inc. 1°, 80, inc. 2°, y 55, CP).

Al tomar conocimiento la justicia del homicidio de uno de los niños, ordena el allanamiento de la vivienda del grupo familiar conviviente, donde fue hallado el cadáver del otro niño, quien había sido asesinado unos días antes y luego enterrado en la vivienda, bajo un piso de cemento para ocultar el crimen. La autopsia señala como causa de las muertes fuertes golpes en la cabeza propinados por el Sr. V. J. Á., presentando asimismo los cadáveres de los niños señales de numerosos golpes y fracturas recientes y de vieja data.

El Procurador General considera que la sentencia de grado cae en una errónea interpretación del derecho en lo que respecta a la aplicación de la causal de inculpabilidad “miedo insuperable” respecto de la Sra. A. S. Z. y su encuadre en el art. 34, inc. 2°, del CP (vicio *in iudicando*). Sostiene que la Sra. A. S. Z. no debió tolerar ni consentir desde el inicio de la convivencia de sus hijos con su pareja, el Sr. V. J. Á., la situación de violencia que tuvieron que soportar los menores víctimas. Nuestro Código Penal no contempla al “miedo insuperable” como exculpante, lo que no impide que se trate como elemento negativo de la culpabilidad, pero, al mismo tiempo, no cualquier riesgo o peligro exculpa la posición de salvamento que integra el deber positivo institucional de la madre. La madre de los niños muertos es también víctima de violencia y, no obstante eso, es responsable por haber quebrantado su deber

de cuidado y de obrar –posición de garante–. Fueron hechos que, pudiendo, no evitó: en la opción, se acopló a la violencia de su pareja y olvidó sus deberes (ayudó a enterrar al hijo después de que lo molieran a golpes, convalidó la desnutrición y el maltrato severo constante de los niños, ocultó la muerte del primero, que se conoce no por su denuncia sino por el quiebre de uno de los testigos).

Por su parte, el Defensor General alega que A. S. Z. fue una verdadera víctima del hecho, ya que están probadas en la causa las cicatrices y quemaduras que ella tenía. En cuanto a la muerte del primer niño, se refiere al contexto que estaba viviendo A. S. Z., quien cursaba los últimos días de un embarazo. V. J. Á. le pegó al niño y también a ella con un “nunchaku”. Al estar ambos tendidos en el piso, evidentemente la madre no pudo defender a su hijo, ya que el arma utilizada se desplaza a gran velocidad y no se puede reaccionar. Días más tarde, el otro niño salió en defensa de su mamá, a quien V. J. Á. le estaba pegando cuando apenas había dado a luz a un niño discapacitado. Al salir en su defensa, V. J. Á. le pega en la nuca y le da dos golpes en la cabeza con los que le ocasiona la muerte al niño. Así, A. S. Z. no pudo evitar el resultado: la velocidad con la que se dio muerte a los hijos y, en su estado de gravedad y sumisión, no pudo hacer nada. Agrega también el Ministerio de la Defensa que es importante escuchar el relato de la vida de A. S. Z., que le impidió tener una conducta alternativa.

El Superior Tribunal resuelve rechazar los recursos de casación deducidos y confirmar la sentencia dictada por el Tribunal de Concordia, confirmando la absolución de A. S. Z.

3

Fundamentos

3.1. La aplicación de la dogmática penal está sujeta a control de constitucionalidad y convencionalidad

El Superior Tribunal entrerriano funda la sentencia que comentamos en los particulares y dramáticos hechos de violencia probados en la causa, especialmente dirigidos contra una mujer, por lo que el caso se conecta directamente con los bienes tutelados por la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém do Pará –ratificada por ley 24.632–, y por la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales 26.485.

Así, concluye: “Es por estos motivos que la visión del derecho penal en esta puntual causa no debe ser desplegada bajo la fría mirada de la dogmática penal tradicional sino bajo los nuevos paradigmas supranacionales de los Tratados que nuestro país ha ratificado y, por tanto, se ha obligado a cumplir y hacer cumplir, lo cual trae ínsito que el examen de los sucesos se realice bajo esa óptica”.

Y, en ese sentido, concluye el Tribunal que hubo elementos que no fueron tenidos en cuenta a lo largo del proceso penal y que determinaron una seria desprotección en el tratamiento que recibiera la Sra. A. S. Z. por parte del Poder Judicial.

