

ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, PERO EN VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE TERCERO EXCLUIDO¹

Sebastián M. Rotman²

1. INTRODUCCIÓN

El estado de necesidad exculpante con perspectiva de género en el cual se fundamenta el fallo absolutorio³ incursiona en una solución dogmática infrecuente en la jurisprudencia nacional y, en principio, loable. Sin embargo, el tribunal concede mucho; nada menos que la configuración de un ilícito penal, en un caso pasible de responsabilidad internacional. Extiende el análisis con perspectiva de género a un instituto como el estado de necesidad exculpante, ofreciendo una solución dogmática que amplía el horizonte o abanico de posibles defensas desincriminantes. No obstante, resuelve el caso recién a nivel de la culpabilidad cuando existían otros institutos asimismo pasibles de ser aplicados con perspectiva de género en el análisis de la tipicidad y antijuridicidad; atipicidad objetiva y subjetiva, estado de necesidad justificante de terceros o error sobre las circunstancias de hecho de la permisión, e incluso posibles nulidades por falta de intervención primigenia del defensor de menores o afectación del *non bis in idem*.

En el universo de casos que (I) se puede recurrir al principio de ponderación de bienes – y se satisfacen todos los requisitos del estado de necesidad justificante– y (II) se concede la faz subjetiva lícita del agente respecto de las circunstancias fácticas –no tratándose entonces de un potencial error sobre la permisión misma–, a partir de la regla de tercero excluido, las únicas dos alternativas lógicas de máxima posibles, impiden ambas configurar un ilícito penal, trátase de un estado de necesidad justificante –en este caso, de terceros– o un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión.

El proceso penal argentino, por sustracción de menores y desobediencia, se inició tras un juicio penal en ausencia en Francia y un proceso civil argentino, con sentencia firme de la CSJN ordenando la restitución internacional de los menores en cumplimiento de la sentencia extranjera. En ese marco, la Sra. M.L.Y. planteó, en todas las instancias, un abuso sexual del padre a los menores, lo cual no fue investigado en Francia pero fue respaldado

¹ Cítese como: Rotman, Sebastián (2024). Estado de necesidad exculpante con perspectiva de género, pero en violación del principio de tercero excluido. Estudios sobre Jurisprudencia, 243-271.

² Abogado Especialista en Derecho Penal (UTDT). Docente universitario (UBA). Prosecretario Administrativo (Int.) de la Defensoría General de la Nación. Defensor Público Coadyuvante de la Defensoría Pública Oficial Nº 6 ante los Juzgados Nacionales de Primera Instancia y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

³ TOCC 22, causa N°51350/2018, reg. N° 6333, resuelto el 13/3/2024.

en Argentina por profesionales que robustecieron la versión de la madre, aunque restituyeron finalmente a los menores a Francia sin ser oídos en forma directa en el proceso penal argentino, en una desarticulada actuación de la justicia bajo la cual parecía subyacer el riesgo de un potencial escándalo jurídico por sentencias contradictorias, tanto entre la jurisdicción penal y civil nacional, como respecto de la sentencia foránea, donde no se investigó el abuso sexual paterno-filial que motivó el cuidado materno, problema parcialmente propiciado a partir de la posibilidad de sustanciar allí un juicio en ausencia, y el contexto de violencia de género.

En prieta síntesis, una madre nacida en Costa de Marfil se llevó a sus dos hijos menores de Francia, fue denunciada civil y penalmente en Francia y en Argentina por el padre francés y ella alegó en todas las instancias que se llevó a los hijos debido a un presunto abuso sexual paterno-filial. No obstante, la justicia civil argentina ordenó la inmediata restitución de los menores a Francia, la justicia penal argentina detuvo y retuvo el pasaporte de la madre durante media década que no pudo ver a sus hijos, y recientemente fue absuelta por un estado de necesidad exculpante con perspectiva de género.

En los capítulos 2 y 3, se intentará demostrar que la solución del tribunal violenta el principio de tercero excluido —regla de la lógica que se inscribe en el principio de razonabilidad, la sana crítica y el deber de fundamentación suficiente en un estado de derecho— y, por lo tanto, como mínimo, concede demasiado; el ilícito penal. En los capítulos 4, 5 y 6, se profundizará en el análisis del estado de necesidad exculpante —con el cual resuelve el tribunal, a nivel de la culpabilidad—, y el estado de necesidad justificante de terceros o el error sobre las circunstancias de hecho de la permisión —que, considero, representan las dos soluciones dogmáticas de máxima posibles, a nivel de la antijuridicidad, por imperio del principio de tercero excluido—. En los capítulos 7, 8 y 9, se analizarán otras soluciones dogmáticas plausibles, en las circunstancias contingentes del caso, por afectación del *non bis in idem*, atipicidad o nulidad por falta de intervención primigenia del defensor de menores. En los capítulos 10 y 11, se explorará la posible responsabilidad internacional y se ensayará una conclusión final.

2. EL PRINCIPIO DE TERCERO EXCLUIDO

La sentencia absolutoria ofrece consideraciones auto-contradictorias⁴, que deambulan entre fundamentos propios del estado de necesidad justificante, putativo o exculpante, incluso alude a una suerte de pena natural⁵; en ese vaivén, alterna en diferentes tensiones entre los derechos de los menores con relación a los de la madre, o con los del padre;

⁴ “No puede constituir un ilícito [...] se trata de una conducta típica y antijurídica. Se trata de una cuestión de culpabilidad...”.

⁵ “Es que debo soslayar que el mínimo que la pena prevé en el ordenamiento jurídico ya se encuentra cumplido por la encausada en el tiempo que lleva sin ver a sus hijos...”.

luego hace énfasis en la inexigibilidad de otra conducta y el estado de necesidad exculpante con perspectiva de género, al mismo tiempo que afirma seguir los argumentos del Ministerio Público de la Defensa; pero la defensa pública, que intervino en la etapa de instrucción –cuando también se imputaba un concurso real con el delito de desobediencia, cuya acción penal prescribió durante la etapa de juicio–, lo que planteó fue la atipicidad de la sustracción de menores y un estado de necesidad justificante o, subsidiariamente, putativo –en forma preliminar, también se cuestionó la afectación de la garantía de *non bis in ídem* y la nulidad de todas las actuaciones por falta de intervención primigenia del defensor de menores–.

Interpretada bajo su mejor luz, la sentencia absolutoria hace claro y expreso hincapié en el instituto del estado de necesidad exculpante, aplicado con perspectiva de género⁶.

Las inconsistencias señaladas en el vaivén argumentativo parecen estar directamente relacionadas con una situación dilemática de compleja resolución, en materia de derecho sustantivo y adjetivo local, derecho penal internacional y derecho procesal penal internacional; principalmente, por posibles sentencias contradictorias, entre las jurisdicciones locales y, asimismo, respecto de una sentencia foránea dictada en ausencia. Paralelamente, se denunció otro presunto delito cometido en el extranjero, no investigado en aquella jurisdicción.

El caso argentino se inició tras una primigenia judicialización del conflicto entre las partes en la justicia civil francesa, donde se dispuso primeramente la tenencia compartida de los hijos menores de las partes a sus padres, a M.L.Y. –nacida en Costa de Marfil– y D.T. –nacido en Francia–, aquí imputada y querellante respectivamente, y posteriormente la tenencia exclusiva del segundo. Conforme fotocopias aportadas y traducidas por la querrela, la madre habría sido condenada en ausencia en Francia por la no presentación y retención de los menores fuera de su país de origen, al incumplir el régimen de tenencia compartida primeramente dispuesto. Paralelamente, la Sra. M.L.Y. viajó a Argentina el 8 de mayo del 2016 y se presentó voluntaria e inmediatamente en sede consular primero, y en sede judicial después, y judicializó la conflictiva en la justicia civil argentina, trámite que llegó hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ordenando la restitución de los menores a Francia en cumplimiento de la sentencia extranjera.

En todas las instancias civiles, penales, administrativas y consulares, incluso ante medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales, la Sra. M.L.Y. fundamentó y sos-

⁶ “Parece que tod[o] gira en torno a la idea de exigibilidad [...] desde la óptica de la perspectiva de género, permite alejarme de las teorías tradicionales del delito para hacer lugar a un nuevo sentido en la culpabilidad que se le achaca a la imputada en un estado de necesidad que la deja sin efecto y por el cual corresponde su absolución [...] se trata de una cuestión de culpabilidad...”.

tuvo en forma coherente y detallada, que su actuación en todo momento estuvo motivada en la protección de la integridad física y psicológica de sus hijos, menores de 10 años, en el interés superior de los mismos, pues había puesto en conocimiento desde su primera presentación, ratificada coherentemente luego en todas las siguientes instancias, que el padre de ellos había abusado sexualmente de sus hijos, razón por la cual, en caso de residir nuevamente en su morada, corrían serios riesgos de revictimización, tanto psicológica como físicamente, por el abuso sexual ya cometido y ante la posibilidad cierta de nuevos abusos sexuales.

Con posterioridad al trámite civil en la justicia nacional, ante el incumplimiento en la restitución judicializada con sentencia firme, se le dio intervención al juez penal, por los presuntos delitos de desobediencia y sustracción de menores. La Sra. M.L.Y. fue detenida el 31 de mayo del 2019 e indagada por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 50, con la intervención de un traductor público y la asistencia técnica de la Defensoría Pública Oficial en lo Criminal y Correccional nro. 6, profundizando la defensa material sobre los motivos de su actuación, en forma coherente con lo que expuso en todas las instancias civiles, administrativas y consulares. La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones revocó el rechazo excarcelatorio –reteniendo el pasaporte francés, lo que le impidió regresar a Francia durante los 5 años de proceso penal, donde fueron restituidos los menores–, pero confirmó el procesamiento y elevó la causa a juicio al TOC 22.

