



Aplicación de la perspectiva de género en la valoración probatoria y subsunción normativa en el proceso penal

MODELO DE CASO

CUESTIONES DE GÉNERO

Cámara de Apelaciones y Control Tribunal de Alzada en lo Penal de Santiago del Estero, “Kasinsky Nelson Benjamín s.d. Homicidio Simple e.p. Dalma Itatí Barreto s/Recurso de Alzada”, Expte. 397, (29/06/2021)

Carrera: Abogacía

Nombre de la alumna: Adriana Inés Gil Gallo

Legajo: VABG 59073

DNI: 22.705.406

Tutor: Nicolás Cocca

Año 2022

SUMARIO: I. Introducción **II.** Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal **III.** *Ratio decidendi* **IV.** Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios **V.** Postura de la autora **VI.** Conclusión **VII.** Bibliografía. a) Doctrina. b) Jurisprudencia. c) Legislación.

I. Introducción

Desde hace algunas décadas, Argentina se convirtió en un Estado Parte que se comprometió a luchar en contra de la violencia contra la mujer, y a favor de la identificación y erradicación de estereotipos de género. Según la doctrina, los estereotipos de género son:

(...) las características, los rasgos y las cualidades que se otorgan a las personas según su sexo. Estas características se asignan a cada sexo en base a los roles e identidades que socialmente se han venido asignando a los hombres y a las mujeres. (Amurrio Vélez, Arrinaga Rentería, Usategui Basozabal, & Del Valle Loroño, 2012, p. 228)

Así, los estereotipos de género constituyen nociones en cuanto a ciertos comportamientos y/o sentimientos que se asocian a un género u otro, hecho que a su vez se repite y perpetúa en el tiempo. Frente a este tipo de comportamientos que terminan muchas veces afectando los derechos y libertades de la mujer, es que nuestro país ratificó el contenido de diversas normas dictadas a los fines de identificar, prevenir y erradicar esta clase de avasallamientos hacia la mujer.

En tal sentido, Argentina ratificó mediante Ley N° 23.179 el contenido de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), (BO 03/06/1985), y por Ley N° 24.632 lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará" (BO 01/04/1996). Y en consecuencia, cumplió con el deber de dictar una norma nacional, la Ley Nacional N° 26.485 - Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales - (BO 14/04/2009).

Atendiendo a la trascendencia e impacto jurídico que poseen estas normas, es que el presente modelo de caso dará estudio a la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones y Control Tribunal de Alzada en lo Penal de Santiago del Estero, "Kasinsky Nelson Benjamín s.d. Homicidio Simple e.p. Dalma Itatí Barreto s/Recurso de Alzada", Expte. 397, (29/06/2021). En la misma, se analiza un contexto fáctico en el que tuvo lugar un homicidio cometido en un marco de violencia de género, en perjuicio de una mujer menor de edad que se encontraba cursando el 7mo mes de embarazo: "una triple situación de extrema vulnerabilidad".

Si bien, en el caso de mención, el Tribunal *a quo* resolvió endilgar al autor material el delito de homicidio simple (art. 79 del C.P.) y absolver de culpa y cargo al autor intelectual por existir una situación de duda a su favor, la sentencia fue recurrida por el Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal de Alzada para lo cual se individualizaron los agravios.

Por un lado, se identificó un problema de prueba, tratándose de un tipo de conflictos estudiado por Martínez Zorrilla (2010) y en cuyo sentido enseña: “Los problemas de prueba afectan a las premisas fácticas y consisten en la imposibilidad de establecer, más allá de toda duda razonable (...), que determinados hechos han acontecido (o que no han acontecido)” (p.36). El mismo recae en el modo en que deben valorarse ciertas pruebas pertenecientes al caso (pericias telefónicas, informes psicológicos, testimoniales), si se tiene en cuenta el trasfondo de violencia de género que afectaba a la joven víctima y por tanto la implicancia que el enfoque de género tiene en dicha labor procesal. Cabe reseñar que, al omitirse la aplicación de la perspectiva de género a la valoración del plexo probatorio, se desconoció la particular situación de extrema vulnerabilidad de la víctima, ponderándose posiblemente una resolución ajena a la situación de extrema violencia psicológica sobre la persona de la víctima.