En efecto, el primer informe profesional da cuenta de que sufrió malos tratos en el ámbito familiar durante su infancia, que no ha recibido ningún tipo de instrucción escolar y es absolutamente analfabeta –ni siquiera puede precisar el año de su nacimiento–, que durante aquel período su abuelo la violó, contando ella con aproximadamente apenas ocho años de edad. Luego quedó embarazada a los trece años de edad, y derivó de ello una personalidad retraída y sumisa al rigor de su pareja por comprensible temor por su integridad física y la de sus hijos, dando acabada cuenta la imputada de que la relación era muy violenta, que recibía golpizas de parte de su compañero y que aquellas agresiones llegaron a ser de tal magnitud que golpeaba a ella y a sus hijos con un “nunchaku”, les derramaba agua hirviendo sobre sus genitales, los rociaba con alcohol y les prendía fuego, los quemaba con cigarrillos, etc., y de los informes médicos obrantes en el legajo se pudo constatar la existencia de diversas lesiones en la imputada, y reveló la autopsia de uno de los niños huellas de severas golpizas y callos óseos en casi todas sus costillas, producto de fracturas anteriores no tratadas y ya consolidadas, como también fracturas óseas traumáticas en los cráneos de ambos niños muertos.

Crítica luego el Alto Cuerpo la valoración de la actitud de la madre, realizada por el Ministerio Público Fiscal, considerando que no evidenció momentos antes y después de la muerte de su hijo una actitud protectora ni el dramatismo que amerita la pérdida de su pequeño, actitud que sería un indicio del abandono y de la inexplicable omisión del deber de cuidado y protección que le competía.

Para descartar tal hipótesis, el Tribunal advierte que, a pesar de que la pareja maltrataba sistemática y perversamente a sus hijos y a ella, nunca en su vida ha contado con un modelo de familia que le permita considerar la violencia como algo inaceptable, y que jamás vivió un vínculo exento de agresiones. Otro elemento que acentuaba su de-

troude una eximente no prevista en el ordenamiento jurídico positivo, sólo efectuando una cita doctrinaria (v.gr. Varona Gómez) y, a renglón seguido, citan a Terragni quien afirma que nuestro código penal no contiene una mención expresa al respecto, como sí lo hace la legislación española.

Entendieron, en esa línea, que de la mera cita doctrinaria, la sentenciante no explica –en base a un análisis crítico de la prueba–, cómo acreditan los presupuestos para la procedencia de la eximente invocada y tampoco indican una colisión de intereses o bienes de similar jerarquía, en tanto la doctrina española considera el miedo insuperable como un estado de necesidad exculpante.

Postularon, en consecuencia, que el Tribunal debió en primer lugar, *ex ante*, determinar la existencia de peligro y fundarlo y en segundo término, debió esgrimir en base a qué prueba existente en la causa se consideraba vigente el peligro, explicando mediante un análisis crítico de la prueba cómo –en primer lugar– la omisión de Z. era necesaria para evitar el peligro supuestamente existente y finalmente, se debió hacer referencia, en el caso concreto, por qué se consideraba con la violencia descripta, amenazada la vida de Z. o de sus otros hijos, a punto tal de considerar justificada la muerte de éstos.

Concluyeron, a manera de síntesis, en lo que respecta a este agravio, que los errores *in iudicando* son claros, que el Tribunal confunde exigibilidad física real de realizar la conducta omitida como presupuesto para la realización de un tipo por acción por omisión y la interpretación de la posición de garante y, en base a los elementos de la causa, la interpreta como la posibilidad de realizar la conducta debida y el deber de tolerar un riesgo propio de la categoría de la culpabilidad arribando a la conclusión de que Z. no debió tolerar el riesgo respecto de sus hijos, tachan-

do su omisión incluso de inexcusable; en segundo término, funda la aplicación de la causa de exculpación aplicada en criterios generales de justicia, los que se limita a reproducir, sin argumento alguno, mediante una cita doctrinaria y, en tercer lugar, aplica en forma contraria a lo que establece la doctrina mayoritaria y la interpretación jurisprudencial, la eximente de miedo insuperable, entendiéndola sin más en el art. 34, inc. 2º, del C.P., pero sin fundar la procedencia de cada uno de los presupuestos necesarios para su aplicación, desconociendo la exigibilidad que el mismo tribunal consideró acreditada respecto de la conducta omisiva.

Seguidamente, pasaron a la fundamentación del segundo agravio, referido al vicio *in procedendo* y apuntaron, en primer lugar, que la reproducción íntegra de los informes y testimonios profesionales de la investigación y el plenario no constituye en sí un fundamento válido de la sentencia, debiendo explicar cómo las conclusiones de cada profesional acreditan la procedencia de inculpatibilidad.

Manifestaron que, sin explicación alguna y con deficiente análisis probatorio, la sentencia otorga un valor supino a los informes del psiquiatra Stola, diciendo que se complementan con su declaración en el plenario meramente transcripta y sin tener en cuenta que su intervención fue interesada, parcial y no objetiva, al mismo tiempo que descalifican arbitrariamente los informes y testimonios de los psiquiatras oficiales Dres. Carmelé y Villalba y las conclusiones del psiquiatra Putallaz, ofrecido por el MPF.

