



Curso de Especialización en Derecho
Universidad de Salamanca
Actualización en teoría jurídica del delito: ¿garantía vs. eficacia?
TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
Alumno: JUAN MARTIN IGUERATEGUI
Nacionalidad: argentina
DNI: 32.701.274
Curso enero/febrero 2017

“La penalidad actúa como un mecanismo regulador social en dos aspectos distintos: regula la conducta directamente a través del medio físico de la acción social, pero también regula el significado, el pensamiento, la actitud, y de ahí la conducta, con un método diferente de significación”

David Garland¹

¹ Garland, David, “Castigo y sociedad moderna. Un estudio de Teoría Social”, traducción de Berta Ruiz de la Concha, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1999, Página 293

RESUMEN

El Fallo “Zapata” del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, República Argentina me permitió realizar un análisis crítico de la comisión por omisión y del reproche jurídico penal que se le puede hacer a una mujer que “permite por inactividad” el homicidio de su hijo cuando ésta es víctima de violencia de género. En este norte, trataré de destacar la importancia de analizar los conflictos desde una perspectiva de género.

Entiendo que es necesaria la introducción de la causal de inexigibilidad “miedo insuperable” del Derecho Penal Español en el ordenamiento jurídico argentino. Ésta puede realizarse mediante una interpretación amplia del estado de necesidad exculpante, una novedosa regulación legal o el tratamiento como una alteración morbosa.

Luego de evaluar las tres alternativas, considero que la primera presenta serios problemas en el sistema dogmático y la última, un tratamiento sexista. Por ello, concluiré que es recomendable una modificación del Código Penal Argentino.

INDICE

Resumen	3
Síntesis del fallo disparador del trabajo	5
Necesidad de abordar el conflicto desde una perspectiva de género	7
La comisión por omisión	10
El surgimiento del deber en la omisión. La posibilidad efectiva de cumplir con el deber de garante. Primer problema de la tipicidad	14
La causal “miedo insuperable”. Un instituto distinto al Estado de necesidad exculpante	17
La asimilación del miedo insuperable al Trastorno Mental Transitorio. Una analogía errada y sexista	24
Conclusión	27
Bibliografía	28

SÍNTESIS DEL FALLO DISPARADOR DEL TRABAJO

El 5 de marzo del 2014 la Sala I de Procedimientos Constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia confirmó la absolución de Andrea Zapata por el delito de homicidio agravado por el vínculo dictada por Tribunal de Juicio de la ciudad de Concordia, Pcia. de Entre Ríos, Rep. Arg.

Según el Fiscal que impugnó el fallo, el Tribunal de Juicio había realizado una errónea interpretación del derecho. En primer lugar, por la aplicación de la causal de inculpabilidad “miedo insuperable”; en segundo término afirmó un error al encuadrar la causal anterior en el Art. 34. 2 del Código Penal Argentino.

El artículo anterior versa: “*No son punibles:*

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

(...)

2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño; (...)”

Ambas partes afirman que la adecuación típica del hecho no ofrece reparos. El hecho imputado fue subsumido en el tipo penal homicidio agravado por el vínculo por su comisión por omisión. Todo delito de comisión por omisión exige una posición de garante que, en el caso la daba el carácter de madre de Zapata.

El Fiscal hizo énfasis al afirmar que el “miedo insuperable” es un elemento negativo de la culpabilidad que no está regulado en el ordenamiento jurídico argentino. Sostuvo que debido a esta ausencia, el “miedo insuperable” de Zapata podría subsumirse en una de las “circunstancias extraordinarias de atenuación” que prevé el Art. 80 del Código Penal. Afirmó que no puede tratarse el supuesto como un exculpante de la responsabilidad, porque la imputada tuvo real posibilidad –más allá de la violencia de su concubino- de hacer cesar la consecuencia lesiva a sus hijos.

El Fiscal “*Señaló que no cualquier riesgo o peligro exculpa la posición de salvamento que integra el deber positivo institucional de la madre –obvio también en el caso el guardador-. A su entender, no basta con que se dé una colisión subjetiva de motivos, es decir una intensidad -presunta- de la coacción psíquica que produzca un proceso anormal de motivación y que lo bienes en juego sean de igual jerarquía, sino que además debe existir una valoración normativa de esa situación, ya que no se trata solo de relevar situaciones de compasión o no exigencia de héroes o santos, sino de relevar criterios imputativos sobre situaciones en que la persona puede ser relevada de la lealtad comunicativa, vgr. disculpada. Por ello no pueden alegar esta exculpante quienes poseen especiales deberes de salvamento, citándolo a Roxin.*”²

El fallo retoma al Fiscal y dice: “*El estado de necesidad disculpante desaparece con la existencia de “deberes” y de roles especiales, como en el caso de los bomberos o militares,*

² Sala I de Procedimientos constitucionales y Penal del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, “Álvarez, Víctor y Zapata, Andrea S. s/ homicidio calificado s/recurso de casación”, rta. 5/3/14.

hay roles especiales que conllevan deberes, cláusula de adecuación y, en el caso marcaban la posibilidad de que la madre obrara conforme a derecho. No hay una situación de exculpación y, por ello es que, si bien puede haber una circunstancia extraordinaria de atenuación, cree que no es posible sostener la absolucón más allá de su situación de víctima.”³

Es importante destacar que la defensa mantuvo una hipótesis distinta a la de Procurador, toda vez que sostuvo que Zapata no tuvo las herramientas para defender a sus hijos. La defensa describe un contexto distinto que el fallo considera al decir: *“En cuanto a la muerte de Hugo, se refiere al contexto que estaba viviendo Zapata, cursando los últimos días de un embarazo, Álvarez le pegó a Hugo y también a ella con un nunchaku, ambos tendidos en el piso, evidentemente en esa situación no pudo defender a su hijo. Debe tenerse en cuenta que el arma utilizada se desplaza a gran velocidad y no se puede reaccionar, se produjo con tanta rapidez que no da lugar a que lo defienda.*

Relató que Rodrigo, el otro niño salió en defensa de su mamá, a quien Álvarez le estaba pegando cuando apenas había sido madre de un niño discapacitado. Allí, cuando sale en su defensa, le pega en la nuca y le da dos golpes en la cabeza con los que le ocasiona la muerte. A diferencia de lo que sostuvo el Procurador entendió que está probado que Zapata no pudo evitar el resultado. Pero además reitera, que en los hechos la velocidad con la que se dio muerte a los hijos y, en su estado de gravidez y sumisión, no pudo hacer nada.”⁴

Más allá de que esta divergencia probatoria no va a ser desarrollada en el trabajo –porque no se trata de analizar el fallo, sino su doctrina- sí es útil marcar las dos hipótesis. La del Procurador podría admitir la existencia de una amenaza tácita de Álvarez a Zapata que impidió que ésta intervenga en la defensa de los menores. En cambio, la defensa habla de una imposibilidad material. La primera es una coacción psicológica, la segunda es física. Ya se verá como esta diferencia tiene consecuencias dogmáticas considerablemente diferentes.

La sentencia fue minuciosa al referirse a la historia de la imputada, explicó que durante la infancia recibió maltrato de parte de su familia, que es analfabeta, que ni siquiera puede precisar su edad, considera que a los 8 años su abuelo la accedió carnalmente mientras convivió con éste, a los 13 años quedó embarazada y sufrió violencia doméstica con cada pareja que tuvo. Expresó que ello formó una personalidad retraída y sumisa por temor a su integridad física. La defensa fue expuso con claridad las lesiones que Zapata tenía y la violencia que padecía de manos del coimputado.

El fallo explica que Álvarez le pegaba a ella y a sus hijos con un “nunchaku”, les derramaba agua hirviendo en los genitales, los rociaba con alcohol, los prendía fuego y los quemaba con cigarrillos.

A partir de allí, la sentencia sostuvo que Andrea Zapata nunca contó con un modelo de familia que le haya permitido considerar la violencia como algo inaceptable, ya que sufrió violaciones en el ámbito intrafamiliar por parte de las personas que debían protegerla, que también sufrió en su infancia agresiones físicas y que durante varios años fue cambiando

³ Idem.

⁴ Ibídem

de hogar y familia sin que su situación se adecuara al derecho que tiene todo niño a crecer en un ámbito de contención y amor.

Respecto a sus relaciones amorosas, el Tribunal sostuvo que el modelo de familia que tenía fue el mismo que se reprodujo con cada hombre que estuvo, permitiéndole naturalizar la violencia.

Siguiendo ese razonamiento, la sentencia afirma: *“La “normalidad” que revestía la violencia en su historia, como bien lo determina el tribunal de mérito, no le permitió, dentro de este vínculo, percibir los enormes niveles de peligro a los que se encontraba expuesta ella y sus hijos, ni la forma de salir de esta relación, lo cual extrae el sentenciante del examen de la prueba producida y valorada con la inmediatez propia del juicio.”*⁵

El fallo también resalta la ausencia del Estado, no solo por el abandono que sufrió desde niña, sino porque Zapata había denunciado la situación de violencia que padecía en el “Consejo Provincial del Niño, el Adolescente y la Familia” y éstos no abordaron su condición de mujer golpeada, ni se intentó que deconstruya los modelos familiares que sufrió.

Los jueces concluyen que la imputada padece cierta “anestesia emocional” que le impidió denunciar con claridad y retirarse del hogar violento. Explica que ello es parte del síndrome de mujer golpeada y que, como consecuencia de este padecimiento Zapata no pudo cortar el vínculo violento.