Por otro lado, se advirtió un problema de relevancia, el cual se suscita cuando existiendo consenso en cuanto al significado de las expresiones de cierto texto jurídico, se discrepa acerca de si la norma expresada es aplicable o no a un determinado caso (Moreso & Vilajosana, 2004). Conflicto que surge ante la duda de si el caso debe ser resuelto en función del art. 79 del Código Penal que dispone “Se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años al que matare a otro...”, y que en efecto, el *a quo* aplicara invisibilizando a la víctima mujer, sin considerar su relación amorosa con quien encargó su crimen (absuelto sin respaldo probatorio), ni que el autor material fue un hombre (condenado sin perspectiva de género), mucho menos la relación fraternal existente entre los Imputados.

Así, con el advenimiento de una nueva instancia procesal, este caso adquirió una relevancia destacada luego de que los jueces por medio de un juzgamiento enmarcado en la Ley 26.485, lograran efectuar la subsunción del caso conforme la normativa vigente en materia de derechos de la mujer y una nueva valoración de las pruebas que demostraba la violencia de género, lo que los condujo a asumir que el fallo en cuestión debía ser revocado, lo que a fin de cuentas pudo poner de relieve la importancia de un juzgamiento apostado en la mirada con perspectiva de género.

II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

La joven Dalma Itatí Barreto de 17 años de edad, quien se encontraba gestando el séptimo mes de embarazo, fruto de su relación con Daniel Alejandro Amaya, salió caminando sola en plena madrugada de invierno, desde su domicilio con dirección a zona rural, distante a unos 500 metros de su casa, más precisamente al eucalipto donde previamente había acordado encontrarse con Amaya, llevando la joven en el bolsillo de su campera una pulsera que tenía gravada la leyenda “Dani te amo”, quizás con la esperanza de retomar la relación que estaba quebrantada por motivo de su embarazo.

Mientras Dalma esperaba a su ex pareja, llegó al lugar Nelson Benjamín Kasinsky (sobrino de Amaya), a quién la joven conocía por haber sido su compañero de escuela, conduciendo una moto negra de propiedad de su tío Daniel y portando un arma de fuego larga calibre 22, momento en que Kasinsky se acercó a Dalma que se encontraba en absoluto estado de indefensión y, a menos de 10 centímetros de distancia, le disparó certeramente en el rostro provocando su inmediato deceso. Luego de asesinar a la joven, Kasinsky se marchó del lugar llevando consigo el celular de la víctima con el que dio inmediato aviso a su tío Daniel sobre lo sucedido.

En consecuencia, el Tribunal *a quo* resolvió absolver a Amaya por existir una situación de duda en su favor y condenar a Kasinsky a la pena de 16 años de prisión por resultar ser el autor material del homicidio simple. Sentencia que fuera recurrida por el Ministerio Público Fiscal ante el Tribunal de Alzada, exponiendo los agravios y solicitando que se mantenga la calificativa atribuida a los Imputados por el delito penal cometido en un contexto de violencia de género.

De esta manera, la agraviada expresó la existencia de una errónea y arbitraria adecuación del derecho y una sesgada valoración de la prueba, y señaló que el *a quo* para absolver a Amaya se basó en que no estaba probado su interés en la muerte de la víctima o en algún beneficio que derive de ello y descartó aplicar los inc. 1 y 11 del art. 80 del C.P., y para condenar a Kasinsky al simple homicidio consideró que su conducta encuadraba en un asesinato a una mujer fuera del contexto de violencia de género. Así, para resolver sólo ponderó una parte del testimonio de la madre de la Víctima (quien dijo que Amaya nunca había ejecutado algo malo) y realizó una valoración exclusiva de la segunda declaración de Kasinsky, cuyo relato falaz estuvo acomodado a las pruebas vertidas durante el debate oral. Dejándose entrever de tal modo, la invisibilización de la violencia de género psicológica ejercida sobre la víctima y el menosprecio por su vida al tratarse de una mujer embarazada.

La recurrente planteó que los informes psicológicos practicados a los Imputados dejaron al descubierto por un lado, la relación de manipulación que suponía el control de Amaya sobre los actos de Kasinsky y la sumisión de éste último al ser una persona insegura y maleable, y por otro lado, el evidente menosprecio hacia la vida de la víctima mujer, sobretodo el marcado rechazo de Amaya hacia su ex pareja y la negación del embarazo, que luego el resultado de ADN al feto demostró lo contrario.