Reiteran que el Tribunal de grado realizó un análisis particularizado, aislado y relativo de la prueba producida durante el plenario, apartándose de las reglas de la sana crítica racional para arribar a una conclusión válida; desmenuzan y desguazan la opinión de la Lic. Stable en aquello que resulta útil para la errónea conclusión.

Postularon que la opinión de la Lic. Stable debió analizarse íntimamente con las cámaras Gesell de los menores que dieron una cabal descripción de la violencia vivida en el seno familiar.

Subrayaron en relación al testimonio de V. C. que, el Tribunal una vez más transcribió sus dichos sin analizarlos críticamente en relación a la causal de exculpación que consideró procedente, a fin de que la conclusión provenga de un conjunto de razonamientos integrados por deducciones e inducciones y que como juicio, refleje el trabajo intelectual del sentenciante, el estudio crítico de las cuestiones planteadas por los justiciables, sus pruebas y alegatos, limitándose el *a quo* a reflejar una fuerte analogía fáctica entre lo vivido antes por C. con Á. y lo que vivió Z. con Á.

Explicaron que el Tribunal no demostró realmente la inexistencia de un ámbito de autodeterminación y, por ello, la inexigibilidad respecto de Z. y que sin perjuicio de que la causal invocada por el Tribunal es inaplicable por motivos normativos, existen innumerables cuestiones surgidas en el plenario, de las cámaras Gesell y los informes reproducidos en la misma sentencia, injustificadamente desconocidos por el Tribunal y que demuestran que la situación de Z. no era la misma que la de C., surgiendo del relato de los menores que Z., a diferencia de C., también ejercía violencia contra sus hijos.

Precisaron, en esa línea, que el Tribunal trató de relativizar el testimonio de los menores infundadamente, sin considerar la forma en que deben ser valorados conforme a la jurisprudencia y pactos internacionales que el fallo cita –pero hace lo contrario–, exigiendo logicidad y rigurosidad a los dichos de los menores como si fueran declaraciones de adultos y que, sin perjuicio de ello, destacan que los testimonios de los hijos de Á. son prueba dirimente por la contundencia de los mismos y el Tribunal contrarresta

pendencia respecto de su pareja se vinculaba con el hecho de que, al momento de la muerte de su hijo más pequeño, se encontraba cursando los últimos días de un embarazo, y recibía violentos golpes y, a su regreso al “hogar” –por llamar de algún modo al lugar donde residía– luego del parto, su bebé –hijo del homicida– quedó internado producto de haber nacido padeciendo una especial patología severamente discapacitante.

De la lectura de los testimonios considerados por el tribunal de mérito se advierte, a juicio del Alto Cuerpo, algún grado de “anestesia emocional” en la imputada; un cierto distanciamiento respecto del dolor que le causaban las vivencias que debía afrontar, lo que constituye un típico síntoma que aparece en las mujeres que se encuentran sometidas a relaciones íntimas violentas⁽⁶⁾, denominado “síndrome de la mujer golpeada”, subcategoría del trastorno por estrés postraumático⁽⁷⁾. Otro de los síntomas que frecuentemente aparece en las mujeres golpeadas es la “impotencia aprendida”, consistente en la dificultad o incapacidad que tiene la víctima de maltrato para percibir las posibilidades de salir de la relación violenta⁽⁸⁾. Además, se ha constatado la existencia de una conexión frecuente entre el abuso sexual, físico y emocional durante la infancia y el hecho de formar parejas violentas; las mujeres que de niñas han sufrido este tipo de agresiones tienen además mayor dificultad para poder cortar los vínculos violentos⁽⁹⁾.

De todo ello concluye el Superior Tribunal que es correcto –de acuerdo con el plexo probatorio– el razonamiento del tribunal de grado sobre la causal exculpatoria que absuelve a A. S. Z. sobre la base de que no pudo librarse del “miedo insuperable” por la relación violenta que padecía, con el fin de proteger a sus hijos, conociendo el “temperamento violento” de su pareja. Se puede colegir que ese “miedo insuperable” es perfectamente asequible dentro del concepto de “amenazas de sufrir un mal grave e inminente” (estado de necesidad exculpante, cfr. art. 34, inc. 2º, CP). La conducta es penalmente inculpa-

la situación precedente torna inexigible la posibilidad de adoptar un curso de acción distinto, por haber quedado eliminada la posibilidad del sujeto activo de decidir libremente. Emerge claro de la sentencia casada que la madre no solo omitió una defensa eficaz de sus hijos o la evitación del maltrato homicida de su pareja, sino que participaba en el castigo corporal de sus hijos, mas todo ello bajo concretas amenazas de muerte de aquel respecto de ella y de los niños, ya que existen constatables muestras en sus respectivos cuerpos de la posibilidad de su concreción; es evidente que, frente a semejante coacción, desde el punto de vista de su “capacidad”, la encartada se encontraba en condiciones de realizar una conducta diferente pero a riesgo de su propia vida y de la de sus hijos, y es por ello que el Estado no puede exigirle que realice esa conducta, porque esta persona tiene absolutamente disminuida su libertad de decisión⁽¹⁰⁾. Lo contrario implicaría exigirle la realización de una conducta heroica de verdadera inmolación, y el derecho penal no exige ese tipo de resistencia.