La sentencia absolutoria parece dejar entrever cierto sustento objetivo a la versión de M.L.Y.⁷, pero intentando hacer un prudente equilibrio con un potencial escándalo jurisdiccional⁸, lo cual resuelve concediendo el genuino convencimiento subjetivo de ella⁹.

⁷ “Cuando me refiero a mi íntima convicción es porque realmente considero que, respetando la Convención del Niño, es que se podrían haber dado un mayor y mejor tratamiento al estado que se encontraban transitando los menores, sin perjuicio de ello, no corresponde criticar una sentencia firme siendo que ya adquirió carácter de cosa juzgada [...] Los propios profesionales expresaron que MQTY y MATY en las sesiones rompieron en llanto o se encontraban angustiados luego de contar lo que habían vivido (...) El Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes –en sede civil– dictaminó que trasladar a los niños al país de origen podría exponerlos a una situación de revictimización y, en concreto, señaló “...Se estima que proceder a la restitución de los niños a Francia importa colocarlos en una situación de riesgo para su salud física, psicológica y emocional, al exponérselos a posibles situaciones de revictimización...”.

⁸ “No pretendo entrar en detalles ni debatir cuáles fueron los motivos o si existieron abusos, sino que, por el contrario, con tales informes M.L.Y. entendió que realmente había hecho lo correcto en alejar a sus hijos menores de edad de su progenitor [...] este Magistrado entiende que no puede, ni debe, determinar si las acusaciones son verídicas o falsas, ya que no corresponde. No obstante, con la totalidad de pruebas llevadas a cabo puedo asegurar que MQTY y MATY sufrieron un daño el que repercutió en la aquí imputada y la llevó a accionar del modo en que lo hizo...”.

⁹ “La severidad con que se expidió un organismo estatal especializado en la protección de las infancias solo acrecentó y afirmó la decisión de la nombrada para accionar del modo que lo hizo debido a que era imperiosa su necesidad de evitar que un mal mayor se concretara [...] creyó firmemente que todas sus acciones se dirigieron a defenderlos –con informes técnicos que indicaban que si los menores retornaban a Francia corrían peligro–, tuvo que decidir entre atenerse al ordenamiento jurídico argentino y quedar detenida o cuidar a sus niños [...] debía proteger a sus hijos ante una amenaza que consideraba real y peligrosa para

Un prudente equilibrio que intenta alcanzar el tribunal concediendo en forma plena la faz subjetiva que “creyó firmemente”, un convencimiento “absolutamente creíble” en una representación del peligro en función del cual accionó, ante una amenaza que “consideraba real y peligrosa”; no obstante que, en el plano objetivo, evita pronunciarse respecto de los abusos sexuales y se limita a aludir a la verosimilitud del informe de un organismo estatal especializado en la protección de las infancias, a un daño impreciso a los menores, a una situación de riesgo y a la evitación de un mal mayor.

En ese vaivén argumentativo, no obstante, en forma auto-contradictoria, se resuelve un estado de necesidad exculpante al mismo tiempo que se postula que no puede configurarse un ilícito y se pondera que se evita un mal mayor, propio de un estado de necesidad justificante, para lo cual incluso se profundiza en el dictamen del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que (a la luz de peritajes psicológicos que informaron en el proceso civil sobre la voluntad de los niños de no retornar a Francia, y otras pruebas tales como el testimonio de una madre de una compañera de colegio, que atestiguó que uno de los menores le habría contado a su hija de la situación de abuso sufrida con su progenitor) se pronunció contra la restitución por una situación de revictimización, afirmando que los menores sufrieron un daño; para luego la sentencia realizar un giro argumentativo y trasladar el análisis de la tensión de los derechos del binomio padre–hijos al de madre–hijos, ponderando el sacrificio de su libertad y concediendo plenamente su representación fáctica de los riesgos; al mismo tiempo que se pretende aclarar que no puede determinarse aquí la existencia del abuso sexual cometido en el extranjero, tratando de hacer un aparente equilibrio con la jurisdicción francesa que no se pronunció sobre aquel delito.

En definitiva, lo que se deja entrever se queda a mitad de camino a fin de evitar la potencial sentencia contradictoria o avasallar jurisdicción extranjera. Sólo se deja en claro que, aunque existen buenas razones para representarse la existencia del delito no investigado en territorio francés, finalmente, haya existido el abuso sexual o no, M.L.Y. actuó en el genuino convencimiento de su existencia, protegiendo a sus hijos.

Esta solución adolece de defectos jurídicos y lógicos, más allá de las auto-contradicciones señaladas. Si el abuso sexual existió, la acción típica de encuentra justificada por un estado de necesidad justificante de terceros. Si el abuso sexual no existió, la solución desincriminante también opera en la antijuridicidad, por un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión.

ellos [...] es absolutamente creíble que la madre haya sentido un peligro grave e inminente en perjuicio de sus hijos que la motivara a actuar como lo hizo [...] no caben dudas que, en todo momento, actuó a sabiendas que sus elecciones tendrían graves consecuencias fuesen para ella si quedaba detenida o para MQYT y MATY si regresaban con su progenitor a Francia [...].”

Lo que no puede, desde el plano lógico, es negarse simultáneamente la existencia e inexistencia de un mismo hecho. En la dimensión jurídica, si se concede que, incluso ante la hipótesis de la inexistencia del abuso, no existe duda o controversia sobre el genuino proceder de M.L.Y. en su representación o convencimiento de su existencia, como motivación de su conducta, tácitamente se concede también un posible error sobre las circunstancias de hecho de la permisión, como hipótesis de máxima.

Los principios clásicos de la lógica establecen que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y en la misma relación, ningún enunciado puede ser verdadero y falso a la vez, sólo puede ser verdadero o falso, no puede ser “otra cosa” que verdadero o falso –principios de identidad, no contradicción y tercero excluido–.

El razonamiento del tribunal violenta fundamentalmente el principio de tercero excluido. El abuso sexual de la ex pareja a los hijos, sólo puede ser verdadero o falso; si existe una proposición que afirma algo, y otra que lo contradice, una de las dos debe ser verdadera, y una tercera opción no es posible.

El vaivén argumentativo parece sugerir que el enunciado es verdadero, a la luz de los informes técnicos especializados, pero que ello podría generar un escándalo jurídico, o avasallar jurisdicción francesa, por lo cual opta por no pronunciarse finalmente respecto de la verdad o falsedad del abuso sexual.

Tampoco parece claro que exista un potencial escándalo jurídico, pero, definitivamente, la solución no puede conducir a violentar el principio de tercero excluido y eludir las únicas dos soluciones dogmáticas lógicamente posibles; para peor, ninguna de ellas tendría por configurado el ilícito penal.

En la vía civil local, la CSJN ordenó la restitución de los menores a Francia en cumplimiento de la sentencia foránea. La condena en ausencia dictada en Francia, por la no presentación y retención de los menores fuera de su país de origen, a su vez, remite al régimen de tenencia compartida primeramente dispuesto. M.L.Y. dispondrá de una instancia de revisión de la condena dictada en ausencia, la cual deberá tener en consideración que su actuación en todo momento estuvo motivada en la protección de la integridad física y psicológica de sus hijos, tal como podrá reproducir cuanto aquí explicó en todas las instancias civiles, penales, administrativas y consulares.

No parece entonces tratarse de posibles sentencias contradictorias, sino que ningún tribunal francés se pronunció todavía respecto de los abusos sexuales y, eventualmente, ello podrá ser materia de investigación y debate en Francia. Afirmar aquí la existencia de un abuso sexual no hubiese sido propiamente contradictorio con lo resuelto en la condena en ausencia, ni en la vía civil local.

Si esto es así, entonces, pronunciarse sobre la existencia de los hechos no hubiese producido ninguna sentencia contradictoria, y tampoco se hubiese avasallado jurisdicción francesa si se le diera intervención para que se investigue allí el delito antes de la sentencia local, o quizás incluso si, investigado con posterioridad, se habilita aquí un recurso de revisión.

En definitiva, de lo que se trata, es de la imposibilidad de avasallar jurisdicción francesa, respecto de un presunto delito no investigado y cometido en territorio extranjero, en relación al cual se carece de jurisdicción a la luz del principio de territorialidad. Más allá de la interpretación que se le pueda dar a la obligación de denunciar (art. 177 CPPN) en estos casos, existía también una necesidad de dilucidar aquel presunto hecho y tampoco se facilitó la posibilidad que la propia M.L.Y. impulse la jurisdicción francesa, al impedirle viajar, reteniendo su pasaporte como condición de su libertad durante el proceso penal argentino.

Más allá de los problemas y riesgos que conlleva un juicio en ausencia, no previsto por nuestro ordenamiento jurídico local, análoga situación, pero menos problemática, se produce habitualmente en territorio nacional cuando, en el marco de un proceso, se denuncia la comisión de otro delito cometido en Argentina, en cuyo caso deben extraerse testimonios, de lo cual puede depender la resolución del caso con un juicio suspendido a fin de evitar sentencias contradictorias, si de ello depende la hipótesis defensiva.