Resaltó que, sí bien fueron eliminadas algunas llamadas y mensajes de texto que pudieran vincular a los Imputados con el asesinato previamente acordado, en las pericias telefónicas se lograron recuperar las que daban muestra de la comunicación telefónica fluida entre los mismos, mas aún la comunicación *a posteriori* del homicidio, y la conexión de los celulares de Amaya y la Víctima, antes y después del asesinato.

Destacó los relatos de la madre y las hermanas de la Víctima en torno a las declaraciones testimoniales recabadas, quienes coincidieron en que la relación de noviazgo entre Dalma y Amaya duró aproximadamente un año hasta que él le puso fin al enterarse del embarazo, que a partir de allí comenzó el hostigamiento psicológico hacia la joven quien quería continuar con su embarazo, pero Amaya no lo deseaba a tal punto que trató de inducirla a abortar, lo que confirmaba que ese embarazo representaba una gran molestia y le quitaba tranquilidad.

Por último, expuso que de la pericia científica practicada al arma homicida, resultó que no se trataba de un arma celosa, por el contrario, se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, de lo cual puede deducirse la frivolidad con la que Kasinsky le disparó a la joven mujer embarazada que se hallaba en absoluto estado de indefensión y desigualdad, motivado a ejecutar el hecho determinado por su tío muy querido.

Finalmente, la agraviada solicitó al *ad quem* la revocación del fallo venido en crisis, fundando su pedido en el plexo probatorio expuesto y considerando que el tipo penal reprochado se encuadraría en las figuras de instigador y de autor material, refiriendo el acuerdo previo entre los Imputados, la coartada del autor intelectual que nunca se movió de su lugar de trabajo y la materialización del hecho por parte del instigado, quien con posterioridad al asesinato comunicó inmediatamente el resultado del hecho a su instigador, todo ello en el marco de la violencia de género.

En contraposición, la defensa de los imputados expresó su desacuerdo a los planteos incoados, sosteniendo que cualquier muerte cometida por un hombre a una mujer no debe considerarse como violencia de género, y que la declaración válida de Kasinsky era la vertida durante el debate oral, que dice que sólo fue a entregar el dinero enviado por Amaya a la víctima, que llevó el arma por propia decisión con el fin de atemorizarla,

negando haber sido instigado por su tío a cometer el delito. Planteó los principios de inocencia y *nulla poena sine lege* en torno a Amaya, sosteniendo que la figura del instigador implica generar en otro la decisión de cometer un delito y que exige su determinación directa, que la única acción que realizó fue enviar dinero a la víctima y que siempre estuvo en su lugar de trabajo sin tener contacto con su sobrino. En consecuencia, solicitó que se mantenga el fallo recurrido respetándose las garantías constitucionales del debido proceso.

Finalmente, el 29 de junio del año 2021, el Tribunal de Alzada resolvió unánimemente hacer lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, condenar a la pena de prisión perpetua y en el contexto de violencia de género a D.A.A. por el delito de homicidio doblemente calificado en grado de instigador y a N.B.K. por el delito de homicidio calificado en calidad de autor material.

III. *Ratio decidendi*

Considerando los problemas jurídicos identificados, de prueba y de relevancia, el Tribunal de Alzada llevó a cabo la ardua tarea de analizar la valoración de la prueba y la adecuación típica de la conducta de los Imputados, aplicando el agravante previsto en el Código Penal para los casos de Violencia de Género.

A continuación, se exponen los argumentos de los cuales se ha valido el Tribunal para condenar con perspectiva de género por unanimidad. Así, entendió aplicable el ordenamiento jurídico que refiere a la perspectiva de género en el contexto de violencia en el que se produjo el delito penal, a saber, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional sobre DDHH a los cuales nuestro país adhirió, la normativa vigente de protección a las mujeres, ello es, CEDAW, Belem do Pará, Ley Nacional N° 26.485 y Ley Provincial N° 7.032, además de las leyes penales y constitucionales.

En lo que respecta a la adecuación típica de las figuras penales de instigador y de autor material, consideró importante traer a colación la definición de instigación y estimó que la primera declaración de Kasinsky constituía una confesión calificada ya que autorizado a no declarar o en su defecto a mentir en su favor y de otra persona, decidió espontáneamente narrar su propio hecho como autor material e instigado por su tío, declaración que fuera descartada por el *a quo* en la resolución venida en crisis.