El fallo tiene en cuenta esta situación para confirmar que Zapata no pudo liberarse del “miedo insuperable” a la violencia de su pareja para poder proteger a sus hijos.

Así, sostiene que este “miedo insuperable” es perfectamente subsumible al estado de necesidad exculpante que regula el Art. 34.2 del Código Penal.

NECESIDAD DE ABORDAR EL CONFLICTO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Afirmar que es necesario analizar los casos desde una perspectiva de género como una directriz que afecta toda la teoría del delito exige un cambio trascendente en los juristas. Ello me obliga a dar las razones por las que lo afirmo. Creo que existen razones legales y políticas. Mi cercanía al Derecho me facilita comenzar con la primera.

El Art. 7, incisos “c” y “e” de la Convención Belem do Pará obliga a la Rep. Arg. a adoptar *“todas las medidas apropiadas, (...) para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”*.

El artículo insta a los juristas a tener una mirada que considere la violencia de género y sus consecuencias.

El fallo trae esta cuestión y dice: *“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, (...)”*⁶.

Si bien las razones de índole jurídica no tienen poca importancia, considero que en el fondo no hay más que una razón mayor, la política.

⁵ Ibídem

⁶ Ibídem

Mucho se ha escrito al respecto, uno suele escuchar que cualquier posición neutral del análisis del derecho silencia la discriminación. En este caso acalla la padecida por la mujer, ya sea por las características propias de su género o, aún más, por las que concentran aquellas que padecen violencia doméstica.

Anitua y Picco reflexionan *“Un tema de vital importancia es la incorporación de la perspectiva de género en el campo de las defensas penales. Este último constituye un espacio pretendidamente neutral, donde aún perviven categorías y prácticas discriminatorias, originadas en la existencia de patrones sociales y culturales androcéntricos. Existen estudios comparados sobre los criterios que utilizan los operadores jurídicos en las causas que involucran a las mujeres que transgreden la ley. Estos estudios revelan que, para obtener una pena más benévola o para alcanzar una absolución, los abogados suelen utilizar argumentos que refuerzan el estereotipo de la mujer como enferma o loca, así como el papel de madre y cuidadora del hogar⁷. Por otra parte, también demuestran que algunos litigantes ni siquiera evalúan la posibilidad de incluir en su estrategia de defensa consideraciones de género, ya que las encuentran poco relevantes y ajenas a lo jurídico⁸”*⁹

La desigualdad social que padecen ciertos grupos desaventajados no puede ser un variable que quede excluida dentro del análisis del Derecho, ya que, como lo sostienen distintos organismos internacionales de protección de derechos humanos, son trabas para el acceso a la justicia.

La Opinión Consultiva 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: *“Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”*.

En este orden, debe considerarse los objetivos del Ministerio Público de la Defensa de la Rep. Arg. López Puleio sostiene que el desafío actual de la defensa pública consiste en *“constituirse como la ley del más débil; no solo contra la ley del más fuerte en lo económico, político, social o procesal, sino también, contra la de aquellos que permaneces todavía insensibles ante los reclamos y necesidades de los que menos tienen”*.

⁷ Roberts, Dorothy E., “Foreward: The Meaning of Gender Equality in the Criminal Law”, en Journal of Criminal Law & Criminology, vol. 85-1. Chicago, Northwestern University, 1994, p. 10.

⁸ Defensoría Penal Pública & Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, La Perspectiva de género en la defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal chileno: un estudio exploratorio. Informe final de resultados. Santiago de Chile, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, 2005, pp. 100-101.

⁹ Christine Chinkin ... [et.al.]. “Violencia de Género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, 1ª ed. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012, pagina 224.

Anitua afirma que uno de los desafíos del organismo es la implementación de estrategias para asegurar el adecuado acceso a la justicia de los sectores más vulnerables. Entre ellos, el autor hace hincapié en el grupo de mujeres en conflicto con la ley penal.

Este grupo enfrenta ciertas desigualdades para el acceso a la justicia y suele quedar desprotegido en el ámbito penal por una interpretación neutral del derecho que no es más que un continuo sexismo del Derecho Penal.

Los autores, y también el fallo motivador, afirman que deben reevaluarse las categorías dogmáticas con las que resolvemos los problemas penales.

El feminismo ha criticado duramente este análisis neutral del Derecho, *“que las normas no tiene género, que las normas son neutrales, que las normas están pensadas para las “personas” y que “El que” es un pronombre relativo que incluye a ambos géneros han sido respuestas que se han dirigido a las estudiosas feministas que se han atrevido a cuestionar que bajo la aparente neutralidad de la norma late una visión masculina”*¹⁰.

La inclusión de la perspectiva de género en el análisis de los conflictos penales permite dejar en evidencia estereotipos que se encuentran naturalizados (y que son, por tanto, invisibles), o bien identificar los efectos negativos que poseen algunas normas y criterios hermenéuticos que sirven de sustento para el mantenimiento de la violencia y la discriminación que sufren las mujeres.

La división binaria entre hombre y mujer y la culturalización del sexo -sexismo- ha otorgado la misma categoría a un grupo extremadamente amplio que posee contundentes diferencias entre sí. Para este trabajo es útil señalar las atribuciones que ha realizado el sexismo a la mujer y el silenciamiento que ello produce en un grupo selecto dentro de las mujeres, “las víctimas de violencia de género” y “las mujeres en conflicto con la ley penal”. Considero que es necesario deconstruir el concepto de género, es decir, evidenciar las diferencias entre el género mujer y aquellos grupos desaventajados que mencioné más arriba, echar luz a las contradicciones entre éstos y dar al Derecho el deber de intervenir para garantizar la posibilidad de la autorrealización de cada individuo.

En este orden, la protección de los derechos de autodeterminación del colectivo femenino y todos sus subgrupos debe ser resguardado, porque la subyugación de dicho colectivo conforme a nuestra cultura patriarcal, ha puesto a las mujeres en un lugar de vulneración histórica.

Despojar las etiquetas y normativas sociales, denunciar la concepción del género bipartita y discriminadora, permite a cada individuo diverso su específica realización personal dentro del ámbito de su autodeterminación como sujeto de derecho.

El análisis de los casos desde una perspectiva de género permite a la “mujer criminalizada” -especialmente cuando al mismo tiempo es víctima de violencia de género- que sus diferencias se pongan en el estrado del tribunal y que se cumpla con el principio normativo de igualdad de los derechos fundamentales que nos enseña Ferrajoli. Éste se traduce en la igual valoración jurídica de las diferencias y piensa a la igualdad como principio normativo por el cual se van a realizar los derechos fundamentales de las personas.

¹⁰ Larrauri, Elena y Varona, Diego, “Violencia doméstica y legítima defensa”, 1ra Edición, EUB S.L., 1995, Barcelona, 1995, página 155.

Evidenciar las diferencias -deconstruir la etiqueta- permite asumir al individuo en su plena realización, da a las caracterizaciones de lo femenino y lo masculino su condición de mistificación construida socialmente.

Asumir y evidenciar la diferencia en el análisis del derecho deja atrás falsas concepciones que neutralizan la discriminación y que se escudan en una “integración general”.

Como decía más arriba, las mujeres no son un “todo integrado”, sino que se puede distinguir grupos diversos dentro de esta categoría. Evitar la neutralización de la discriminación exige poner en tela de juicio las características imputadas, evidenciar las que no están presentes y denunciar las erradas.

El análisis de cada caso desde una perspectiva de género no hace más que evitar la discriminación y garantizar el goce de derechos fundamentales.

A lo largo del trabajo demostraré como dar la entidad necesaria a la víctima de violencia de género y valorar correctamente las consecuencias que padece permitirá realizar un reproche jurídico penal distinto al que podría realizar un análisis “neutral” de la teoría del delito.

LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Si bien el trabajo se centra en evaluar la necesidad de ampliar las causas que eliminan la culpabilidad o la exigibilidad, no puedo pasar por alto que en el caso disparador se imputó una omisión impropia y que sobre esta figura pesan críticas constitucionales tanto en mi país como en la península ibérica.

La principal crítica a los delitos de comisión por omisión viene dada desde el Principio de Legalidad.

Es claro que matar no es lo mismo que “dejar que se mate”. Sin embargo, la comisión por omisión atribuye el tipo penal comisivo cuando la omisión la lleva adelante una persona en posición de garante, es decir, cuando el omitente es quien estaba obligado a llevarla adelante por su carácter especial.

Nuestro sistema jurídico no tiene artículo alguno en la parte general que equipare la omisión a la comisión.

Al respecto, se sostiene que normas como los artículos 13 del Código Penal Alemán y 11 del español eliminarían el problema constitucional señalado. Sin embargo, otros afirman que ni siquiera con un artículo de ese estilo se podría limpiar el vicio de la inconstitucionalidad: *“Estas disposiciones no salvan la inconstitucionalidad, porque no son más que indicaciones habilitantes de la propia construcción analógica de tipos penales. La analogía no deja de ser tal porque la ley habilite y señale criterios para su ejercicio, porque toda analogía legal siempre fue habilitada y se le señalaron criterios (el sano sentimiento del pueblo, la dictadura del proletariado, etc.) No es con la habilitación de la analogía que se satisface la legalidad”*¹¹.

Ello ha sido resaltado como una violación al principio de legalidad que intenta ser salvado por parte de la doctrina que funda la analogía en la escandalosa impunidad de los delitos de omisión impropia.