3.2. La fría aplicación de la dogmática penal al caso puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado

Frente a la situación de violencia ejercida por el homicida, la madre logró anteciper del precario modo que pudo al Consejo Provincial del Niño, el Adolescente y la Familia, pero el Organismo Administrativo no le proporcionó el apoyo necesario para poner fin al vínculo dañino y peligroso que sostenía con su pareja, no se abordó debidamente su condición de mujer golpeada ni se logró que ella pudiese deconstruir los terribles modelos familiares que sufrió y reiteraba en su vida adulta al momento de intentar formar su propio hogar.

Pues bien, la falta de intervención oportuna del Estado en favor de la protección de A. S. Z. y de sus hijos, el “desentenderse” de sus precarios pedidos de ayuda, dejaron abandonados a su suerte a los más débiles dentro de las relaciones de poder y sometimiento existentes en aquel grupo conviviente incapaz de conformar una verdadera “familia”. De esa omisión y fracaso estatal deriva en el *sub lite* la muerte de ambos niños.

De acuerdo con el plexo probatorio que pondera en la sentencia, advierte el Tribunal que pretender condenar a la madre no solamente resulta incorrecto desde un punto de vista puramente jurídico-penal, sino que también podría constituir un hecho susceptible de generar responsabilidad

internacional para el Estado argentino, congruente con los compromisos internacionales asumidos con relación a los casos de violencia dirigidos a la mujer.

Así, el Tribunal enmarca la aplicación de la normativa penal y de la dogmática penal al caso, en jerárquica subordinación respecto de la Constitución nacional, reformada en 1994, realizando de este modo un control de constitucionalidad y convencionalidad, en especial respecto de la Convención de Belém do Pará.

4 Conclusión

Si bien la adopción de una perspectiva garantista conduce al cultivo de la dogmática como disciplina penal fundamental⁽¹¹⁾, y la dogmática jurídico-penal se presenta como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal y como una conquista irreversible del pensamiento democrático⁽¹²⁾, existe el peligro de que los operadores jurídicos “se abandonen al automatismo de los conceptos teóricos, desatendiendo las particularidades del caso concreto”⁽¹³⁾.

Así, la dogmática, que nace como un “medio” para garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado, corre el riesgo de sublevarse contra quien debe proteger, encerrándose sobre sí y erigiéndose como un fin en sí misma, para finalmente avalar –quizá de modo inconsciente– la arbitrariedad estatal que estaba destinada a evitar.

La ejemplar sentencia que comentamos nos enseña que el control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas penales aplicables al caso ubica a la dogmática en su lugar de “medio” al servicio de la justicia penal y, en definitiva, al servicio del hombre.

Esta “humanización” de la dogmática vuelve a enmarcarla en el Estado de derecho que le da su razón de ser.

VOCES: PERSONA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - DERECHOS HUMANOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - MEDIDAS PRECAUTORIAS - PROCESO PENAL - PENAL GENERAL - TRATADOS Y CONVENIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DELITOS CONTRA LA VIDA - FAMILIA - MENORES - PODER JUDICIAL - DIVISIÓN DE PODERES

(11) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *Aproximación al derecho...*, cit., pág. 63.

(12) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al derecho penal*, cit., pág. 63.

(13) JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de derecho...*, cit., pág. 70.

(6) Cfr. BODELÓN, ENCARNACIÓN - NAREDO MOLEDO, MARÍA - CASAS VILA, GLORIA, *La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan violencia de género en España*, en *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Encarna Bodelón (dir.), Buenos Aires, Didot, 2012, pág. 37.

(7) Cfr. DI CORLETO, JULIETA B., *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas*, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, N° 5/2006, pág. 867.

(8) SCHOPP, ROBERT F., *Justification Defences and Just Convictions*, Cambridge University Press, 1998, págs. 93-94.

(9) Cfr. WALKER, LENORE, *The Battered Woman Syndrome*, 3ª ed., Nueva York, Springer Publishing Company, 2009, págs. 10-12.

(10) Cfr. DONNA, EDGARDO A., *Derecho penal. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. IV, pág. 374.