En torno a la valoración probatoria, del análisis realizado de testimoniales, pericias telefónicas e informes psicológicos, surgía evidente la relación fraternal entre tío y sobrino, la manipulación ejercida por el tío y el acuerdo previo que tenían ambos, a tal fin, que el Tribunal consideró que la expresión de Amaya cuando Kasinsky le comunicó

el resultado, implicaba una primera prueba indirecta y configuraba un indicio de la instigación. Oportunamente, trajo a colación la regulación penal de la inducción, concluyendo que se trató de un hecho concreto con instigador determinado e instigado individualizado, que no sólo se trataba de amenazar a la víctima, sino de asesinarla, resultando ser la manipulación el medio psicológico utilizado por el inductor.

En cuanto a la perspectiva de género, consideró la invisibilización de la violencia hacia la mujer y la indiferencia con la que se resolvió desconociéndose las obligaciones del Estado previstas en el ordenamiento jurídico para tales casos, y sostuvo que no se valoraron las testimoniales de las que surgía la evidente violencia psicológica ejercida sobre la víctima, a quien Amaya intentó hacer abortar mediante engaños, ni las pericias psicológicas practicadas a los imputados que mostraban el claro desprecio que sentían hacia la vida de la víctima mujer y las molestias que provocaba su embarazo.

Finalmente, el *ad quem* para justificar su decisión de condenar aplicando la perspectiva de género, tuvo en cuenta la tipificación de la figura del Femicidio establecida en materia penal, así, para el caso de Amaya definió la doble fachada del violento como la violencia en una relación de pareja donde el agresor es violento en la intimidad y sin testigos, pero es amable y sociable en lo público, y respecto a Kasinsky mencionó que según registro del año 2020 de la CSJN, un porcentaje elevado de las víctimas conocen al sujeto activo, sin que exista algún vínculo sentimental (Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación (OM-CSJN), 2021).¹

IV. Antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios

Abordando la temática de este fallo que refiere a un hecho delictivo perpetrado contra una mujer en un contexto de violencia de género, situación que fuera totalmente invisibilizada por el *a quo* al momento de dictar la sentencia venida en crisis, resulta necesario considerar legislación, jurisprudencia y doctrina que atañe al tópico que involucra.

A nivel legislativo es relevante destacar que “La CEDAW toma como punto de partida la discriminación estructural e histórica hacia las mujeres, reconociendo y protegiendo sus derechos” (Spaventa, 2017, p.1). Lo reseñado puede verse en los términos del art. 5º, donde se consagra la obligación de los Estados Partes de modificar patrones socioculturales de conducta y prácticas basadas en la idea de inferioridad del sexo femenino o en funciones estereotipadas de varones y mujeres.

¹ Recuperado el 10/11/2022, de <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>

Así, la Ley Nacional 26.485 aporta lo propio en su art. 4° definiendo la violencia contra las mujeres como:

(...) toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. (art. 4, ley 26.485, 2009)

Seguidamente, establece los distintos tipos en el art. 5° y modalidades en el art. 6°, desde donde se asume por ejemplo que la violencia de género sufrida por la joven víctima encuadra con la definición de violencia psicológica prevista como aquella “que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal” (art. 5°, inc. 2, Ley 26.485, 2009).

Cabe resaltar, que la importancia y obligación de juzgar con perspectiva de género encuentra apoyatura legal en el art. 7° de la “Convención de Belem do Pará” que establece las obligaciones de los Estados Partes adherentes a la misma y el actuar diligente y sin dilación de los magistrados en los casos de violencia de género. Tales nociones se ven reflejadas en la jurisprudencia del caso resuelto por la CSJN en "R., C. E. s/ Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006", 29/10/2019, en el que una mujer condenada en primera instancia por las lesiones graves que le ocasionó a su ex pareja conviviente, luego de pasar por una nueva instancia revisora, fue absuelta al vincularse la figura de la legítima defensa con la perspectiva de género. Particularmente, se analizaron las pruebas desde dicha óptica y se concluyó que la acusada se había defendido legítimamente de los reiterados episodios de actos de violencia de género que sufrió durante largo tiempo.

Puntualmente, en materia de prueba asociada a la perspectiva de género, importa saber que un proceso de valoración de prueba que se desarrolla desde el enfoque de género, se caracteriza por deber dar plena garantía al principio de igualdad y no discriminación (Enríquez Gómez, 2018). En consecuencia, cumplir con la normativa de género en el ámbito de las cargas probatorias, exige que los funcionarios judiciales dejen de lado los prejuicios socio-culturales, a la vez que se hace necesario que engeezcan la visión objetiva cuando la labor implique valorar la prueba y dictar una sentencia en un caso donde hay una mujer que fue víctima de violencia de género (Enriquez Gómez, 2018).