La desarticulada actuación de la justicia nacional agudizó la problemática; la CSJN ordenó en la vía civil una restitución de los menores con la madre, pero la justicia penal le impidió viajar a ella, deteniéndola primero y reteniendo su pasaporte después; los menores permanecieron aquí institucionalizados durante una semana antes de ser trasladados sin su madre a Francia, sin ser oídos en el proceso penal local, y la justicia penal demoró 5 años en sustanciar el proceso, tiempo durante el cual se impidió el contacto materno-filial y prescribió la acción penal por la presunta desobediencia.

En cualquier caso, lo que no se puede, en el plano lógico, es dar simultáneamente por verdadero y falso aquel abuso sexual cometido en el extranjero, teniendo por configurado el ilícito penal de sustracción de menores cuando, si el abuso sexual es verdadero, la solución se resuelve como un estado de necesidad justificante –de terceros– y, si la premisa es falsa, pero se concede la faz subjetiva de su genuino proceder, en el convencimiento de la existencia del abuso sexual, tácitamente se concede también un posible error sobre las circunstancias de hecho de la permisión, como hipótesis de máxima, que tampoco configura el ilícito penal.

Paradójicamente, incluso rechazar la hipótesis de la defensa, postular la falsedad del abuso sexual, conllevaría una solución desincriminante menos gravosa que este vaivén

argumentativo que violenta el principio de tercero excluido para pasar a analizar directamente la culpabilidad del ilícito penal.

La prudencia o temor de avasallar jurisdicción francesa parecen haber conducido así a una solución tan contraria a la lógica como paradójica; no se pronuncia por la verdad ni falsedad del abuso sexual, cuando ambas y únicas alternativas lógicas, se resuelven en la antijuridicidad, resultando la solución del tribunal más gravosa que un rechazo de la hipótesis defensiva.

Incluso si se interpreta que no se puede avanzar sobre una hipótesis que podría avasallar jurisdicción francesa, pero ambas posibilidades lógicas conducen a resolver el caso en la antijuridicidad, lo que queda no es trasladarse a la culpabilidad, sino interpretar cuál de las únicas dos posibilidades lógicas corresponde aplicar.

Si el abuso sexual es verdadero, se trata de un estado de necesidad justificante de terceros y, si es falso, pero se concede la faz subjetiva de su genuino proceder, en el convencimiento de la existencia del abuso sexual, se trata de un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión; esta última solución, quizás puede representarse más prudente o respetuosa de la jurisdicción francesa.

Si bien el estado de necesidad putativo puede parecer menos favorable que la única alternativa lógica –el estado de necesidad justificante–, en el sentido que postula la falsedad de la hipótesis defensiva, tampoco configura el ilícito penal y, por lo tanto, es menos gravosa que el estado de necesidad exculpante con el cual resolvió el tribunal, avasallando reglas de la lógica y el derecho.

3. EL ILÍCITO PENAL

El estado de necesidad exculpante fundamenta la absolución, pero también concede tácitamente que se configuró un ilícito penal, lo cual puede derivar en otros problemas jurídicos conexos en materia de reparación civil, legítima defensa o coautoría y participación. ¿Podría la ex pareja haber entonces ejercido una legítima defensa contra el ilícito penal de M.L.Y.? ¿Podría ahora reclamarle una indemnización civil por daños y perjuicios? ¿Sería posible condenar actualmente a cómplices que la hayan ayudado?

La configuración de un ilícito penal abre la posibilidad al ejercicio de legítimas defensas. El deber jurídico de soportar un daño sólo procede ante acciones lícitas. Una defensa ejercida contra un comportamiento justificado no es legítima, constituye una agresión ilegítima, que puede constituir delito y, contra la cual, a su vez, procede una legítima defensa por parte de quien, por ejemplo, había actuado lícitamente bajo un estado de necesidad justificante. Un estado de necesidad exculpante, por el contrario, supone entonces que la ex pareja tenía derecho a ejercer la legítima defensa, incluso que un tercero

podía ejercerla. Concretamente, la misma ex pareja, o un tercero, podían ir directamente en búsqueda de M.L.Y. a fin de impedir o repeler la sustracción de menores por la fuerza –con la necesidad racional del medio empleado y sin la provocación suficiente, que exigen los inc. 6º y 7º del art. 34 del código sustantivo–. Esto constituye una delicada, resbaladiza y peligrosa línea jurisprudencial que puede abrir la puerta al uso de la fuerza privada, a la solución por mano propia en un contexto de violencia de género, justificada por legítima defensa, sin necesidad de judicializar el conflicto penal, contra la perspectiva de género que se postula.

Además, actualmente, la ex pareja de M.L.Y. podría iniciar una acción civil de daños y perjuicios contra ella, con causa en el ilícito penal, o formular una denuncia penal a quienes la auxiliaron durante los últimos 5 años, cualquier tercero que la haya ayudado con la sustracción de menores.

El principio de accesoriadad de la participación presupone un ilícito principal del autor como condición de punibilidad de cómplices e instigadores. El estado de necesidad exculpante satisface aquel requisito. Ergo, podría actualmente imputarse a todo aquel que la haya determinado a M.L.Y. a cometer el hecho, o que le haya prestado una ayuda durante el tiempo que cometió el ilícito de sustracción de menores. No se trata de una cuestión irrelevante, máxime si tenemos en cuenta que fue imputada por un delito permanente, que prevé una escala penal de 5 a 15 años de prisión (art. 146 del Código Penal) y todos los partícipes criminales, excepto cómplices secundarios, son castigados con la misma pena que el autor (art. 45 y ss. del mismo cuerpo normativo)¹⁰.

4. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

El fallo absolutorio trata el caso como un estado de necesidad exculpante, configurando el ilícito penal. Esta solución dogmática podría resultar plausible en otro universo de casos; cuando se trate del sacrificio de un bien de igual o mayor jerarquía, o de peligros a un bien jurídico como la vida humana, inconmensurable en términos kantianos, inasequible a una ponderación de bienes.

El fundamento del estado de necesidad exculpante radica en una doble rebaja de culpabilidad por la presión psíquica y por la preservación de otro bien jurídico que conduce a

¹⁰ Ello sin perjuicio que el derecho positivo argentino sólo condiciona expresamente la punición del partícipe al comienzo de ejecución de un hecho principal –accesoriadad externa o cuantitativa–; no contiene, en cambio, una regla expresa –exigiendo, permitiendo o prohibiendo– una accesoriadad interna o cualitativa –modalidades de ejecución del hecho principal; dolo, antijuridicidad o culpabilidad del autor como condición necesaria de responsabilidad del partícipe– como, por ejemplo, prevé el sistema penal alemán; por lo menos, un hecho principal típico y antijurídico –accesoriadad interna limitada–. Al respecto, existen diferentes posiciones doctrinarias que ponen en crisis ambas formas de accesoriadad. Para un mayor desarrollo del tema, véase: Sancinetti 1997, 57–92.

la impunidad (Roxin 1997). Constituye una acción típica y antijurídica, objeto de desaprobación, pero sin necesidad preventiva de pena.

Resulta loable la aplicación con perspectiva de género del instituto, y el análisis desde aquel enfoque sobre la inexigibilidad de otra conducta y la necesidad de pena, con una autodeterminación del agente seriamente disminuida, en un marco que al derecho tampoco le interesa el castigo de quien elige en esas condiciones.

No se trata aquí de un rechazo genérico a la posibilidad de aplicar, en ningún caso, un estado de necesidad exculpante con perspectiva de género. Puede resultar una solución dogmática plausible y loable en otros casos, en los cuales no se trate del sacrificio de un bien de menor jerarquía, o se represente más problemática la configuración de una causa de justificación; por ejemplo, en casos de legítima defensa sin confrontación.

La jurisprudencia de la CSJN es favorable respecto de la aplicación de la legítima defensa con perspectiva de género en casos en los cuales existió una confrontación¹¹, pero es desfavorable en casos sin confrontación¹²; en este último caso, el Máximo Tribunal descartó la legítima defensa, pero sugirió la posibilidad de aplicar un estado de necesidad exculpante con perspectiva de género (Di Corleto, Lauría-Masaro y Pizzi 2020).

La solución desincriminante, aplicando aquel instituto con perspectiva de género, a nivel de la culpabilidad, concede mucho —el ilícito penal—, pero puede constituir una solución plausible en casos como, por ejemplo, el fallo citado; un homicidio no justificado a la pareja, en el marco de violencia de género, pero sin confrontación. En esa inteligencia, la aplicación con perspectiva de género del estado de necesidad exculpante, si bien cede en cuanto a las causas de justificación, permite profundizar el análisis, ya en la culpabilidad, en relación al peligro permanente al cual estaba sometida la mujer, que sólo podía ser evitado eficazmente actuando sin demora, cuando tampoco podía ser impedido de otro modo.

No obstante, M.L.Y. no es un caso de homicidio en el cual se sacrifique una vida humana inconmensurable, u otro bien de igual o mayor jerarquía —no se plantea la imposibilidad de recurrir a la ponderación de bienes—, ni tampoco se puso en crisis la faz subjetiva de su conducta respecto de las circunstancias fácticas. En este universo de casos, bajo hipótesis de máxima, existen dos soluciones desincriminantes y posibles a nivel de la antijuridicidad, que no configuran el ilícito penal; el estado de necesidad justificante —de terceros— o el error sobre las circunstancias de hecho de la permisión.

5. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE DE TERCEROS

¹¹ CSJN, “RCE”. causa 733/2018, 29/10/2019; “Leiva”, L. 421. XLIV, 1/11/2011.

¹² CSJN, “Pérez”, causa 3073/2015, 10/12/2020.

Si tenemos por verdaderas las circunstancias objetivas que, en el plano subjetivo, se conceden, es en el estado de necesidad justificante donde mejor se explica en su totalidad la compleja situación fáctica y jurídica del caso que nos ocupa, pues allí, en la ponderación de bienes, entran en juego todas las variables que indefectiblemente colisionan en autos; los derechos y deberes de la madre, del padre, el interés superior de los menores, incluso el marco de violencia de género, intensificada ante la vulnerabilidad por factores socioeconómicos, culturales, idiomáticos. También la tensión entre las decisiones jurisdiccionales de los diferentes fueros y Estados, bajo la normativa nacional e internacional aplicable en la materia.

El estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3º del Código Penal) es receptado en la teoría del delito, conforme doctrina mayoritaria, como una causa de justificación; la acción típica debe ser contraria a todo el ordenamiento jurídico. Su fundamento gira en la preponderancia del bien jurídicamente más valioso que representa el mal menor, y la imposibilidad de evitar una situación de peligro por otro medio que no sea causar daño a otro bien ajeno. El elemento principal que lo caracteriza, es el principio de ponderación de bienes, conforme al cual, es lícito sacrificar un bien jurídico cuando, con dicho sacrificio, se quiere salvar otro de mayor valor.

El límite justificante se establece por medio de la ponderación entre el mal causado y el mal evitado; el bien sacrificado, en el presente caso, ciertamente resulta menos valioso, pues sin lugar a dudas el contacto paterno no es superior a la integridad física y psíquica del menor, al interés superior del mismo. Máxime cuando aquella integridad física y psíquica del menor, precisamente, depende de aquel contacto paterno.

Aquí el contacto paterno-filial justamente es el que pone en riesgo a los hijos, de modo tal que, el ejercicio del derecho paterno representaba, en las particulares circunstancias del caso, un mal, o su restricción un mal menor, el medio adecuado para evitar el peligro. En la jerarquía, naturaleza e interrelación de los bienes jurídicos en juego, tampoco puede perderse de vista la intensidad de su afectación y los compromisos internacionales que consagran el interés superior del niño. Quien sustrae para evitar un abuso sexual, o incluso malos tratos, se encuentra justificado (Oderigo 1946).

Se satisface la gravedad, inminencia, ajenidad y actualidad del mal amenazante. También la imposibilidad de evitar el peligro de otro modo, requisito expreso en otras legislaciones como la alemana, pero no en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque puede aquello deducirse de la propia naturaleza de toda situación de necesidad, la falta de previsión legislativa expresa en nuestro ordenamiento, de la inevitabilidad del mal por otro medio menos lesivo, puede asimismo abrir la puerta a una interpretación más flexible del instituto en casos de violencia de género, dadas las posibilidades reales de la mujer que la padece. En el caso de M.L.Y., además, en un marco de especial vulnerabilidad socioeconómica;

aludió reiteradamente en el proceso a su ignorancia de las leyes en Francia, y en Argentina ni siquiera domina el idioma nacional.

Habiendo M.L.Y. agotado las instancias civiles, administrativas y consulares, incluso recurriendo a diferentes organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación, hizo todo lo que estaba a su alcance; dada la naturaleza del conflicto y las circunstancias del caso, se tornaba inidónea otra prevención que no sea neutralizar el contacto directo del agresor con sus hijos. Ello no sólo justifica la inminencia del peligro, sino también el requisito de inevitabilidad del mal causado por otro medio menos lesivo, ante la ponderación de una integridad física y psicológica de los menores que dependía directamente del contacto con su agresor sexual y padre.

El riesgo aquí no sólo giraba en relación a la posibilidad cierta de un nuevo abuso sexual, a un riesgo de un nuevo daño físico, sino también el peligro de daño psicológico, al forzar la convivencia con quien ya ha cometido actos de abuso sexual, es decir, con su propio agresor. Además, se ha señalado que la inminencia del estado de necesidad implica que el mal puede producirse en cualquier momento, independientemente de una cuestión temporal; es suficiente que el sujeto se encuentre a merced de dicho mal (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002).

Si bien el estado de necesidad de terceros, no ha sido previsto expresamente –tampoco prohibido– por la legislación nacional, como la legítima defensa de terceros (art. 34 inc. 7º del Código Penal), la doctrina habilita su aplicación, especialmente, cuando se trata de un tercero relacionado con el agente (Soler 1987; Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002). Tratándose de una madre protegiendo a sus hijos, esa relación especial resulta paradigmática, ante los deberes especiales en relación a ellos.

El estado de necesidad justificante de terceros, aplicado con perspectiva de género, constituye una de las dos alternativas lógicas plausibles del caso, si tenemos por verdaderas las circunstancias fácticas objetivas que, en el plano subjetivo, se conceden.

Alguna jurisprudencia también ha resuelto la imposibilidad de responsabilizar al progenitor por el delito de sustracción de menores en función de la aplicación del inc. 4º del art. 34 del Código Penal, el cual prescribe que no es punible el que obrare en cumplimiento de un deber¹³; el deber de protección de un progenitor a su hijo. Más allá de las discusiones doctrinarias en torno a la ubicación sistémica de aquel eximente genérico a nivel de la tipicidad o antijuridicidad, el cumplimiento de un deber también impide la configuración de un ilícito penal.

¹³ Cám. 1ª Apel. Crim. Gral. Roca, “Y., J. A.”, 2006/08/03; La Ley online.

Trátase del cumplimiento genérico de un deber o un estado de necesidad justificante de terceros, aplicados con perspectiva de género, si el abuso sexual existió, se trata de una injerencia socialmente provechosa y legal, no comete un ilícito penal, salva un bien mayor o cumple un deber. A diferencia del estado de necesidad exculpante con el cual se fundamenta la sentencia, una acción típica no justificada, que comete un ilícito penal y se representa reprobable y socialmente dañoso (Roxin 1997).

6. ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO DE LA PERMISIÓN

Si tenemos por falsas las circunstancias fácticas objetivas que, en el plano subjetivo, se conceden, se trata de un estado de necesidad putativo.

No se puede perder de vista que no se trata de una madre que, en el contexto señalado, muda su domicilio a otro barrio con el fin de eludir un contacto parental, sino de una mujer nacida en Costa de Marfil que vivía en Francia y viajó casi 12.000 kilómetros con dos menores de edad para alojarse en un asentamiento precario de Argentina, en un extremo estado de vulnerabilidad, en un país que ni siquiera domina el idioma, con todas las consecuencias inherentes a las barreras idiomáticas en términos laborales, sociales, afectivos; todo lo cual pone en evidencia la convicción de ella respecto de la existencia de los abusos sexuales de él a sus hijos.

Ello asimismo en contraposición con el acusador particular, un hombre francés con una situación económica que le permitió litigar desde Francia en una relación asimétrica y en un marco de violencia de género en el cual ella era manipulada, adquiriendo algunas herramientas para abordarlo recién en Argentina; en la profundización de aquel contexto y convencimiento de M.L.Y, resultó determinante el informe técnico de la Comisión sobre Temáticas de Género de DGN, citado en la sentencia absolutoria.

El TOC no pone en crisis el genuino convencimiento de M.L.Y. en relación a la existencia de los abusos sexuales como motivación, lo cual tampoco fue controvertido por las partes; la fiscalía solicitó la absolución y el acusador particular no cuestionó aquel convencimiento en el proceso penal, e incluso reconoció en el proceso civil el convencimiento de ella respecto del abuso sexual, en forma errónea según él, supuestamente proyectando un abuso sexual infantil que sufrió ella.

Si esto es así, incluso si la justicia francesa finalmente determinara que la existencia de los abusos sexuales resulta falsa, la faz subjetiva de su conducta conduce a resolver el caso como un estado de necesidad putativo.

Más allá que M.L.Y. sólo fue condenada en ausencia en Francia por la no presentación y retención de los menores fuera de su país de origen, al incumplir el régimen de tenencia compartida primeramente dispuesto, no habiendo podido a la fecha, ni defenderse de

esa acusación y condena en ausencia que no se encontraría firme, ni denunciar en sede penal francesa el delito de abuso sexual allí perpetrado, habiendo robustecido aquella hipótesis con los informes de los organismos especializados aquí producidos, en cualquier caso, habiendo demostrado la evidente convicción en función de la cual motivó su conducta, y no existiendo controversia entre las partes sobre aquella motivación que el TOC también reconoce y concede, aunque la justicia penal francesa finalmente investigara y declarara inocente al padre de los menores por el delito de abuso sexual, igualmente, la situación de ella en el proceso penal argentino encuadraría en un estado de necesidad putativo.

Esta solución dogmática constituye la única hipótesis alternativa de máxima posible conforme las reglas de la lógica; en particular, el principio de tercero excluido. Allí radica la cuestión medular que pone en crisis los fundamentos de la sentencia absolutoria.

Ahora bien, el estado de necesidad putativo constituye un campo de batalla de profusa controversia doctrinaria en el centro de la teoría del delito.