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 1ra Edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, Página Nro. 444.

Además se ha dicho que esta equiparación deja sin ningún tipo anula la posibilidad de subsumir una conducta en los tipos penales previstos por los artículos 106 y 107 del Código Penal Argentino -abandono de persona-.

Hay quienes sostienen que el problema no está en el verbo típico, ya que la acción podría cometerse mediante una acción positiva –valga la redundancia- o una omisión, porque todo movimiento corporal tiene ínsito acciones y omisiones. En este sentido Jakobs afirma que la equivalencia entre actuar y omitir no sólo existe en la organización de fines socialmente útiles, sino también en la de fines socialmente lesivos, en particular, de infracciones criminales.

En este orden de ideas, Maqueda Abreu sostiene: *“Hay que evitar, pues, un entendimiento puramente naturalístico de la omisión como simple inactividad o pasividad física equivalente a un “no hacer”. El concepto de la omisión penal es normativo y no se define por la ausencia de una acción positiva sino por la ausencia de la acción mandada por la norma: si el imperativo penal es de “socorrer” o, en su caso, “demandar ayuda”, cualquier acción que no obedezca a esos mandatos de auxilio realizaría el tipo del Art.. 195 CP”*¹².

Si bien los criterios anteriores podrían acercarnos a la conciliación de la comisión por omisión con el Principio de Legalidad, existe otro problema relacionado con esa garantía. Otro de los puntos de la omisión impropia que pone en crisis este Principio es la “posición de garante”.

Ciertos autores resaltan que bajo la “posición de garante” se encuentra aquellos sujetos a los que una ley extrapenal -entre otras fuentes- les impone la obligación de evitar ciertos hechos y que solo el incumplimiento de dicha obligación podría equipararse a una acción típica si su cumplimiento habría sido exigible en el caso concreto y habría evitado el resultado típico. Gullco ejemplifica estas obligaciones con los artículos 264 incisos 2 y 4, 265 y 278 del viejo Código Civil Argentino.¹³

Pero tal criterio contiene un vicio jurídico que pone en crisis el principio, a saber: entre las sanciones que dichas normas extrapenales contemplan para su violación no se encuentra la pena contemplada en el Art. 80 del Código Penal Argentino -el homicidio agravado-, para subsumirlo al caso.

Por eso parte de la doctrina ha señalado que esa “garantía” generará la comisión por omisión sólo cuando del régimen jurídico aplicable resulte que en el caso particular la transgresión de las normas extrapenales es captada por la figura delictiva a título de integrante de la acción típica y, por consiguiente, en principio punible. Así: *“Para fundamentar la responsabilidad por un resultado es necesaria la existencia de un deber jurídico de evitarlo, cuyo sentido sea indudablemente el de querer fundamentar una responsabilidad criminal respecto de dicho resultado”,* ya que *“no basta, por tanto, la sola existencia del deber, incluso en los casos en que este deber se impone al objeto de evitar resultados de tal especie”;* o *“dicho de otra manera: en todos los casos en que se trata de admitir un delito de comisión por omisión con responsabilidad criminal respecto del resultado es necesaria la prueba, obtenido por la vía de la interpretación de la ley, etcétera,*

¹² Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo “El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica”, 5ta Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, página 174.

¹³ Cfr. Gullco, Hernán, “Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia Comentada”, 2° Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, Página 241.

de que la fundamentación del deber encierra en sí, al mismo tiempo, la idea de las responsabilidades penal en caso de que el resultado se produzca”; pues “el ordenamiento jurídico puede fundamentar deberes de hacer, prescribiendo consecuencias jurídicas de determinada especie en caso de que no se cumplan, sin que con ello vaya también unida una responsabilidad criminal en orden al ulterior resultado”¹⁴.

En este norte, Nuñez sostiene que no todo deber de actuar impuesto por la ley tiene implícito el deber del obligado de evitar los resultados que de la omisión emerjan bajo amenaza de sanción penal, ya que una cosa es que de la omisión deriven una responsabilidad civil por el perjuicio ocasionado por ella (viejo Código Civil Argentino, Art. 1074) y otra, muy distinta, es que la omisión, por ser penalmente típica respecto de la conducta prohibida por una figura delictiva determinada acarree responsabilidad penal.¹⁵

Así, lo que es necesario determinar es si, fuera de los casos de omisión propia, nuestro ordenamiento jurídico prevé para determinadas omisiones sanciones jurídicas no penales y si estas omisiones pueden componer un delito comisivo y, así, estar conminadas con pena. O, en otras palabras, lo que debemos definir es en qué casos la ilegalidad extrapenal de una omisión es captada por el tipo comisivo. Esta sería la única manera de preservar el Principio de Legalidad.

Para finalizar este título merece que reflexionemos en una solución que no incurra ni cerca de la violación del Principio de legalidad. Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico tiene un tipo penal omisivo que se ve agravado por la relación paterno filial, me refiero al artículo 107 del Código Penal.

El artículo 106, en lo que acá interesa versa: *“El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. (...)*

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.”

Y el Art. 107: *“El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge.”*

Es claro así que para imputar este tipo penal no será necesario ni una interpretación analógica para afirmar la omisión, porque este tipo penal es omisivo; ni tampoco tendremos que recurrir a normas extrapenales para afirmar el rol de garante.

Quienes defienden la constitucionalidad de la comisión por omisión sostienen que el legislador, al formular el tipo penal, sólo puede recurrir al uso común del lenguaje, que por definición propia, siempre contiene cierta vaguedad. Por ello, cuando la norma reprime “matar a otro” no puede considerarse que sólo hay que castigar a quien de propia mano dirige un curso causal hacia la realización de la muerte de otra persona, sino que corresponde establecer qué conductas activas u omisivas reúnen los requisitos típicos para entenderlas comprendidas en el objeto de prohibición.

¹⁴ Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, t. I, páginas 305 y 307.

¹⁵ Cfr. Ricardo C. Núñez, Derecho Penal Argentino, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1959, t. I, ps. 241 y 242

Schünemann, en desacuerdo, decía *“Se lee por doquier que es imposible una regulación legal de los delitos de omisión impropia debido a la multiplicidad inabarcable del sustrato. El que no hayamos podido asumir esta comodísima apología de los delitos de omisión impropia se debe a dos razones: en primer lugar (...) la multiplicidad de las circunstancias de la realidad no es motivo suficiente para violar el principio de determinación: si el alcance de la punibilidad no puede fijarse, hay que prescindir por completo de penalizar. Y, en segundo lugar, todos los fines legislativos han de captarse teóricamente en elementos descriptivos del tipo; por ejemplo, se podía incluso excluir del tipo del Art. 212 los procesos causales no dominables si en lugar del de matar se emplearan los conceptos más concretos de matar con arma de fuego, matar a golpes, envenenar, etcétera. Pero una regulación concreta casuista en tales términos no puede ser razonablemente el fin del legislador. Por un parte, esto, como hemos indicado, entrañaría establecer un estándar rápidamente obsoleto (p. Ej. la muerte por irradiación radiactiva, una vez que surge esta posibilidad, supondría una modificación legal), y por otra parte se atribuiría al establecimiento de Derecho una tarea para cuyo desempeño únicamente están llamadas jurisprudencia y doctrina, porque los errores de éstas no tiene tanto calado como los fallos del legislador y porque la ley no puede redactarse en forma de comentario. [En definitiva como más adelante lo concluye] “la equivalencia de la omisión a la acción, sólo cabe decidirla sobre la base de la respectiva categoría del delito”¹⁶.*

Para terminar de dar solución considero que debe traerse al debate la importancia del Bien Jurídico para el Derecho Penal, ya que considero que es éste el que nos va a resolver el problema al interpretar cada tipo penal de la parte especial.

Soy de aquellos que opinan que el Derecho Penal está orientado a la protección de bienes jurídicos y que éstos cumplen dos funciones dentro de la dogmática.

La primera, es que en el marco de un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, opera como límite para la potestad punitiva estatal¹⁷, en tanto solo es legítimo punir las conductas que lesionan o ponen peligro bienes jurídicos.

La segunda, es que sirven como método de interpretación de la norma, ya que para resolver hasta donde llega un tipo penal es útil analizar qué es lo que protege, para qué fue creado, y ello no es otra cosa que el bien jurídico que acoge.

Como dice Schünemann, la dogmática jurídico-penal se despediría como ciencia autónoma si se renunciara al principio de protección del bien jurídico como fundamento, el cual limita el arbitrio legislativo y por eso sirve también para el trabajo de interpretación como directiva superior¹⁸.

Es así que se toma el método de interpretación teleológico para definir el alcance del tipo penal, el camino es la búsqueda del objetivo del precepto específico. En este norte, Muñoz

¹⁶ Schünemann, Bern, “Fundamentos y límites de la omisión impropia”, Editorial Marcial Pons, Adrid, Barcelona, 2009, p. 323.

¹⁷ Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito”, Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, página 55/56.

¹⁸ Cfr. Schünemann, Bern, “El sistema del ilícito jurídico-penal: Concepto de bien jurídico y victimo-dogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y la Parte Especial”, publicado en Obras, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 343.

Conde sostiene que en la interpretación teleológica juega un importante papel el criterio del bien jurídico protegido, porque éste se identifica con el fin perseguido por la norma. Así, mediante este concepto se pueden excluir las conductas que ni siquiera de lejos afectan el bien jurídico protegido.¹⁹

Será determinante para la equiparación entre acción y omisión que en esta última exista un claro dominio o control del riesgo en al que fue expuesto el bien jurídico protegido -por una acción ajena al agente-. Solo si existe este dominio del riesgo -provocado por otro- por parte del garante, podría equipararse.