En tal sentido, para arribar a una decisión acorde a tales preceptos corresponde considerar lo dispuesto en la Ley 26.485, arts. 16 y 30, que prevén el principio de la amplitud probatoria para los casos de violencia de género, tal y como lo reconocieron los jueces del S.T.J. de Corrientes en "M., L. C/ H. M. Y HSBC Bank Argentina s/daños y perjuicios", 17/10/2016):

(...) los casos justamente calificados de “prueba difícil”, porque es evidente que el hecho que se pretende probar se produce en un contexto de relativa privacidad y que la víctima se encuentra en inferioridad de condiciones para acreditarlo, lo que se intenta paliar mediante la flexibilización de la carga probatoria en beneficio del más débil con institutos como el de las pruebas “*leviores*” o el “*favor probationis*”. (Considerando VII)

Luego, en referencia al conflicto de relevancia descripto *a priori*, resulta necesario considerar que este tipo de problemáticas “se refiere a los problemas que se presentan cuando se pretende determinar qué normas jurídicas son relevantes para resolver un caso” (Nino, 2003, p.295). De las posturas doctrinarias, se destaca un nuevo movimiento de criminólogas feministas que aborda la investigación penal aplicando la perspectiva de género con el fin de superar la posición desigual de las mujeres:

Lo que falta en la perspectiva de estas criminologías es el cuestionamiento del derecho penal en sí. Y, en efecto, es el derecho penal, y no la criminalidad (que depende de las definiciones de aquel), el tema central de una criminología crítica. Solo una consistente teoría sociológica del derecho penal, como la brindada por la criminología crítica, asociada a un use correcto del paradigma del género en este contexto, puede permitir la comprensión de las "ventajas" y de las desventajas de las mujeres, en cuanto objeto de control y de protección por parte del sistema de la justicia criminal. (Baratta, 2000, p.15)

En igual sentido, Orsino (2017) reconoce:

Esta mirada machista y estereotipada sobre el deber ser de las mujeres era parte de un Código Penal, y a través de esa norma muchas mujeres fueron juzgadas y condenadas; vale decir, no es una desigualdad puramente discursiva o conceptual. Las definiciones del derecho organizan los hechos sociales, las conductas de los sujetos, están presentes en la materialidad de la vida. La cultura es material. (p. 2)

Así, cuando se percibe la posibilidad de vincular la mirada de perspectiva de género, es decir encuadrar los hechos en la Ley 26.485 atento al contexto de violencia de género que se observa, la justicia resulta cuasi obligada a dar al caso una solución acorde a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra inmersa la mujer. Tal es el caso de la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala I) Rosario - Santa Fe, en “N. P. S. c/ A., M. M. s/ cobro de pesos”, Expte. N° 255/2019 CUIJ N° 2101618653-5, (07/09/2021) en la que los jueces dejaron de lado la normativa civil que prescribe en materia de bienes resultantes de la unión convivencial, para juzgar el caso desde una mirada con perspectiva de género que los llevó a determinar que conforme a los hechos y pruebas vertidas, la ex concubina era dueña del 40% del inmueble en el que habían convivido a pesar de que estaba registrado solo a nombre del varón, siendo considerado un acto de violencia económica contra la mujer.

Finalmente, todo lo reseñado logra poner en claro tanto la transcendencia como el impacto que tienen las cuestiones de género asociadas a diversos aspectos del mundo

procesal. Por lo que, en el punto siguiente, se esbozará una postura personal que pretende dejar plasmada una serie de nociones a las que se pudieron llegar.

V. Postura de la autora

Tras analizar el caso y los antecedentes arriba mencionados, se advierte como la sentencia dictada por el *ad quem* vino a subsanar la liviandad e indiferencia con la que fue abordado en un principio este caso de violencia contra una mujer en situación de extrema vulnerabilidad. Como una consecuencia casi insoslayable, la postura personal se adelanta a favor de lo dictaminado por la Cámara de Apelaciones y Control Tribunal de Alzada en lo Penal de Santiago del Estero, y las razones se describen a continuación:

Argentina es un Estado que en las últimas décadas desarrolló un importante progreso en materia de bases legislativas destinadas a la protección de la mujer. En el caso analizado, la situación de joven víctima no puede observarse sin dejar de lado que, como bien lo advierte Spaventa (2017), la CEDAW toma como punto de partida la discriminación histórica hacia las mujeres, reconociendo y protegiendo sus derechos. Al igual que lo previsto en el art. 5° que consagra la obligación de los Estados Partes de modificar patrones socioculturales de conducta y prácticas basadas en la idea de inferioridad del sexo femenino.