La teoría de la culpabilidad “estricta” lo trata como un error de prohibición, equiparando el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación o de una norma permisiva, como un error sobre la norma –prohibitiva o permisiva–. En consecuencia, al igual que un error de prohibición, el error sobre la causa de justificación no excluiría el dolo. Por el contrario, la teoría de la culpabilidad “limitada” lo trata como un error de tipo. Es decir, un error sobre los elementos que fundamentan el ilícito. En consecuencia, al igual que un error de tipo, el error sobre la causa de justificación excluye el dolo. A la misma conclusión llegan, en este campo, la teoría del dolo y la teoría de los elementos negativos del tipo, a partir de variados fundamentos.

En términos prácticos, la diferencia principal se encuentra en el error de prohibición evitable. En el error de prohibición inevitable y los errores de tipo –evitables e inevitables–, aunque por diferentes fundamentos, las soluciones no difieren entre teoría del dolo y teoría de la culpabilidad; el error de tipo tiene los mismos efectos y el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad.

La teoría limitada de la culpabilidad constituye actualmente la posición dominante, postulando una culpabilidad dolosa y el tratamiento del error sobre circunstancias de hecho de la permisión equiparado a un error de tipo. Si el error sobre las circunstancias de hecho de la permisión resulta imprudente, el autor puede ser castigado por el delito imprudente, si es que se criminaliza el delito en su forma culposa; lo cual no es el caso de la sustracción de menores que, por lo tanto, también resultaría impune por esa vía.

El error sobre las causas de justificación no se encuentra reglado expresamente, por lo cual, se discute su equiparación y tratamiento como error de tipo o de prohibición. A tales

finés, se distingue entre el error sobre las circunstancias de hecho de la permisión y el error sobre la permisión misma (Hilgendorf y Valerius 2017).

Conforme la opinión doctrinaria dominante y la jurisprudencia alemana, el error sobre el tipo permisivo, cuando no existen todas las circunstancias fácticas que integran el tipo objetivo de justificación, pero el autor se representa que existen tales circunstancias, se resuelve como un error de tipo (Frister 2022).

Se trata de errores sobre el objeto de la valoración jurídico-penal, a diferencia de los errores sobre la valoración jurídico-penal misma, sobre el permiso mismo, que sí se equiparan a un error de prohibición, excluyendo la culpabilidad si es inevitable, pero sólo repercutiendo sobre la mensura de la pena si es evitable.

El caso de M.L.Y. atañe, como hipótesis alternativa lógica de máxima, a un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión, no sobre la norma misma. Si el abuso sexual, por vía de hipótesis, resulta falso, el error radicaría sobre aquella circunstancia fáctica, no respecto de la norma misma.

Si el abuso sexual en territorio extranjero es falso, según la dominante teoría de la culpabilidad limitada, se excluye el dolo; sólo podría ser penada por imprudencia, pero no existe el delito imprudente de sustracción de menores.

Si se concedió que, en el plano subjetivo, actuó en el genuino convencimiento de la existencia del abuso sexual paterno-filial, y resultara que la justicia francesa hipotéticamente absuelva a su ex pareja por inexistencia de delito, el estado de necesidad putativo exige ponderar la justificación hipotética del agente, que motivaría la base de su errónea representación.

Sólo podría excluirse el error sobre circunstancias de hecho de la permisión, si incluso en aquella hipótesis no se satisface la antijuridicidad; es decir, si se considera que incluso ante un abuso sexual paterno-filial efectivamente acaecido, no estaría justificada la conducta de M.L.Y.

Para el hipotético caso de recurrir a posiciones doctrinarias minoritarias, y tratar el estado de necesidad sobre circunstancias de hecho de la permisión como un error de prohibición, concediendo la configuración del ilícito, asimismo cabría cuestionar la evitabilidad de aquel error en las circunstancias y el contexto de violencia de género señalado; disiento con ambas premisas, pero sólo ante aquella hipotética interpretación, es que podría únicamente atenuarse facultativamente la mensura de la pena que, en la sustracción de menores, prevé un mínimo de 5 años de prisión, de efectivo cumplimiento.

En Argentina, el Código Penal tampoco contiene reglas expresas y rígidas que regulen el error y el dolo, sin perjuicio que el art. 34 del código sustantivo debe ser interpretado a

la luz de los arts. 18, 33 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los principios de culpabilidad –errores inevitables– y proporcionalidad –errores evitables–; no obstante, la doctrina también aquí da sustento normativo a la posición dominante, la teoría limitada de la culpabilidad¹⁴.

El error sobre las circunstancias de hecho de la permisión se equipara a un error de tipo, excluyendo la configuración del ilícito penal. Sólo deja subsistente el posible comportamiento imprudente, en el escrutinio sobre la situación fáctica de necesidad, cuando se criminaliza la forma culposa del ilícito, lo cual no es el caso de una sustracción de menores.

En el caso de M.L.Y. no está en crisis el plano subjetivo sobre las circunstancias fácticas del abuso sexual que se representa, de modo que la voluntad de actuar sobre la base de los presupuestos de una causa de justificación debe conducir a la exclusión del ilícito –error sobre las circunstancias de hecho de la permisión–, tal como cuando esa situación es objetivamente existente –estado de necesidad justificante de terceros–; ambas hipótesis plausibles, aplicadas con perspectiva de género.

7. NON BIS IN ÍDEM

En las circunstancias contingentes del caso también existían otras posibles soluciones dogmáticas por atipicidad o afectación del *non bis in idem*.

M.L.Y. viajó a Argentina el 8 de mayo del 2016 y fue condenada en ausencia en Francia por la no presentación y retención de los menores fuera de su país de origen, al incumplir el régimen de tenencia compartida primeramente dispuesto. La CSJN resolvió la vía civil local ordenando la restitución de los menores a Francia en cumplimiento de la sentencia civil foránea. Ante el incumplimiento, fue detenida el 31 de mayo del 2019.

La plataforma acusatoria desdobló la acusación, interpretando un presunto delito de desobediencia a partir del día 4 de septiembre de 2018, de la orden judicial dispuesta por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 87 –fecha en la cual se dispuso que debía presentarse en el aeropuerto internacional de Ezeiza junto con sus dos hijos menores, a fin de regresar con los mismos a Francia, con el objeto de retornar a los menores a la residencia paterna– y, por otro lado, desde esa misma fecha, y hasta el momento de su detención –

¹⁴ “La ley daría mayor apoyo a la teoría de la culpabilidad, porque el error de tipo tendría una regulación implícita por vía de las exigencias de dolo en la definición legal de tentativa [...] el Código Penal argentino ha dado algún paso en favor de la teoría limitada de la culpabilidad, al regular un supuesto específico de “error de tipo–permisivo”, precisamente el error sobre los límites de la ley o de la necesidad en el ejercicio de una causa de justificación, en el art. 35 CP, pues lo ha regido con la pena del delito imprudente...” (Sancinetti 2005, 447).

31 de mayo del 2019–, fue también imputada por sustraer y ocultar a los menores de su padre.

Esto podría primeramente afectar la garantía de *non bis in ídem*, en el entendimiento que no corresponde escindir un mismo hecho histórico sin solución de continuidad, identidad de partes y conflictiva, a partir de un único viaje de Francia hacia Argentina, en dos hechos independientes. Ante la génesis fáctica y judicial de la conflictiva en sede penal francesa, donde ya se dictó una condena en suspenso, y en ausencia, por análogo delito aquí tipificado como sustracción de menores, el desdoblamiento de las actuaciones en territorio nacional podría vulnerar directamente la prohibición de doble persecución penal, a la luz de la garantía incorporada al plexo constitucional–convencional por imperio de los arts. 8.4 CADH y 75 inc. 22 CN.

Más allá de la nueva judicialización del conflicto en sede civil nacional, controvirtiendo el cumplimiento de la sentencia foránea, y las nuevas circunstancias que aquí se produjeron en ese marco, finalmente se trata de un mismo conflicto penal, entre los mismos progenitores, por los mismos hijos, por el mismo viaje y la consecuente limitación al contacto paterno. M.L.Y. no se ha ido dos veces de Francia, ha realizado sólo un viaje a este país.

Se desdobra el conflicto originado en territorio francés entre las mismas partes, y se vuelve a desdoblar aquí, desde una misma fecha (4/9/2018), tanto una supuesta desobediencia, como una supuesta sustracción de menores.

La realidad es que existe una única controversia, un único viaje de Francia a Argentina, el 8/5/2016, por el cual ya fue condenada –en ausencia– en Francia, el 15/6/2018, y las acusaciones posteriores del 4/9/2018 se representan inescindibles tanto fáctica como jurídicamente, especialmente en cuanto se refiere a la sustracción de menores.

Resulta ilógico que la misma persona sea investigada penalmente en dos países por un mismo viaje. En todo caso, corresponde que la Sra. M.L.Y. continúe el litigio en sede penal francesa, donde comenzó la controversia, desde donde viajó, donde fue condenada en ausencia, sentencia que no se encontraría firme pues precisamente no ha podido ser oída a la fecha por dicha jurisdicción que habilita la condena en ausencia.

En nada cambia que la condena, conforme legislación penal foránea, haya sido tipificada allí en razón de la no presentación de menores a la persona con derecho a reclamarlo y retención de menores fuera de Francia a partir del 8/5/2016, cuando se trata de una calificación análoga respecto de una unidad fáctica inescindible de una misma controversia.