Dentro del Código Penal Argentino se encuentra tipos activos y omisivos que protegen el mismo bien jurídico, allí no hay duda que el objeto podrá ser afectado quebratando la conducta prohibida o la conducta debida. Sin embargo, en aquellos casos en los que solo se prevé la protección mediante el tipo activo, la ampliación a la comisión por omisión es inconstitucional si no existió un claro control del riesgo.

EL SURGIMIENTO DEL DEBER EN LA OMISIÓN

LA POSIBILIDAD EFECTIVA DE CUMPLIR CON EL DEBER DE GARANTE

PRIMER PROBLEMA DE LA TIPICIDAD

Todos los delitos de omisión -ya sea omisión propia, omisión pura de garante u omisiones impropias- requieren tres elementos: 1) una situación típica de riesgo que atente de manera latente contra un bien jurídico ajeno que deba ser evitado mediante una acción debida; 2) una efectiva capacidad para realizar la conducta debida y; 3) la no realización del accionar. Considero que el problema en un caso como el analizado podría estar en el segundo requisito. Así, la primera pregunta que tratará de responder este trabajo versa: *“Asumir las consecuencias de la violencia de género, ¿podría significar afirmar que una mujer víctima de violencia de género no tiene la capacidad de “ayudar” a nadie si su clásico victimario es la fuente del riesgo de la integridad de su hijo/a?”*

Entiendo que esta capacidad efectiva se puede afirmar si existen medios materiales o externos para realizar la conducta debida, es decir, si el sujeto está próximo al bien jurídico puesto en riesgo, a la fuente de riesgo o si podría acudir a ayuda ajena.

En el Derecho Penal español más de un delito omisivo recoge un criterio típico adicional muy relacionado con este punto. En algunos de éstos -por ejemplo Art. 195 o 459 del Código Penal- se regula *“sin riesgo propio, ni para terceros”*. En el caso del Código Penal Argentino, solo en el Art. 108 existe una cláusula similar que versa *“cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal”*.

Ello obliga a reconocer que dentro del capítulo de “Abandono de persona” se encuentran tres artículos, que el Art. 108 contiene el delito con menor pena, que solo en este el legislador eligió incluir esa cláusula y que nunca podría imputarse ese art. a la madre que deja desamparado a su hijo.

En razón de ello, debe concluirse que para nuestro legislador la madre debe ponerse en riesgo para impedir que se lesione o se de muerte a sus hijos o, por lo menos, la existencia de un riesgo para sí, como podría ser el agresor, no torna atípica la conducta.

¹⁹ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, “Introducción al Derecho Penal”, Editorial BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2001, p. 320

Aunque la crítica resulta latente, debe seguirse adelante en el análisis y reconocerse que el riesgo hacia ella solo podrá ser subsumido en un estado de necesidad o en un “miedo insuperable”, siempre que nos animamos a afirmarlo, ya que no se encuentra regulado.

No obstante, no creo que deba ser tan radical al marcar la diferencia entre los dos ordenamientos, porque creo que, incluso en el Derecho Penal Español se exigiría la clara existencia de un riesgo para la mujer y, a mi criterio, para ello es necesario que el agresor realice una amenaza concreta y que éste tenga capacidad de cumplirla. Me refiero concretamente a una orden por parte del homicida que impida a la madre actuar bajo amenaza de sufrir un daño.

Lo arriba sostenido resulta sumamente discutible. Al no existir gran cantidad de antecedentes, considero destacable el criterio empleado por la Cámara de Apelación Penal de Venado Tuerto, Provincia de Santa Fe, en el caso “P., M. S.” en la sentencia del 5/8/08 - JA. 2009-I-1- que revocó la condena de la acusada por el delito de homicidio agravado ser contra descendiente (Art. 80. 1 del Código Penal). La sentencia versa: *“De los elementos probatorios de la causa se desprende la imposibilidad de exigirle a P. la realización de una conducta que impidiera el resultado acaecido, y consecuentemente la inviabilidad de la imputación enrostrada de no haber evitado el resultado muerte sobre quien se encontraba en una especial posición de garante en razón del vínculo que las unía.*

En este sentido no pueden pasar inadvertidas las manifestaciones efectuadas por P., relatando no solo que X. la tenía amenazada y la golpeaba, sino que, además, le había cortado el brazo con un cuchillo (ver fs. 8 y 36/37), lo que se corrobora con el informe el médico forense (fs. 39 y vta.).

*(...) Para el nombrado magistrado tal circunstancia tenía “... en el caso suma trascendencia, pues no pudo escapar al a quo que, para la conformación de un tipo omisivo -que es la figura jurídica escogida para endilgarle a P. su participación en el hecho investigado- debe acreditarse, además de la intensión y voluntad en el autor de hacer algo distinto de lo debido u ordenado, un nexo de evitación y, por último, **la existencia de una posibilidad física de evitar el resultado, o de realizar la conducta debida.***

***Tal como lo sostiene calificada doctrina, la acreditación de la existencia de estos componentes para la configuración de un delito en su forma típica omisiva constituía una barrera infranqueable para concluir en su existencia. De lo contrario, la conducta sería atípica (ver Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, p. 545; Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Astrea, P. 8)** [el resaltado me pertenece]. En suma, no se analizó debidamente la conducta de la inculpada en la posibilidad real de evitar el resultado que se le atribuyó, no pudiendo obviarse que el dominio del curso causal se desplegó bajo el control de quien ejecutara la acción homicida y que la atribución de coautoría endilgada a P. no resulta suficiente de la sola inferencia que ha mediado una violación al deber de cuidado como madre, no pudiendo pasar desapercibido lo que explicitara la imputada en su declaración indagatoria y posterior ampliación, aludiendo que se fue de la casa de su madre teniendo dos niños mellizos y un hijo de su padrastro, el cual también la golpeaba, e incluso lo referido respecto de que al momento de irse de su casa estaba nuevamente embarazada del padrastro (fs. 36/37).*

(...)

Todo ello da la pauta concreta de la imposibilidad de actuar en que se encontraba la imputada, revelan un contexto de inocultable ferocidad que influyeron sin duda en la personalidad de P., por lo que los argumentos expuestos por el a quo carecen de conducencia para demostrar la achacada pasividad como pretendido reproche de un comportamiento omisivo, o como contribución a la direccionalidad de una conducta que pudiera siquiera visualizarse como la admisión dolosa de la posible concreción de un resultado.”

Considero que la tipicidad de un caso como el anterior sería discutida en la península ibérica y que en nuestro país se echaría mano a un estado de necesidad.

El problema se presenta cuando la amenaza del hombre hacia la madre víctima no existió momentos antes del hecho, cuando la mujer no actúa, porque supone su consecuencia -la misma violencia de género que sufre cada vez que contradice al “machista”-. Allí el problema no está en la tipicidad si juzgamos con Derecho Penal Argentino, aunque sí podría estarlo si se lo hace con el español.

Para echar luz a este punto, Maqueda Abreu y Copello explican *“La jurisprudencia apela a criterios de exigibilidad: cuando existiere la amenaza de un daño relevante, serio, desproporcionado para bienes eminentemente personales, propios o ajenos al omitente, que no sea exigible soportar (STS 13/05/1997). En estos casos no habría que esperar a aplicar las reglas de ponderación propias de la causa de justificación del estado de necesidad (Art. 20, 5 CP) sino que se excluiría la misma tipicidad de la omisión por entender que no ha llegado a surgir el deber de actuar, ya que el Derecho no puede obligar más allá de lo que es exigible al término medio de los hombres”*²⁰.

En nuestro ordenamiento la existencia de un peligro concreto para un bien jurídico propio debe ser de suma claridad para eliminar la culpabilidad mediante un estado de necesidad, de manera que esta inexistencia de coacción concreta relacionada con un hecho como el del caso nos coloca en un problema que analizaré más abajo.

Pero el problema en la tipicidad podría avanzar si se pretendiera imputar un homicidio agravado, es decir, una omisión impropia.

Debo adelantar que será escueto el desarrollo de este problema, porque considero que en análisis machista del derecho en nada influye en este punto.

Como toda omisión impropia, debe imputarse el resultado y, por ello, debe buscarse un nexo entre la conducta omitida y el resultado disvalioso.

La doctrina ha discutido si en los tipos omisivos puede existir el clásico nexo de causalidad y ha resuelto que es imposible, porque esa referencia naturalística está ausente en la omisión, “la omisión no causa nada”. Parte de la biblioteca afirma la conexión entre la omisión y el resultado con un curso causal hipotético entre la conducta debida y la evitación del daño, conformándose con un juicio probabilístico. Otros consideran que es justamente el carácter probabilístico el que nos obliga a prescindir de este análisis y a optar solo por la imputación objetiva.

Al hablar de imputación objetiva se debe exigir que la conducta debida tenga idoneidad para disminuir el riesgo que gravita sobre el bien jurídico y que haya sido el riesgo representado por la omisión el que se concretó en el resultado.

²⁰ Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo, Ob. Cit. Pág. 179.