Lo cierto es que, al decidir los camaristas encuadrar el contexto de los hechos en lo normado por la Ley 26.485, dieron por sentado que el caso demandaba ser juzgado desde una mirada de perspectiva de género, implícita y explícitamente. Pero si acaso quedaran dudas de lo oportuno de ello, basta repasar la visión sostenida por la Corte en el caso “C.R.E” al advertir que, como bien lo adelantaron Baratta (2000) y Orsino (2017), el Código Penal fue redactado en total prescindencia de la más mínima intención por salvaguardar los derechos de la mujer. De lo expuesto, a nivel personal, se comparte la idea de los citados autores en cuanto a que el Código Penal presenta un elevado sesgo machista y estereotipado que conduce a los jueces a albergar y defender nociones que desencajan con la realidad de este paradigma de género, que justamente pretende (De)Construir tales razonamientos y reemplazarlos por una visión más igualitaria y menos discriminatoria.

De este modo, la valoración de la prueba asociada a la perspectiva de género es una cuestión clave en miras de dar plena garantía al principio de igualdad y no discriminación, como así también para lograr que los funcionarios judiciales dejen de lado los prejuicios socio-culturales y se ocupen por dictar sentencias (como la analizada) que consideren que hay una mujer que fue víctima de violencia de género (Enriquez Gómez,

2018). La erradicación de los problemas de prueba debe seguir lo normado en los arts. 16 y 30 de la Ley 26.485, que garantiza el principio de la amplitud probatoria para los casos de violencia de género. Y más aún, que la justicia tiene dicho que los casos de “prueba difícil” deben ser paliados mediante la flexibilización de la carga probatoria en beneficio de la parte más débil con la aplicación de institutos como el de las pruebas “*leviores*” o el “*favor probationis*” (S.T.J. de Corrientes, en “M., L. C/ H. M. Y HSBC Bank Argentina s/daños y perjuicios”, 17/10/2016).

En tanto, la solución a los conflictos de relevancia definidos en los términos de Nino (2003), queda determinada en los arts. 4, 5 y 6 de la Ley 26.485 que refieren concretamente a actos de violencia contra la mujer, tipología y modalidades que la misma adquiere. Tal reconocimiento es posible con la interpretación de la norma en correlato con los hechos fácticos que precedieron al fatal momento que terminó con la vida de la joven embarazada, incluso es posible gracias a la trascendencia de otros fallos como el dictado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (Sala I) Rosario - Santa Fe, en “N. P. S. c/ A., M. M. s/ cobro de pesos”, donde se subrayó la importancia y los efectos de juzgar la situación de vulnerabilidad de la mujer conforme a una mirada con perspectiva de género.

En resumen, puede advertirse que el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia es un derecho humano fundamental reconocido en los principales instrumentos internacionales y nacionales. Sin embargo, todas aquellas mujeres valientes que deciden acudir al sistema de justicia para pedir ayuda, en general, se encuentran con una serie de obstáculos institucionales, personales, culturales y con un trato revictimizante. Por ello, hacer efectivo este derecho implica la obligación estatal de garantizar la existencia de un sistema judicial libre, independiente y eficaz al que toda persona pueda acceder sin ningún tipo de discriminación.

VI. Conclusión

Del análisis desarrollado, es posible identificar el modo en el que las cuestiones de género mellan los resultados que se obtienen de los procesos judiciales, a pesar del trasfondo de violencia de género. Conforme a ello, se concluye que la perspectiva de género es una herramienta fundamental que se encarga de dotar al poder judicial de las facultades aptas para impartir medidas acordes a los hechos de violencia implícita.

Como una especie de revolución humanitaria, el enfoque de género se convierte en un paso procesal obligatorio para los jueces. Su advenimiento se vincula con los

compromisos asumidos por el Estado en la materia y su no aplicación se traduciría en una sentencia arbitraria y ajena a los estándares de juzgamiento.