El desdoblamiento de la persecución penal francesa puede afectar la garantía de *non bis in ídem*, en el entendimiento que no corresponde escindir arbitrariamente un mismo hecho histórico sin solución de continuidad, identidad de partes y conflictiva, a partir de un único viaje desde Francia hacia Argentina, cual dos hechos independientes. Ante la génesis fáctica y judicial de la conflictiva en sede penal francesa, donde ya se habría dictado una condena en suspenso, y en ausencia, por análogo delito aquí tipificado como sustracción de menores, el indebido desdoblamiento de estas actuaciones en territorio nacional afecta directamente la prohibición de doble persecución penal.

Las circunstancias posteriores en Argentina y el resultado de su judicialización en el fuero civil, no modifican la significación penal de su conducta, que es una sola. El delito de sustracción de menores, por el cual fue investigada en ambos países, parece afectar la garantía constitucional–convencional de *non bis in ídem*; para peor, aquí con una absolución y allí con una condena en ausencia, lo cual nos reconduce al potencial escándalo jurídico.

Esto resulta especialmente relevante si tenemos en consideración que lo único que parece poder ser escindido de aquella única conflictiva, es la desobediencia de la sentencia de la CSJN en materia civil, cuya acción penal prescribió durante el proceso.

En esa dirección, el juez de instrucción interpretó primeramente que aquí sólo podía investigarse un delito de desobediencia, intentando remitir las actuaciones al fuero contravenacional de la CABA, decisorio que no fue apelado por la fiscalía, sólo por la querella, y revocado por la Sala VI CNACC, mismo tribunal que luego también rechazó la recusación –al igual que la CNCCC– y los planteos de la defensa pública en materia de *non bis in ídem* –con un voto en disidencia–, atipicidad y estado de necesidad.

Finalmente, sólo por la acusación de sustracción de menores llegó a pronunciarse aquí el TOC en la sentencia absolutoria, toda vez que la acción penal por el delito de desobediencia prescribió durante le etapa de juicio.

No obstante, resulta más problemática la fundamentación de la acusación por sustracción de menores, a diferencia de la desobediencia prescripta. Por ello, en las circunstancias contingentes del caso, el tribunal disponía de otras posibles soluciones dogmáticas. Incluso en el hipotético caso que se interprete que no se afectaba la garantía constitucional–convencional contra la doble persecución penal, también se encuentra seriamente en crisis la configuración de la tipicidad de esta figura penal.

La garantía contra el doble juzgamiento ha sido incorporada a la norma fundante a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 y art. 8.4 CADH), garantía que asimismo se deduce directamente de los arts. 33 y 18 de la Constitución Nacional, como derivación del principio de inviolabilidad de la defensa.

La CSJN ha entendido que la garantía resulta no sólo operativa ante una absolució anterior, sino también ante el riesgo de una doble condena por un mismo hecho, tal el caso de una doble persecució penal incluso sin una condena anterior firme. La excepció de cosa juzgada aplicando la garantía del *non bis in ídem* ha sido reiteradamente receptada por la jurisprudencia nacional –Fallos, 299:221; 308:84; 327:4916, entre otros–. En el caso “Peluffo” –Fallos, 319:43–, el Máximo Tribunal afirmó que “[...] la garantía constitucional examinada protege a los individuos contra la doble persecució por un mismo hecho sin importar los diversos encuadramientos que se puedan efectuar respecto de aquél”. En “Rava” –Fallos, 311:67–, rechazó la posibilidad de dividir los juzgamientos, en el entendimiento que “[...] un juzgamiento por separado, importa la posibilidad de violar la prohibició de la doble persecució penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por este tribunal”. En base a éstos y otros antecedentes jurisprudenciales –fallo “Pompas” –LL, 2003–D–59–, la doctrina asimismo extiende los alcances de la garantía contra el doble juzgamiento consagrada en el art. 8.4 CADH, al caso de querellas sucesivas por un mismo hecho, más allá de la calificació legal (Carrió 2014).

8. ATIPICIDAD

La posible atipicidad depende de la interpretació de una compleja naturaleza del bien jurídico protegido en el art. 146 del Código Penal, que resulta objeto de profusa controversia. Se divide la doctrina ya incluso en cuanto a si el bien jurídico protegido gira sobre el derecho del padre –o tutor, o persona encargada– al cuidado de los hijos (Núñez 1989; Creus 1993), o el derecho del menor a conservar su estado de familia (Fontán Balestra 1992; Molinario 1996; Donna 2001), empero menos discutida parece la categorizació del menor de edad como sujeto pasivo; el principal, directo o primer afectado por el ilícito que allí se reprime.

La doctrina enseña que “es el derecho (del menor) a tener su estado de familia, y es más, a saber quiénes son sus padres y a estar junto a ellos” (Donna 2001, 215). El niño es el afectado directo, por la pérdida de su estado de familia, de jerarquía constitucional, por el contacto con ambos padres o el conocimiento de su origen biológico (Maiza 2003).

En apoyo de esta última tesitura, no puede perderse de vista la ubicació sistémica del art. 146 del Código Penal, dentro de los delitos contra la libertad individual, y la elevada escala punitiva de 5 a 15 años de prisió.

Sin embargo, en el caso de los hijos de M.L.Y., no se afectó el conocimiento de la filiación u origen biológico, ni el contacto primigenio con ambos padres.

Se controvierte en doctrina la posibilidad que los padres del menor puedan ser sujetos activos del delito prescripto en el art. 146 del código sustantivo. La referencia explícita a ambos progenitores en plural (“...el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de

sus padres...”) parece descartar esa posibilidad, única solución asimismo compatible con la interpretación más favorable conforme el principio *pro homine*.

Además, el art. 148 bis incorporado por ley 26.847 incluso prevé expresamente que “no será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta”, si bien respecto del supuesto particular del aprovechamiento del trabajo infantil, por su ubicación sistémica es pasible de aplicación analógica, la cual no está prohibida pues no resulta en perjuicio de la acusada.

En definitiva, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria enseñan que se protege el conocimiento del origen biológico y el contacto con ambos progenitores, de modo que las acciones típicas de retención u ocultamiento deben estar referidas a la sustracción previamente efectuada por un tercero.

Ello explica que la jurisprudencia resulta profusa especialmente en casos de lesa humanidad relacionados con apropiaciones de menores por terceros¹⁵. Se ha considerado que el delito de sustracción de menores previsto en el art. 146 del Código Penal, conforme el derecho internacional, podría ser equiparado a una desaparición forzada de personas, por lo tanto, un crimen contra la humanidad, imprescriptible, en supuestos y contextos completamente ajenos a los aquí investigados. La jurisprudencia no resulta análogamente copiosa o abundante en hechos recientes o circunstancias como las de este caso, donde la controversia entre los progenitores suele canalizarse en la órbita del derecho civil o, excepcionalmente, en relación a otras figuras penales como el impedimento de contacto o desobediencia, reprimidos con penas sustancialmente inferiores a los 5 a 15 años de prisión que prevé el art. 146 del Código Penal.

Más allá de las particularidades del caso en razón de la nacionalidad de las partes y el origen del litigio en territorio extranjero, con una condena en ausencia y otro ilícito no investigado en jurisdicción foránea, finalmente el presente caso no deja de ser una controversia entre dos progenitores en relación a sus hijos, en supuestos ajenos a la tipicidad objetiva del ilícito de sustracción de menores.

M.L.Y. no se trata de una sustracción de terceros, ni del desconocimiento del menor sobre su filiación; aquí los menores saben y conocen quiénes son su padre y su madre, de hecho, convivían con ambos en Francia.

No está claro que se trate de una figura aplicable a los progenitores, sumado a que los menores aquí conocen su filiación y, en tercer lugar, conforme la propia plataforma acusatoria, los dos menores, en todo caso, ya se encontraban “sustraídos”. En otras palabras, más allá de la posible afectación de la garantía del *non bis in idem*, para la fecha del 4 de

¹⁵ “Videla” (Fallos 326: 2805) sobre sustracción de menores, entre otros.

septiembre del 2018 que integró la plataforma acusatoria, ya se encontraban hace casi dos años en Argentina.

En esa inteligencia, sin perjuicio de cierta discrepancia en doctrina sobre la acción típica de retención, como actividad autónoma o dependiente de la previa sustracción, desde el punto de vista lógico, se representa incoherente postular la sustracción de alguien que supuestamente ya se encuentra sustraído. Si bien la posición minoritaria postula la posibilidad de interpretar los verbos típicos en forma autónoma, y que, por consiguiente, puede existir retención sin sustracción, ello siempre en casos excepcionales y cuando la previa entrega del menor fue llevada a cabo en forma lícita y voluntaria, hipótesis ajena a las circunstancias de esta acusación.

La tesis opuesta, que propone en todos los casos la dependencia de la retención en relación a la sustracción, se encuentra directamente supeditada a la condena de la justicia francesa, impuesta en el marco de un juicio en ausencia, de modo tal que no se encontraría firme actualmente y permite allí revisarla al regresar a territorio francés y controvertir el abuso sexual allí acaecido, pero no investigado. La falta de firmeza de la condena en ausencia también condiciona directamente la tipicidad objetiva, pues si se entiende la retención como acción típica dependiente de la previa sustracción, ello exige una sentencia firme de la jurisdicción que determine aquel presupuesto.

Además, casi no existe discrepancia en cuanto a que, en las acciones típicas de retención u ocultamiento, el dolo exige también el conocimiento respecto a que el menor fue sustraído delictivamente (Soler, 1988; Creus, 1993), lo cual asimismo se pone en crisis en una condena en ausencia.