Aquí uno debería imaginarse si la muerte de los menores se produjo por la lesión producida por el hombre o si el riesgo que se realizó en la muerte de estos fue la falta de intervención de su madre. Por ejemplo, si imaginamos que el golpe le produjo un corte al menor de edad, pero que éste no tenía idoneidad para matar y que falleció horas después, porque su madre no llamó un servicio médico, podríamos decir que el riesgo que se realizó fue el de la omisión de la madre. Sin embargo, si los golpes provocados tenían idoneidad suficiente para matar el riesgo que se realizó es el introducido por el padrastro y nada tuvo que ver la omisión.

La ausencia de este análisis en la sentencia confirma un tratamiento sexista, sin embargo el trabajo no trata de impugnar la sentencia, sino de desteñir de machismo algunos institutos jurídicos.

LA CAUSAL “MIEDO INSUPERABLE”. UN INSTITUTO DISTINTO AL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Tal como lo adelanta el título, no solo trataré de desarrollar el concepto de “miedo insuperable”, sino que intentaré demostrar que se trata de un instituto distinto al estado de necesidad disculpante y que presenta problemas sistemáticos la asimilación de uno a otro.

Al sumergirme en esta temática me veo obligado a dar un fundamento a la categoría “miedo insuperable”. Quizá sea como introducción al tema o con la pretensión de dar razón a una causal exculpatoria que creo que debe ser introducida en el ordenamiento jurídico mi país, pero lo cierto es que el texto lo demanda.

Es sabido que la culpabilidad no solo no puede ser afirmada cuando el sujeto activo se encontraba en condiciones psíquicas anormales que le impidieron comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones conforme a ello, sino que tampoco puede serlo si se encontraba pasando por una situación motivacional anormal que hace sucumbir al hombre medio. En este norte, Mir Puig sostiene que *“el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría soportar”*²¹.

El Art. 20.6 del Código Penal Español regula esta causal exculpatoria versando: *“Está exento de responsabilidad criminal el que obra impulsado por miedo insuperable”*.

Este instituto supone la existencia de un mal en la mente del sujeto activo. Es justamente la coacción producida por dicho elemento en el pensamiento lo que hace que el sujeto actúe de manera contraria a derecho. Debe ser aclarado que esta amenaza de mal no debe estar asociada necesariamente a la violencia física efectiva.

Como toda causal de inculpabilidad, el miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción -dado que ello ya fue afirmado en el aspecto subjetivo del tipo-, sino que lo quita de la normalidad necesaria para que pueda reprochársele la conducta al sujeto.

Casi en su totalidad, la doctrina concuerda en que el miedo insuperable no es una causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo,

²¹ Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 9na Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, página 604.

Gimbernat²² considera lo contrario, porque según su doctrina, la culpabilidad no puede ser afirmada cuando el sujeto no tiene capacidad de motivarse en la norma y afirma que ello no sucede en el caso bajo estudio. En este caso, no sucede que el ordenamiento no pueda motivar a determinados sujetos para actuar conforme a la regla, sino que no quiere hacerlo frente a nadie.

Quienes critican lo anterior sostienen un concepto de culpabilidad más amplio, ya que allí no solo se analiza la imposibilidad del sujeto de motivarse, sino también la anormalidad contextual que le impide actuar conforme a esa motivación.

La discusión que aún se considera latente trata de definir si el miedo insuperable excluye la imputabilidad o es una causal de inexigibilidad.

El desacuerdo entre la doctrina me permitió encontrar jurisprudencia que ha tratado el miedo insuperable como un estado de necesidad y otra como una causal de inimputabilidad en casos en los que mediaba violencia de género, realizando un tratamiento totalmente sexista.

De acuerdo con Mir Puig, considero que el miedo insuperable es una causal de inexigibilidad y que tratarlo de manera distinta vacía su contenido o torna innecesaria su regulación en el Derecho sustancial.

Quienes consideran al miedo insuperable como una causal de inculpabilidad han orientado su tratamiento al Trastorno Mental Transitorio regulado en el Art. 20.1.

La regulación en dos incisos distintos exige marcar una diferencia, ya que si el miedo insuperable se asimila completamente TMT se vaciaría de contenido la norma. Quienes subsumen la causal bajo análisis en este estado momentáneo afirman que la vivencia del miedo perturba la lucidez mental.

Demetrio Crespo conceptualiza: *“El Código Penal también alude al trastorno mental transitorio, parece que considerándolo una subclase de la anomalía o alteración psíquica. El Art. 20.1° se refiere en su segundo párrafo al mismo con estos términos: “El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito u hubiera previsto o debido prever su comisión.*

Tal y como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el trastorno mental transitorio, que afecta de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de la intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciado por su temporal incidencia. Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundar la eximente, supone, sobre una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna sea posible la aparición de la indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que lo priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera sea su naturaleza. Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándolo de libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable.”²³

²² Cfr. Gimbernat, Introducción, p. 66. También, siguiéndole, Gómez Benítez, Teoría, pp. 436 ss.

²³ Demetrio Crespo, Eduardo, “Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y el tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad”, Edisofer S.L., Madrid, España, pág. 244.

Es el comienzo de la cita lo que nos impide echar luz a esta asimilación, el TMT puede ser inducido por el mismo sujeto, el miedo insuperable no, es solo un contexto que por la suerte del destino, el sujeto padece.

Maqueda Abreu también hace un desarrollo al respecto: *“No puede admitirse, por ejemplo, el entendimiento del miedo insuperable como un estado de “terror invencible”. Así lo definía la antigua jurisprudencia: “miedo como terror, pavor o pánico, es decir que no basta con la presencia de una emoción caracterizada por el temor sino que se exige que la reacción inspirada en dichos sentimientos implique una grave perturbación de las facultades del psiquismo o un trastorno anímico de tal intensidad que le coloque en una situación de terror invencible que implica la anulación de la voluntad de su conducta” [STS 26/10/1982 (Tol 23144)]. Es de observar cómo el miedo se identifica aquí con criterios de definición propios de la imputabilidad, favoreciendo su confusión con la eximente de trastorno mental transitorio (Art.. 20,1 CP).”*²⁴

Uno de los criterios novedosos es el de Palaino Navarrete que funda el “miedo insuperable” bajo la relevancia social. En este norte, sostiene *“el miedo se fundamenta en la relevancia social de una causa que lo determina (p. Ej., el temor a sufrir un allanamiento de morada o una agresión personal, y no a percibir el recibo mensual del alquiler de un apartamento)”*²⁵. No solo lo considero novedoso, sino también muy oportuno a este trabajo. Es una crítica a los dogmáticos y a los funcionarios judiciales que consideremos la violencia de género como un hecho de relevancia social al solo efecto de ampliar el poder punitivo del Estado. Principalmente por dos razones. En primer lugar, porque asumir la gravedad de este hecho social no solo permite a la doctrina ampliar el poder punitivo, sino que exige disminuirlo en casos como éste y, sin embargo, lo obviamos. En segundo término, porque la aislada respuesta punitiva ya nos ha demostrado que fracasa en la resolución del problema que tiene relevancia social, justamente por ser aislada al caso judicializado.

Como dije más arriba, soy de la opinión que tampoco es acertado considerar al miedo insuperable como un estado de necesidad.

No solo es aplicable el mismo razonamiento antes expuesto, ya que el miedo insuperable se vaciaría de contenido si se lo trata como un tipo de estado de necesidad, sino que la modificación del Código Penal da mayor razón a la separación de los institutos.

La reforma eliminó un requisito en la causal miedo insuperable. Anteriormente la ley exigía que se sienta un miedo insuperable a “un mal igual o mayor” al que se lesionaba. Este requisito tiene identidad al estado de necesidad, logrando una confusión que la modificación legislativa logró zanjar.

Mir Puig hace una aclaración sobre el tema y reconoce que la causal de no exigibilidad que me encuentro analizando presupone un conflicto de intereses entre el mal que amenaza y el que se causa para evitarlo, pero diferencia una causal de la otra. Mientras el estado de necesidad tiene una objetiva colisión de intereses, el miedo insuperable solo se define como una situación motivacional que, a mi parecer, no exige una identidad en el plano objetivo.

²⁴ Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo, Ob. Cit., p. 291.

²⁵ Palaino Navarrete, Miguel, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, Segunda Edición corregida y actualizada, Eitorial Tecnos, Madrid, 2016, página 199.

Así, solo puede concluirse que el miedo insuperable es una causal de inexigibilidad de la conducta.

Diferenciar esta causal de inexigibilidad del TMT permite afirmar que no es necesario que el miedo afecte la lucidez del sujeto. Aunque el mal es intersubjetivamente insuperable, el autor tiene clara conciencia, tiene voluntad, pero padece una amenaza intelectual que impediría que cualquier hombre se comporte conforme a derecho.

En este norte, Maqueda Abreu sostiene: *“Las nuevas interpretaciones judiciales se orientan, sin embargo por el camino adecuado cuando corrigen las fundamentación de la eximente. Es “en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en este estado subjetivo de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiada sino un temor a que ocurra algo no deseado [STS 19/06/2008 (Tol 135956)]”*²⁶

En consonancia con lo afirmado por Mir Puig, considero destacable que bajo el “miedo insuperable” no se analizan casos en los que el sujeto es distinto a lo normal, sino que justamente es su normalidad -o su clara identidad con el hombre medio- lo que lo hace actuar de un modo contrario a Derecho. En este tipo de casos, la anormalidad no está en el sujeto, ni siquiera de manera transitoria, sino que está en la situación. Es el contexto lo que es anormal, cualquier hombre o mujer medio en esa situación anormal habría actuado de la manera en la que éste actuó.