Si bien, es evidente que la perspectiva de género puede y debe ser aplicada en cualquier ámbito del derecho, lo cierto es que el resultado de su incorporación en el ámbito del derecho penal llega a marcar grandes diferencias, como la existente entre la condena a prisión y la exoneración de la misma. Que tal diferencia puede advertirse tras el resultado obtenido en la sentencia del caso analizado, destacándose además que la perspectiva de género fue el medio que permitió que tanto la problemática de relevancia como la de valoración de prueba quedaran resueltas por medio de las disposiciones contenidas en la Ley 26.485 de protección a la mujer.

La reflexión que tras ello parece flotar en el aire, deja la idea de una justicia que algunas veces parece ser reticente a la aplicación de este enfoque, y que se abstiene de dar a las víctimas el merecido proceso y acompañamiento judicial, ya sea por desconocimiento o negación. Consecuentemente, estas páginas pretenden ser una fuente de conocimiento para cualquier individuo y un llamado formal a los jueces a cumplir con las funciones que legalmente les han sido impuestas.

Las recurrentes agresiones contra las mujeres interpelan a toda la sociedad y vuelve necesaria la atención, protección y restitución de derechos de quienes han atravesado situaciones de violencia de género, actos que históricamente fueron y que continúan siendo una realidad diaria para muchas, en los ámbitos público y privado, y frente a lo que la respuesta estatal y social con frecuencia es insuficiente y tardía. Es dable mencionar que la violencia feminicida que sufrió la joven víctima del caso analizado, configura la forma extrema de violencia de género contra la mujer, producto de la violación de sus derechos humanos, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar tolerancia social e indiferencia del Estado y culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta, algo que el Estado no debiera permitir.

VII. Bibliografía

a) Doctrina

- Amurrio Vélez, M., Arrinaga Rentería, A., Usategui Basozabal, E., & Del Valle Loroño, A. I. (2012). Los estereotipos de género en los/las jóvenes y adolescentes. *Donostia*, pp. 227-248.
- Baratta, A. (2000). El paradigma del género. Desde la cuestión criminal a la cuestión humana. *Responsa iurisperitorum digesta, Vol. 1*, pp. 199-242.

- Enríquez Gómez, D. F. (2018). Perspectiva de género en la valoración probatoria dentro de la jurisdicción civil y de familia. *Universidad de Medellín. Maestría en Derechos Humanos*, pp. 1-91.
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Moreso, J. J., & Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación (OM-CSJN). (2021). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina (RNFJA)*. Obtenido de <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>
- Spaventa, V. (2017). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Organización Panamericana de la Salud*, pp.1-3.

b) Jurisprudencia

- C.A.C.T. de Alz. en lo Penal, de Santiago del Estero, “Kasinsky Nelson Benjamín s.d. Homicidio Simple e.p. Dalma Itati Barreto s/Recurso de Alzada”, Expte. 397, (29/06/2021)
- C.N.A.C.y C. de Rosario, “N. P. S. c/ A. M. M. | cobro de pesos” (07/09/2021).
- CSJN, "C.R.E. s/ Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006", Fallo CSJ 733/2 18/CS1 E (29/10/2019).
- S.T.J. de Corrientes, (2016). "M., L. C/ H. M. Y HSBC BANK ARGENTINA S/DAÑOS Y PERJUICIOS", Expediente N° C12 71936/3 (17/10/2016).

c) Legislación

- Ley N° 23.179, (08/05/1985). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW). (BO 03/06/1985). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.
- Ley N° 24.632, (13/03/1996). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará". (BO 01/04/1996). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.
- Ley N° 26.485, (11/03/2009). Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (BO 14/04/2009). *Honorable Congreso de la Nación Argentina*.

Ley Provincial N° 7.032, (2012). “Prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres”. (BO 20/10/2011)



CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

resolución recurrida que considero importantes "...la determinación –como influencia psíquica- puede ser realizada en forma verbal, en forma escrita, mediante palabras, mediante gestos, con el tono de voz, etc. pero para saber cuándo estamos ante una determinación y que constituya una instigación, lo importante va a ser conocer el contenido de lo expresado por el instigador y su contexto. La propia naturaleza de la instigación, en lo que hace a conocer la efectiva determinación del autor, torna complejo averiguar en los hechos con exactitud el contenido y el momento en que la aludida determinación tuvo su expresión fáctica sensorialmente aprehensible. La cita obedece a que comparto algunas de estas consideraciones, (lo resaltado) aunque difiera en la conclusión. Además de las fuentes doctrinales y jurisprudenciales que citaré infra, mi indagación se circunscribirá a la conducta de Daniel Amaya y su relación con Dalma y con Nelson B. Kasinsky lo que determinan el contexto que llevó al asesinato la joven Barreto.