Por otro lado, si se entiende que la retención sólo puede operar en la medida que se tenga o guarde fuera de la esfera de custodia al menor previa e ilícitamente sustraído (Soler 1988; Núñez 1989), "...ambas acciones deben estar referidas a la persona de un menor sustraído por la actividad de un tercero, y que si son desplegadas por el mismo agente de la sustracción carecen de relevancia penal" (Creus 1993, 342, citado en D'Alesio 2009, 481).

No sólo no puede sustraerse a quien ya se encuentra sustraído, sino que tampoco puede castigarse en forma independiente a una misma persona por sustracción y retención, ante una misma situación fáctica sin solución de continuidad. Toda sustracción lleva intrínsecamente una cierta retención, que queda absorbida por aquélla o la integra, pero aquí se trata de una única acción llevada a cabo por la misma persona y, consiguientemente, no parece razonable un desdoblamiento jurídico de una misma situación fáctica.

El delito se consuma con la sustracción, la posterior retención integra un delito permanente (Núñez, 1989); en palabras de la CSJN, “todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación”¹⁶.

Por último, bajo la interpretación autónoma de la restitución con prescindencia de la sustracción, subyace una creación pretoriana de un tipo omisivo de restitución del menor distinto del supuesto del art. 147 del código sustantivo o ampliando las acciones subordinadas del art. 148 (Núñez 1989), lo cual violenta el principio de legalidad, particularmente la prohibición de analogía.

En suma, el hecho bajo estudio no satisface la tipicidad objetiva del delito de sustracción de menores; la tesis que postula la autonomía de los verbos típicos violenta directamente el principio de legalidad y no se ajusta a la situación fáctica descrita por el acusador particular, y bajo la tesis opuesta –además de la posible revisión de la condena en ausencia de la justicia francesa– no puede un mismo autor ser responsabilizado de sustracción y también de la retención, pues la segunda acción integra o depende de la primera. No puede sustraerse a quien ya se encuentra sustraído, ni castigarse doblemente por retención a quien supuestamente ya sustrajo, en una misma situación fáctica sin solución de continuidad. Máxime en un caso que no se imputa a terceros, sino a la propia progenitora, y no existe un desconocimiento del menor sobre su filiación; aquí los menores saben y conocen quiénes son su padre y su madre, convivían en Francia, todo lo cual impide satisfacer la faz objetiva de la figura prevista en el art. 146 del Código Penal.

También puede ponerse en crisis la atipicidad subjetiva, en la medida que se trata de un delito doloso en el cual resulta exigible el dolo directo (Donna 2001); de modo tal que, por las mismas circunstancias ya explicadas y a las cuales me remito en honor a la brevedad, no existiendo siquiera controversia o discrepancia entre las partes acerca de la convicción de la madre en relación a la existencia del abuso sexual del padre como justificación de su actuación, su conocimiento y voluntad fueron dirigidos en todo momento y en forma directa sólo a lo que consideró como protección de la integridad física y psicológica de sus hijos, y no a su sustracción; el delito imputado también podría resultar igualmente atípico en su faz subjetiva.

9. LA FALTA DE INTERVENCIÓN PRIMIGENIA DEL DEFENSOR DE MENORES

Finalmente, existe una posible nulidad de todas las actuaciones en función de la falta de intervención primigenia de un defensor de menores, a la luz del art. 103 del Código Civil, art. 413 del Código Procesal Penal de la Nación y art. 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Nº 27.149.

¹⁶ Fallos 327:3279.

La defensa pública solicitó que, conforme lo expuesto en la declaración indagatoria, se ordene la producción de una cámara Gesell a los menores y se dé inmediata intervención al defensor de menores, pero el juzgado de instrucción no produjo esa prueba y los menores fueron trasladados a Francia sin ser oídos, ni representados en forma primigenia.

El planteo de nulidad fue también rechazado por la CNACC y jamás se produjo la cámara Gesell a los menores en territorio nacional, que fueron paralelamente trasladados a Francia por la justicia civil, quienes no fueron aquí oídos, ni representados en forma primigenia, cuando estaba imputada y detenida nada menos que su madre y por sucesos directamente vinculados a ellos como presuntas víctimas, quedando además institucionalizados durante una semana a disposición del Estado hasta su traslado a Francia con su padre, sin su madre como había sido ordenado por la justicia civil, y cuando organismos especializados en niñez aquí ya habían informado sobre la inconveniencia de ello.

Sin perjuicio de la designación tardía del defensor de menores, finalmente se intentó sin éxito incorporar el testimonio de los menores en juicio, desde Francia, sin la intervención de un organismo especializado en niñez.

10. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

La desarticulada actuación de la misma justicia penal que aquí acusó a M.L.Y. de sustraer e impedir el contacto paterno- filial al viajar con sus hijos desde Francia, paradójicamente produjo análogo efecto al mantenerla detenida primero y luego en libertad pero impidiéndole la salida del país, reteniendo su pasaporte y criminalizándola durante 5 años, mientras la justicia civil –que había dispuesto originalmente que los menores regresen con ella a Francia– restituyó a la semana a sus hijos al país de origen, impidiendo así el contacto materno- filial durante media década.

La Sala VI CNACC confirmó el procesamiento y revocó la excarcelación, en junio del 2019, bajo caución, con obligación de comparecencia periódica y la entrega de su pasaporte. Iniciada la pandemia en marzo del 2020, la defensa pública solicitó la sustitución de caución, ofreciendo avales, con fundamento en el derecho a la salud, toda vez que la falta de pasaporte asimismo le impedía recibir atención médica en el contexto de pandemia. Ello sumado al contacto materno- filial restringido, el interés superior del niño y el derecho constitucional a entrar y salir del territorio conforme el art. 14 bis de la norma fundante. No obstante, se rechazó en todas las instancias la sustitución de caución, devolviendo el pasaporte a M.L.Y. recién 5 años más tarde, al momento de absolverla.

Se trata de una mujer nacida en Costa de Marfil, que vivía en Francia y viajó casi 12.000 kilómetros con dos menores para alojarse en un asentamiento precario, en un extremo estado de vulnerabilidad, en un país donde ni siquiera domina el idioma, con todas las

consecuencias inherentes a las barreras idiomáticas en términos laborales, sociales, afectivos. Los profesionales especializados en niñez y los propios Magistrados intervinientes no pusieron en crisis que existían objetivas circunstancias que impedían dudar que actuó convencida que el padre abusó sexualmente de sus hijos, la justicia civil había dispuesto que ella regrese con los menores en el mismo avión, no obstante, la justicia penal la detiene y retiene su pasaporte, atravesando toda la pandemia y 5 años de proceso sin poder regresar y ver a sus hijos, hasta que le devuelven el pasaporte al declarar su inocencia media década más tarde, aunque concediendo un ilógico ilícito penal.

Si bien es cierto que el tribunal finalmente decretó la absolución, en una resolución desincriminante con perspectiva de género, su primigenia prisionización y posterior imposibilidad de salir del país y de contacto con sus hijos durante 5 años, criminalizando en semejante marco a una mujer extranjera y vulnerable, e inocente, podría resultar pasible de responsabilidad internacional a la luz de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). La Corte IDH, en el caso Cantoral Benavides c. Perú (18/8/2000), destacó la protección contra la familia como unidad natural y fundamental de la sociedad (arts. 23.1 PIDCP, 17.1 CADH, 10 PIDESC, 16 DUDH). Los mismos instrumentos internacionales de rango constitucional establecen que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada ni en la de su familia (arts. 17 PIDCP, 11.2 CADH). El art. 9.1 de la CDN también consagra el derecho de los padres a no ser separados de sus hijos contra su voluntad. Si violenta asimismo el principio de intrascendencia penal (art. 5.3 CADH) y los derechos de mujeres extranjeras o pertenecientes a grupos minoritarios, tal el caso de M.L.Y. nacida en Costa de Marfil y que no habla el idioma castellano, que han sido reconocidos por su mayor vulnerabilidad en las Reglas 6 y 10 de las Reglas de Brasilia –y por la Comisión IDH (30/12/2013, párr. 83)–, que establecen la necesidad de valorar especialmente la vulnerabilidad de las mujeres extranjeras para evitar su discriminación.

El 29 de noviembre del 2023, El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) aprobó su Recomendación General N° 5 sobre violencia de género contra las mujeres afrodescendientes. El órgano técnico del Mecanismo responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados Parte, en la reciente Recomendación General N° 5, trató justamente la violencia de género contra las mujeres afrodescendientes, tal el caso de M.L.Y., teniendo en consideración la violencia institucional, el efectivo acceso a la justicia, la necesidad de garantizar medidas de protección integral para las mujeres, desde una perspectiva interseccional, ponderando el impacto diferencial de la violencia de género en las

mujeres afrodescendientes, en situaciones de pobreza, desplazadas, refugiadas, en procesos migratorios o en tránsito, encarceladas y otras circunstancias que generan vulnerabilidades específicas, a partir del principio de interseccionalidad incorporado en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará (párr. 5 de la Recomendación General Nº 5).