Es importante considerar que se toma como parámetro el hombre medio, porque un Estado de Derecho no puede pretender héroes. Así, la idea tantas veces repetida que versa que *“las conductas heroicas no son exigibles”*²⁷.

En este punto, la doctrina ha hecho impugnaciones al término exigible, porque si bien se ha impuesto de manera clara en la teoría, algunos consideran que desde un punto de vista lingüístico, la expresión “no exigibilidad” no es la más acertada.

Es claro que una causal de inculpabilidad no declara que la conducta no es contraria a Derecho, sino que solo dice que no es reprochable penalmente. Es así, que sí es exigible desde el Derecho civil, ya que se encuentra configurado el injusto penal que se requiere para afirmar la responsabilidad civil.

En este sentido, es erróneo afirmar que la conducta no es exigida por el Derecho si permite imputar algún tipo de responsabilidad, aunque sea patrimonial. *“Podría decirse perfectamente que el Derecho “exige” la conducta heroica, aunque no considere “penalmente responsable” a quien la omite”*²⁸.

Continuando con el desarrollo del instituto, el carácter insuperable de este miedo o temor podrá ser afirmado cuando el sujeto no pueda escaparse de la situación sin realizar la conducta prohibida y hacer la debida. Así, Mir Puig sostiene que *“Será insuperable en sentido estricto, cuando no pueda superarse su presión motivadora ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica. Pero, si no se admite el libre albedrío ni el «poder actuar de otro modo» como fundamento de la responsabilidad penal, habrá que*

²⁶ Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo, Ob. Cit. Pág. 291.

²⁷ Cfr. p. Ej. Cuello Calón, PG, p. 409 («no es posible exigir a la naturaleza humana un heroísmo que muchas veces está por encima de ella»).

²⁸ Mir Puig, Santiago, Ob. Cit. Pág. 605.

buscar algún otro criterio que permita evitar la pregunta de si el sujeto podía o no podía superar el miedo y, por tanto, si podía actuar de otro modo.”²⁹

El Tribunal Supremo utiliza el criterio del *hombre medio* para sostener que el miedo será insuperable cuando el común de los hombres no lo hubiese resistido³⁰.

Es aquí donde pueden plantearse un segundo interrogante *¿Es este criterio del hombre medio el que puede ser utilizado en casos como el de la sentencia analizada?*

No se puede ser ingenuo al lenguaje utilizado, se habla de hombre medio y no de mujer media. Si bien el término utilizado podría ser herencia no puesta en crisis, debe reconocerse que evidencia el carácter sexista.

*“El juez interroga como reaccionaría el “hombre medio” a la provocación pensando efectivamente en el **hombre**. Pero lo curioso es que el juez crea estar aplicando un criterio general válido para ambos hombres y mujeres”³¹.*

En mi opinión el “hombre medio” solo serviría para resolver el caso si se toma “el hombre medio” del colectivo al que pertenece el sujeto activo. Así podría hablarse del “hombre medio dentro de los extranjeros latinoamericanos”, “el hombre medio dentro de extranjeros africanos”, “el hombre medio dentro de los indígenas”, “la mujer medio”, “la mujer medio dentro de las víctimas de violencia de género”, “la mujer medio dentro de las lesbianas”, etcétera.

El autor antes citado hace una reflexión sobre esta categoría de “hombre medio” y afirma que *“Este punto de vista es admisible siempre que se sitúe al hombre medio en la posición del autor: imaginándolo en todos sus conocimientos y condiciones personales, físicas y mentales, salvo en aquello que pudiera privarle de la normalidad de criterio propia del hombre medio. Así, habría que preguntar si este hombre medio hubiera resistido al miedo en caso de haber tenido la edad, sexo, la cultura, la experiencia, el oficio, etc. del autor, si lo hubiera hecho de haber conocido como éste la situación o de haberse producido el ataque por sorpresa, de noche, después de haberse producido una serie de atentados en aquella zona, etcétera. En cambio, no habrá que tener en cuenta características patológicas del autor, como neurosis o psicopatías, que dan lugar a un miedo patológico ante circunstancias en que el hombre normal lo superaría. Sucede aquí que ya ha de entrar en juego el trastorno mental transitorio excluyente, en su caso, de la imputabilidad. La exigente de miedo insuperable ha de reservarse, según su naturaleza, para los casos en que no sería exigible al hombre medio actuar conforme a Derecho.”³²*

Maqueda Abreu teoriza sobre el tema y termina afirmando un baremo mixto (objetivo-subjetivo) a la hora de comprobar la “superabilidad” del miedo. La autora afirma: *“En cuanto a la “insuperabilidad” del miedo, se abandona un baremo exclusivamente subjetivizante atento a la sensibilidad particular de cada autor (que podría favorecer las*

²⁹ Mir Puig, Santiago, Ob. Cit. Pág. 610.

³⁰ Así las SSTs 1095/2001 de 16 jul., 790/2002 de 7 mayo, 2067/2002 de 13 dic., 156/2003 de 10 Feb., 722/2003 de 12 mayo, 340/2005 de 8 mar., 180/2006 de 16 Feb. y 783/2006 de 29 jun. Sobre exigente incompleta de miedo insuperable ver SSTs 2067/2002 de 13 dic., 1277/2002 de 5 jul., 156/2003 de 10 Feb., 541/2003 de 9 abr., 722/2003 de 12 mayo, 30/2004 de 23 en., 322/2005 de 11 mar., 783/2006 de 29 jun. y 81/2007 de 12 Feb. Cfr. Córdoba Roda, Comentarios I, pp. 336 ss.

³¹ Larrauri, Elena y Varona, Diego, Ob. Cit. Pág. 159.

³² Mir Puig, Santiago, Ob. Cit., P. 611.

personas timoratas, pusilánimes o asustadizas (STS 29/01/1998) y se reclama generalmente el criterio objetivador que toma como referente al espectador imparcial situado en su lugar. Así dice el Tribunal Supremo, “partiendo del hecho incontrovertible de la persona e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de manera personalísima”, ... “la valoración de la capacidad y la intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio” [STS 19/06/2008 (Tol 135956)]. Pensamos, en todo caso, que la exigibilidad propia de la culpabilidad no puede ir más allá de un juicio de razonabilidad que explique el comportamiento del autor sin dejar de valorar de modo individualizado su personal conflicto con la norma, para lo cual debe darse relevancia, como reconoce la propia jurisprudencia a la situación psicológica del autor en el momento de la realización del hecho. Hay que utilizar, pues, un baremo mixto (objetivo-subjetivo) a la hora de comprobar el grado de intensidad del miedo exigible para afirmar la exculpación.”³³

Así, para comenzar a arribar a la solución acertada, solo si la categoría “hombre medio” se encuentra definida por las características comunes que concentra cada miembro del grupo vulnerable al que pertenece una mujer afectada por violencia de género, el Derecho se aparta de su discriminación sexista, de otro modo, este baremo “neutral” acalla y discrimina.

Hay autores que solo dan un criterio empírico a la insuperabilidad, como Palaino Navarrete, que afirma que *“La naturaleza insuperable del miedo deriva de la incapacidad de dominar subjetivamente la situación de temor ante un mal, que es determinante del estatus de la no exigibilidad de otra conducta”*³⁴

Pero más allá de señalar el tratamiento sexista de la norma, el título trata de introducir al lector en la problemática que significa asimilar el miedo insuperable al estado de necesidad. La gran diferencia de esta causa de inexigibilidad con el estado de necesidad -tanto justificante, como exculpante- está dada en la existencia objetiva de la causa del miedo. Los estados de necesidades ponen en jaque a quien los padece, porque existe una situación objetiva que obliga a sujeto activo a elegir un bien para sacrificar y uno para salvar. En el caso del miedo insuperable este aspecto objetivo no es un requisito, sino que solo se necesita un estado motivacional.

Es acá donde considero que ampliar el concepto de estado de necesidad para que el juez pueda echar mano al miedo insuperable, presenta serios problemas dogmáticos. Por un lado, modifica la naturaleza de ambos institutos y por otro, vacía de fundamento a la regulación diferenciada que tienen ambos en el Código Penal Español.

Sobre este aspecto objetivo necesario o no para la causal de miedo insuperable mucho se ha discutido, especialmente sobre el error en la causal del miedo insuperable.

Considero que la diferencia entre los autores reside en la exigencia de un aspecto objetivo que dé razón empírica al miedo padecido.

Debe tenerse en cuenta que el miedo no solo es fruto de una situación concreta, por ejemplo una amenaza del hombre hacia la mujer que le dijo que si se entromete -en la

³³ Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo, Ob. Cit., Pág. 292

³⁴ Palaino Navarrete, Miguel, Ob. Cit., Pág. 199.

agresión de él a sus hijos- la mata, sino que puede ser fruto de un largo proceso de acumulación de latentes temores y no tener un referencia inmediata en el día que se da el hecho. Cuando la violencia de género es constante no es necesario que el miedo sea fruto de una amenaza concreta, sino que es producto de todos hechos de los que fue víctima. Así, existe una línea jurisprudencial que entiende que el miedo *“unas veces acomete súbitamente, de improviso, ante un acontecimiento que nos sobrecoge e infunde temor de un mal grave que se anuncia próximo y otras, se produce mediante un laborioso proceso de gestación, que lentamente va creando un estado obsesivo propenso a reacciones violentas...”*³⁵

En el mismo sentido critica Córdoba (1972:348) la postura que exige la inminencia o actualidad del mal que causa el miedo, al sostener que *“el miedo puede surgir como efecto de la particular vivencia de un riesgo sin antecedente anterior, pero también, y tal vez con frecuencia aún mayor, como resultado de una lenta gestación en la que el estímulo último desencadenante puede encerrar en sí mismo muy escasa significación. Por ello, si el T.S. exige tal inminencia, debería por lo menos tener en cuenta toda la situación vivencial anterior de la mujer (todo el proceso de gestación del miedo) y no sólo el epílogo de una trágica sucesión de abusos.”*³⁶

Tal como vengo sosteniendo, la exigencia de esta situación objetiva vacía de contenido el miedo insuperable, ya que lo asimilaría al estado de necesidad exculpante. Por otro lado, realiza un tratamiento discriminador por desconocer un padecimiento de larga data que ya ha adquirido relevancia social.

En este sentido, *“este requisito de la realidad del mal no tiene apoyo legal alguno, y además va en contra e la realidad psicológica del miedo. Como dice Córdoba (1972:351) “dicha circunstancia de exención deberá ser estimada con independencia de la existencia del mal en la realidad externa: también actúa impulsado por “miedo insuperable de un mal igual o mayor” quien obra por miedo de una mal solo presente en su figuración”. Lo importante es que se actúe impulsado por tal sentimiento, sin ser decisivos la realidad o no del mal. Desde este punto de vista, no existe realmente un miedo putativo”*³⁷.

Maqueda Abreu hace una referencia a este punto al sostener: *“La jurisprudencia suele exigir la comprobación de la efectividad del temor y de que la acción delictiva se realizó para evitar el mal causante del miedo [STS 10/02/2003 (Tol 265555)], como requisito para excluir la pena por ausencia, no ya de antijuridicidad, sino de culpabilidad. (...) Si el miedo fuera consecuencia de la valoración errónea de una situación inminente de peligro para los bienes esenciales del autor, podrá optarse por la solución del error de prohibición (Art.. 14, 3 CP). Por ejemplo, cuando la realidad del mal amenazante sólo existe en la conciencia del autor”*³⁸.

Pese a la opinión anterior, como lo vengo defendiendo, creo que exigir que la representación subjetiva del mal que genera el miedo se vea idénticamente reflejado en la realidad nos permite pensar en un estado de necesidad y no en esta causa de inexibilidad de la conducta.

³⁵ Cfr. STS 20-5-1949 (RAJ 822), 22-10-1958 (RAJ 3040) y 19-7-1994 (RAJ 6653).

³⁶ Larrauri, Elena y Varona, Diego, Ob. Cit. pág. 125.

³⁷ Larrauri, Elena y Varona, Diego, Ob. Cit. pág. 128.

³⁸ Maqueda Abreu y Copello, Ob. Cit., Pág. 292

En este sentido, Mir Puig ilustra diciendo: *“Una vez suprimido el requisito que exigía el anterior CP de que el miedo insuperable lo fuera de «un mal igual o mayor», deja de ser necesario, para que concurra efectivamente la eximente, que exista o no realmente la amenaza que origina el miedo. Lo único que se exige ahora es la existencia de miedo insuperable. El error sobre la apreciación del mal amenazante —así, cuando el sujeto cree que concurre cuando no concurre— puede determinar la misma situación de anormalidad motivacional en el sujeto exigida para la exclusión de responsabilidad penal. Siendo así, no hay más remedio que entender que también entonces faltará la posibilidad de imputar penalmente el hecho al sujeto en el momento de actuar.”*³⁹

Creo que lo hasta aquí desarrollado permite responder uno de los interrogantes del trabajo. Me refiero a si es correcto o no, desde un punto de vista dogmático, ampliar el concepto de estado de necesidad disculpante para poder subsumir allí un supuesto de miedo insuperable, como lo hizo el fallo disparador. A lo largo de este título intenté dar razones a la respuesta negativa, pero considero que es una buena forma de cerrar este título aclarar que concluyo que no es admisible subsumir el “miedo insuperable” en un estado de necesidad exculpante.

LA ASIMILACIÓN DEL MIEDO INSUPERABLE AL TMT UNA ANALOGÍA ERRADA Y SEXISTA

Tal como lo adelanta el título y como fue tratado más arriba, existe una línea dogmática y jurisprudencial que ha asimilado el miedo insuperable al trastorno mental transitorio.

De hecho, se puede constatar que en múltiples casos de mujeres víctimas de violencia de género que matan a sus maridos se discute la eximente “miedo insuperable” y se exigen requisitos psicológicos o padecimientos psiquiátricos típicos del TMT.

El criterio puede verse claramente expuesto en la STA del 30/9/93 (RAJ 7020), donde se parte de un informe psicológico y otro psiquiátrico del Cuerpo Médico Forense para denegar la eximente miedo insuperable. Para ello, se afirmó que la imputada no padecía ningún trastorno de personalidad ni enfermedad mental que haya anulado su inteligencia o voluntad y se concluyó que era plenamente imputable.

Si bien ya la conclusión es útil para denotar el error de tratar al miedo insuperable como un padecimiento psíquico y psiquiátrico que elimina la voluntad y así, la culpabilidad; se utilizó un segundo argumento que da mayor entidad a la asimilación de la que vengo escribiendo. La sentencia afirma que para que el miedo sea insuperable debe colocar al sujeto *“en una situación que le provoque la anulación de la voluntad (...) que se mueve a impulsos de propio temor o pánico”*⁴⁰.

Es destacable la STS del 19/5/95 (RAJ 4177) que define al miedo insuperable al afirmar que *“El miedo para eximir de responsabilidad ha de ser “insuperable”, en el sentido de imposibilidad de vencimiento o apartamiento del estado emotivo del sujeto, con la correspondencia de un efecto psicológico parangonable a la inimputabilidad del individuo”*. Así también, resulta paradigmático desarrollar el miedo insuperable como un *“sentimiento,*

³⁹ Mir Puig, Santiago, Ob. Cit., Pág. 611.

⁴⁰ Así también, la STS del 12 de febrero de 1981 (RAJ 545) se refiere a un *“Temor intenso que (...) supone una perturbación anímica que disminuía, sin anularlos su raciocinio y libertad (por lo que) se produce un miedo insuperable completo, puesto que pertenece íntegra esa vida subjetiva propiamente dicha, aunque oscurecida en su raciocinio y voluntad, pero no anulada siendo posible exigir al sujeto otra conducta”*.

*que por representar un estado psíquico personal de inimputabilidad, tendría que haber afectado profundamente a la inteligencia y voluntad del inculpado*⁴¹.

Larrauri y Verona buscan un fundamento a este criterio jurisprudencial y dogmático. Luego de sostener que la jurisprudencia asume que la afectación de la voluntad debe ser producto de una grave perturbación psíquica, exigiendo que el miedo determine su anulación, afirman que ello se debe a que antiguamente se exigía que el miedo fuerce la voluntad del individuo y que lo determine a actuar de una manera que sin la coacción moral no hubiera sido posible. *“Es decir, expresa con otras palabras el originario fundamento del miedo insuperable como circunstancia basada en la anulación de la voluntad libre del sujeto afectado*⁴².

El grave problema de esta tesis originaria se evidencia con un mero análisis literal, ya que nos aleja de la culpabilidad para llevarnos al primer estrato de la teoría del delito, pasando a dar forma a un elemento negativo de la acción y dejando de lado todo lo anteriormente desarrollado. Mir Puig (1990:622) critica esta postura cuando desarrolla el Trastorno Mental Transitorio.

Más allá de los problemas dogmáticos que presentan la dos posturas, la asimilación del miedo insuperable a un TMT y la que lo trató como una causal eliminadora de la acción, los autores antes citados destacan *“Ambas posturas, (...) hacen sumamente difícil la aplicación de esta eximente en los casos que tratamos, ante la dura e injustificada exigencia de que la mujer, en la acción concreta, presente un trastorno psíquico que determinase la anulación de sus facultades volitivas o de su capacidad de actuación*⁴³. Debe aclararse que en la obra antes citadas se tratan casos de mujeres homicidas que eran víctimas de violencia de género.

Tal como lo vengo sosteniendo, soy de la opinión de que el miedo insuperable es una causal de inexigibilidad y no de imputabilidad. Así, entiendo que el fundamento de la eximente radica en la inexigibilidad de otra conducta, por lo que el hecho de que se actúe con más o menos entereza no dice nada sobre la aplicación de esta causal. Creo que los problemas se presentan cuando la doctrina inclina la causal a la falta de acción o al Trastorno Mental Transitorio.

Hasta aquí solo he tratado los problemas dogmáticos que traería vaciar de contenido al miedo insuperable para subsumirlo en una falta de acción, en un TMT o en un estado de necesidad disculpante.

Pero el trabajo pretende ir un poco más lejos. Más arriba señalé como el criterio del “hombre medio” discrimina, recientemente realicé las críticas dogmáticas a TMT y al comienzo del trabajo sostuve que es un tratamiento sexista tratar a la mujer de demente o loca.

Considero que lo arriba expuesto no son más que ejemplos de la discriminación que concentra un análisis neutral del derecho. Creo que tratar a la mujer de demente es uno de los prejuicios más comunes contra ésta, creo que es la salida fácil de la jurisprudencia y considero que es la atribución arbitrario de características al sexo femenino. Siempre se

⁴¹ STS de 4-7-1978 (RAJ 2791)

⁴² Larrauri, Elena y Varona, Diego, Ob. Cit. Pág. 101/102.