Se violenta también el interés superior del niño consagrado en los arts. 3.1 y 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, existiendo antecedentes de responsabilidad internacional ante la Corte IDH, en el caso “Mendoza y otros c. Argentina” (14/5/2013). El derecho de niños y niñas a crecer en el seno familiar ha sido consagrado en el art. 17 CADH, art. 23 PIDCP, Regla 57 de las Reglas de Bangkok, arts. 5, 7.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849). Cabe destacar que la CDN, CADH, PIDCP, CEDAW y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, tienen jerarquía constitucional, han sido incorporados a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22 a través de la reforma operada en el año 1994, mientras que el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores –que fundamentó la restitución civil de los menores a Francia en cumplimiento de la sentencia foránea–, no tiene jerarquía constitucional y, en consecuencia, es de inferior jerarquía. Los menores se opusieron a su restitución en sede civil, que ordenó su restitución pero junto a su madre, luego la justicia penal la detiene e impide el contacto con su madre durante media década y los menores no fueron oídos en sede penal, ni representados por un defensor de menores en forma primigenia, tratándose de las presuntas víctimas y la madre la presunta victimaria, acusando ella a su padre; el interés superior del niño y su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, han sido asimismo incorporados a nuestro ordenamiento jurídico interno, por ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y del nuevo Código Civil y Comercial. El Comité sobre los Derechos del Niño también ha destacado en la Observación General nro. 12 (12/6/2009) el derecho del niño a ser oído.

11. CONCLUSIÓN

En síntesis, más allá de la desarticulada actuación de la justicia y la posible responsabilidad internacional, en las circunstancias contingentes del caso, existían otras posibles soluciones dogmáticas, que impedían configurar el ilícito penal; por afectación del *non bis in ídem*, nulidad por falta de intervención primigenia del defensor de menores, atipicidad –objetiva y subjetiva–, estado de necesidad justificante de terceros o error sobre las circunstancias de hecho de la permisión.

El tribunal encaró la difícil tarea de intentar conciliar prudentemente múltiples tensiones de un complejo caso, en el marco de una sentencia civil firme, un presunto delito no investigado en el extranjero y una sentencia foránea dictada en ausencia. El caso también permite vislumbrar los riesgos que conlleva un juicio en ausencia, no previsto por nuestro ordenamiento jurídico local.

Sin embargo, en ese delicado equilibrio, intentando evitar un potencial escándalo jurídico o avasallar jurisdicción extranjera, se violenta la regla lógica de tercero excluido. El abuso sexual no investigado en territorio extranjero, sólo puede existir o no existir.

Si se reconoce que "...creyó firmemente que todas sus acciones se dirigieron a defenderlos...", "...debía proteger a sus hijos ante una amenaza que consideraba real y peligrosa para ellos...", y "...es absolutamente creíble que la madre haya sentido un peligro grave e inminente en perjuicio de sus hijos que la motivara a actuar como lo hizo...", se concede entonces la faz subjetiva lícita de su actuación.

Concedida la faz subjetiva sobre circunstancias fácticas, en un caso que puede ser resuelto por medio del principio de ponderación de bienes, sólo existen dos posibles alternativas lógicas; que la circunstancia objetiva –aquí, el abuso sexual– haya efectivamente existido –en cuyo caso, procede un estado de necesidad justificante de terceros–, o que no haya existido –en cuyo caso, procede un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión–.

Ninguna de las dos posibles alternativas lógicas de máxima, permiten tener por configurado un ilícito penal, con las consecuencias que ello conlleva, en materia de reparación civil, coautoría o legítima defensa.

Resulta loable una absolucón por aplicación con perspectiva de género de un estado de necesidad exculpante, una solución dogmática infrecuente. La jurisprudencia nacional actualmente ha avanzado en la aplicación con perspectiva de género de otros institutos, como la legítima defensa; causa de justificación que exige, entre otros requisitos, una agresión ilegítima, sobre la cual parece poder proyectarse más fácilmente el análisis con perspectiva de género.

En el estado de necesidad justificante, en cambio, la doctrina es más rigurosa en la medida que el sujeto pasivo no realizó una agresión ilegítima; ergo, no puede legitimarse cualquier lesión que la repela –de forma necesaria, racional y sin provocación–, como en la legítima defensa (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002). Sino que debe ser soportado sólo en la medida que se satisfaga el límite justificante conforme la ponderación entre mal causado y mal evitado, fundamentado en un principio de ponderación de bienes, sobre el cual parece ser más reticente la jurisprudencia en analizar el instituto con perspectiva de género. Más aún, tratándose de un estado de necesidad justificante de terceros, no previsto expresamente por la legislación, pero pasible de aplicación, máxime tratándose de los propios hijos.

También es menos profusa la aplicación con perspectiva de género del estado de necesidad exculpante. Concede mucho, nada menos que la configuración de una acción típica y antijurídica, un ilícito penal. Pero a la vez, abre la puerta al enfoque con perspectiva de

género respecto de nuevos institutos, capaces de ampliar el catálogo de respuestas desincriminantes más variadas ante estas injustas criminalizaciones sin perspectiva de género. Lo cual puede resultar una solución dogmática plausible en otros casos, en los cuales no se pueda recurrir a la ponderación de bienes, por tratarse de un bien sacrificado de igual o mayor jerarquía, o inconmensurable como la vida humana.

Sin embargo, en el universo de casos que (I) se puede recurrir a la ponderación de bienes –satisfaciendo todos los requisitos del estado de necesidad justificante– y (II) se concede la faz subjetiva lícita del agente respecto de las circunstancias fácticas –no tratándose entonces de un potencial error sobre la permisión misma–, a partir de la regla de tercero excluido, las únicas dos alternativas lógicas de máxima, impiden ambas configurar un ilícito penal, trátase de un estado de necesidad justificante –de terceros– o un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión.

Ello excede las circunstancias contingentes del caso, que ofrecían asimismo otras soluciones dogmáticas plausibles en el campo jurídico. Podría haber intervenido en forma primigenia un defensor de menores, o no existir un juicio en ausencia, una posible doble persecución o un delito extranjero no investigado, con un potencial escándalo jurídico o avasallamiento de jurisdicción extranjera; podría no haber tampoco prescripto la acción penal de desobediencia, o investigarse otro delito, como un impedimento de contacto.

En cualquier caso, en la dimensión lógica, siempre que se trate de un caso pasible de ser resuelto a partir de la ponderación de bienes del estado de necesidad justificante, y se conceda la faz subjetiva lícita del agente, dirigida sobre las circunstancias fácticas, la única alternativa posible, a partir del principio de tercero excluido, es un error sobre las circunstancias de hecho de la permisión.

En un caso de violencia de género, el análisis respecto de la faz subjetiva lícita de la mujer, debe ser llevado a cabo con perspectiva de género. También resulta contingente que, en el presente caso, la propia querrela no haya controvertido en sede penal aquella faz subjetiva lícita –y en sede civil incluso reconoció el convencimiento de M.L.Y. respecto del abuso sexual, en forma errónea según él–, en tanto que el acusador público directamente solicitó la absolución. En otro caso, podría resultar suficiente un informe especializado y una interpretación con perspectiva de género del tribunal; en M.L.Y. asimismo resultó determinante el informe técnico de la Comisión sobre Temáticas de Género de DGN, citado en la sentencia absolutoria.

Ello a la luz de los principios de igualdad y no discriminación –arts. 16 y 75 inc. 22 CN; 1.1, 8 y 24 CADH; 2.1, 3, 14 y 26 PIDCyP; 2.c y 15.1 CEDAW–. La perspectiva de género constituye una obligación estatal. Su carácter imperativo se fundamenta en normas de carácter nacional y compromisos regionales e internacionales en la materia; en particular, la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer

(CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Pará) y la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

BIBLIOGRAFÍA

- Carrió, A. (2014). *Garantías constitucionales en el proceso penal* (6ª ed.). Hammurabi.
- Creus, C. (1993). *Derecho penal. Parte especial* (Tomo I). Astrea.
- D'Alessio, A., & Divito, M. (2009). *Código Penal de la Nación: Comentado y anotado* (2ª ed., Tomo II). La Ley.
- Di Corleto, J., Masaro, M., & Pizzi, L. (2020). *Legítima defensa y géneros*. Ministerio Público de la Defensa. Recuperado de <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/5083>
- Donna, E. (2001). *Derecho penal. Parte especial* (Tomo II). Rubinzal-Culzoni.
- Fontán Balestra, C. (1992). *Tratado de derecho penal*. Abeledo-Perrot.
- Frister, H. (2022). *Derecho penal. Parte general* (9ª ed. alemana; Galli, M. & Sancinetti, M., Trad.). Hammurabi.
- Hilgendorf, E., & Valerius, B. (2017). *Derecho penal. Parte general* (2ª ed. alemana; Dias, L. & Sancinetti, M., Trad.). Ad Hoc. §8 Teoría del error (pp. 153–173).
- Maiza, M. (2003). Sustracción de menores. En L. F. Niño & S. M. Martínez (Coords.), *Delitos contra la libertad*. Ad Hoc.
- Molinario, A. (1996). *Los delitos*.
- Núñez, R. (1989). *Tratado de derecho penal argentino* (Tomo I y IV). Marcos Lerner Editora.
- Oderigo, M. (1946). *Código Penal anotado* (2ª ed.). Ideas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Tomo I; 2ª ed. alemana). Civitas.
- Sancinetti, M. (2005). *Casos de derecho penal* (3ª ed.). Esbozo sobre teoría del error.

Sancinetti, M. (1997). El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. En *Ilícito personal y participación* (pp. 57–92). Ad Hoc.

Soler, S. (1987–1988). *Derecho penal argentino* (Tomo II y IV). Tea.

Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.