⁴³ Larrauri, Elena y Varona, Diego, Ob. Cit., Pág.103.

intentó relacionar a la mujer con una sensibilidad mayor y con ello se permitió afirmar trastornos con cierta ductilidad.

En este sentido una de las estudiosas feministas más reconocidas, Olsen, sostiene que el mundo se estructura en dualismos (racional/irracional; abstracto/concreto; objetivo/subjetivo; pasivo/activo; agresivo/afectivo) y que ambas partes no poseen el mismo valor. El movimiento feminista denuncia que a la mujer que se la asocia con la parte más devaluada y al hombre la otra.

Gillighan sostiene que hay dos formas de razonamiento moral que las denomina “ética del cuidado” y “ética del derecho”, que las mujeres generalmente responden a la primera y los hombres a la segunda. La primera busca una solución que no lesione las relaciones personales, trata de evitar el sufrimiento, negocia e intenta la mediación; mientras que la segunda busca la imparcialidad, la objetividad y se inclina por la solución formal y abstracta jerárquicamente impuesta. De ello se deduce el patrón que afirmaba y la forma “masculina” de resolver los conflictos que tiene el Derecho Penal.

Birgitte Sick es una de las autoras que más señala el trato distinto que el Derecho le da a la mujer y denuncia que ello no se justifica en la distinción biológica. Así, *“Es solo una determinada concepción social y moral elaborada por el discurso masculino acerca de la sexualidad femenina lo que permite la comprensión de estos distintos tipos penales.*

*Por ello el Derecho Penal al incorporar esta imagen de mujer refleja no las diferencias biológicas sino las estructuras patriarcales, los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada género y las distintas asunciones morales que laten para cada género”*⁴⁴.

En este mismo orden de ideas, Larrauri desarrolla la problemática que presentaba la causa de inexigibilidad en los hechos de violencia de género donde el victimario pasa a ser el sujeto pasivo del homicidio. La autora explica que la jurisprudencia se ha valido de los requisitos del TMT para no aplicar el miedo insuperable y que también han sostenido que si el homicidio es aleroso tampoco puede aplicarse, porque resulta incompatible, por ejemplo la sentencia del TS el 4 de diciembre de 1989 (RAJ 9417). Frente a ello la autora reacciona diciendo: *“resulta cuanto menos curiosa, porque precisamente alguien que actúa bajo el influjo del miedo que le produce otra persona evita enfrentarse a ella cara a cara (máxime cuando como en el caso de la mujer, las fuerzas son desiguales), y busca precisamente la ocasión propicia para acabar con la fuente de sus temores. Este momento es aquél en el que la otra persona no pueda tener poder alguno sobre ella por cuando su inicial posición de superioridad está ausente momentáneamente (así por ejemplo cuando está de espaldas, acostado...).*

*Sin embargo, la jurisprudencia parece exigir a la mujer que afronte el peligro o la amenaza cuando se presente, olvidando con ello, primero, la situación e inferioridad que presenta en estas especiales situaciones de violencia doméstica, lo cual hace imposible la defensa cara a cara; y segundo, que puede reprochársele que al reaccionar con ello demuestra superabilidad del miedo”*⁴⁵.

⁴⁴ Larrauri, Elena y Varona, Diego, Ob. Cit., Pág. 153.

⁴⁵ Ob. Cit., página 112/3.

Si bien la autora habla de un supuesto distinto al caso disparador, no deja de ser un claro ejemplo de silenciamiento de las particularidades de una mujer víctima de violencia de género. Olvidar las características particulares que comparte con un grupo vulnerable torna esta categoría de “hombre medio” como un filtro altamente discriminador.

Este tinte discriminador acusado es referenciado por esta autora, aunque no por el calificativo que le di yo, sino cobarde -según creo que ella opinaría-. Ésta sostiene que en los casos de violencia doméstica existe una clara tendencia del miedo hacia la inimputabilidad, ya que así los tribunales evitan pronunciarse sobre la posible justificación de la conducta o la potencial inexigibilidad de otra.

CONCLUSIÓN

El trabajo trató un caso disparador para evidenciar un análisis “neutral” del derecho, dio a este carácter neutral su correspondiente desarrollo, afirmó la necesidad de analizar los casos desde una perspectiva de género, desarrolló las categorías que reproducen discriminación y señaló los problemas dogmáticos que presenta la ausencia del “miedo insuperable” como causal de inexigibilidad de la conducta en el Derecho Penal Argentino. Expuesto ello, considero prudente concluir que es necesaria la regulación del instituto en nuestro Derecho, porque así el Estado Argentino asumiría, trataría y combatiría la violencia de género en casos como el disparador.

Si bien puedo ser muy radical en mi postura y mi fuerte desconfianza hacia la pena siempre me inclina por detener el poder punitivo del Estado, considero que en mi país el avance de la problemática de género en los medios de comunicación solo sirvió para aumentar penas y “ablandar” las garantías del imputado que atacó a una mujer.

Como dije recientemente, soy de aquellos que más desconfían en la respuesta punitiva como una respuesta correcta al conflicto, no obstante, debo aceptar que ésta es la que existe para diversos quebrantamientos de la norma.

Sin embargo, creo que el trabajo es útil para destacar que “el discurso de la violencia de género” en escasas oportunidades fue utilizado para una mayor comprensión de la imputada mujer que era víctima de violencia de género. El trabajo trata de trazar una directriz que pretende recorrer toda la teoría del delito, porque opino que solo considerando las características de un grupo desaventajado -mujeres criminalizadas víctimas de violencia de género- se puede romper con el análisis neutral de la norma y, de esa manera, dejar de reproducir prejuicio discriminatorios.

Así, solo intento promover -a aquel que tenga que reprochar la conducta atribuida a una mujer como Zapata- a considerar que la categoría de madre protectora no es un título neutral, sino que desatiende la particularidad de una mujer que se encuentra dentro del grupo desaventajado y vulnerable por su condición de mujer víctima de violencia de género. Pretendo que considere que la violencia tolerada por el sistema, legitimada por su silenciamiento e, incluso, en el caso concreto, impune por la falta de persecución del Estado, tiene consecuencias en la psiquis de una persona que luego puede no actuar.

Tengo la firme convicción que la conducta heroica no se le puede exigir a Zapata, ni tampoco a ninguna mujer que fue víctima de violencia de género, que padeció agresiones similares a las toleradas, porque difícilmente puede representarse la conducta lesiva como lo haría una persona que no padeció violencia, porque no puede reaccionar frente a la violencia,

porque la naturalizó, la toleró, la normalizó; porque nunca podrá reaccionar en defensa de nadie, porque lo primero que siente es un miedo insuperable por ese agresor.

La conclusión antes expuesta no es absoluta, lo que sí es determinante es que el análisis dogmáticos de casos como el precedentemente expuesto no pueden dejar de ser valorados bajo una perspectiva de género. Debe ser subrayado que es obligación del Estado Argentino erradicar la violencia contra la mujer y ello exige eliminar las perspectivas neutrales de análisis que permiten prorrogar la discriminación impidiendo que se visualice.

El trabajo comenzó con una frase de Garland que dice: *“La penalidad actúa como un mecanismo regulador social en dos aspectos distintos: regula la conducta directamente a través del medio físico de la acción social, pero también regula el significado, el pensamiento, la actitud, y de ahí la conducta, con un método diferente de significación”*.

No fue ingenuo el utilizarla, condenar a un mujer como Zapata vocifera un concepto machista que siempre trataré de denunciar.

BIBLIOGRAFÍA

- Christine Chinkin ... [et.al.]. “Violencia de Género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, 1ª ed. Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012.
- Defensoría Penal Pública & Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, La Perspectiva de género en las defensa de mujeres en el nuevo sistema procesal penal chileno: un estudio exploratorio. Informe final de resultados. Santiago de Chile, Centro de Documentación de la Defensoría Penal Pública, 2005.
- Demetrio Crespo, Eduardo, “Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y el tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad”, Edisofer S.L., Madrid, España, página 244.
- Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, t. I.
- Gullco, Hernán, “Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia Comentada”, 2º Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Larrauri, Elena y Varona, Diego, “Violencia doméstica y legítima defensa”, 1ra Edición, EUB S.L., 1995, Barcelona, 1995.
- Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo “El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica”, 5ta Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Maqueda Abreu, María Luisa y Copello, Patricia Laurenzo “El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica”, 5ta Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 9na Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
- Muñoz Conde, Francisco, “Introducción al Derecho Penal”, Editorial BdeF, Montevideo - Bueno Aires, 2001.
- Palaino Navarrete, Miguel, “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, Tomo II, Segunda Edición corregida y actualizada, Eitorial Tecnos, Madrid, 2016.
- Ricardo C. Núñez, Derecho Penal Argentino, Ed. Bibliografía Argentina, Buenos Aires, 1959, t. I.

- Roberts, Dorothy E., "Foreward: The Meaning of Gender Equality in the Criminal Law", en *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85-1. Chicago, Northwestern University, 1994.
- Roxin, Claus, "Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito", Traducción de la Segunda Edición Alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente Remensal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- Schünemann, Bern, "El sistema del ilícito jurídico-penal: Concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y la Parte Especial", publicado en *Obras*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- Schünemann, Bern, "Fundamentos y límites de la omisión impropia", Editorial Marcial Pons, Adrid, Barcelona, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Manual de Derecho Penal. Parte General", 1ra Edición, Buenos Aires, Ediar, 2005.