Según la doctrina, "por definición, la instigación es una forma de determinación en la que el determinador no tiene el dominio del hecho; *determinar* significa hacer surgir en el autor la decisión al hecho, es decir, **provocar que el autor se decida**. El dolo del inductor debe estar dirigido a un determinado hecho y a un determinado autor, por lo que la inducción desaparece cuando no puede individualizarse a la persona a la que se dirige la instigación o bien da lugar a otra tipicidad cuando es pública e indeterminada".-

A los fines de la adecuación típica y atendiendo al agravio de la Fiscalía – en el sentido que la absolución por la duda solo encuentra apoyatura en la declaración del encartado Kasinski en el debate, que según la defensa no puede valorarse la anterior declaración porque no fue introducida por lectura, (cuestión a la que abré de referirme oportunamente) estimo de suma importancia, traer a colación las reglas de valoración de la declaración del imputado – en el caso una confesión calificada – que se presume verídica en abstracto y se valúa en concreto según las particulares condiciones subjetivas formales y objetivas, en las cuales se produce, la declaración del encartado debe resultar objetivamente creíble conforme a las pautas del sentido común, tenerse en cuenta especialmente la coherencia y espontaneidad, confrontando y comparando analíticamente todas y cada una de las declaraciones, que permita descartar toda contradicción o expresiones dubitativas e impropias en quien narra hechos que ha conocido personalmente, es decir el relato respecto de su propio hecho como el de la participación del otro en el mismo hecho, requiere de suma prudencia a la hora de su valoración, pues estando autorizado a mentir, la declaración debe ser analizada a la luz del resto del plexo probatorio, en tanto diferentes razones pueden llevar a mentir, tanto para alivianar su

PODER JUDICIAL
SANTIAGO DEL ESTERO
USO EXCLUSIVO

situación procesal como también para beneficiar a un tercero - desincrimandolo para favorecerlo, de ahí la necesaria exigencia en el análisis de la declaración del co-imputado, sin perder de vista el momento en que se produce la misma, que permitiera evacuar la cita y confrontar la misma con el resultado de la cita, o confrontando una con otra declaración y su valoración con el resto del plexo probatorio, a la luz de las reglas de la sana crítica racional, lógica, psicología, y sentido común, como las reglas de experiencia.-

A partir de lo expuesto habremos de analizar los dichos de Nelson Benjamín Kasinsky en su declaración de fs. 321 a 322 vta. del 7 de julio de 2017 ante la defensora oficial Patricia Betancor, y que la defensa erróneamente entiende que no corresponde su valoración por que no ha sido incorporada por lectura. Al respecto si bien el art. 391 inc. 1 dispone la posibilidad de la incorporación por lectura, al respecto la doctrina tiene dicho; *“esta posibilidad es la mas lesiva de todas pues resulta claro con ello no vulnera la posibilidad de contralor la prueba de cargo, sino – la de que nadie esta compelido a declarar en su contra, puesto que para confrontarla el encartado se veria obligado a declarar en el debate... a contrario imperio debe interpretarse que declarando en el debate no resulta necesaria su lectura, y ello es así, conforme la propia doctrina lo entiende “no se trata de incorporar por lectura para construir una prueba de cargo - sino antes bien introducir elementos que sirven para confrontar las manifestaciones que el encartado o un testigo están específicamente realizando en el debate, ya sea para aclarar las contradicciones o para minar la credibilidad de los dichos en el ámbito del juicio oral... “*, (Nicolas Schiavo Código Procesal comentado Tomo 2 Edit. Hamurabi, pag. 266). De tal suerte que si el encartado declaro en el debate no hay duda que la declaración en el debate fue motivo de confrontación mediante las pertinentes lecturas, que no requieren una nueva lectura para su incorporación, agregándose el acta, como documental al finalizar e el debate oral y aceptadas por ambas defensas (fs. 392):

Hecha la pertinente aclaración continuando con el análisis de la declaración de Kasinski durante la IPP, en la que el mismo expreso: ... *“que mató a Dalma Itatí Barreto, que no era su intención, que sólo quería amenazarla, que esa amenaza arregló con Daniel Amaya, que a Dalma la conoce de la escuela y que no quería que tenga el hijo con Daniel.... Que Dalma era una persona quilombero, que no le permitía a Daniel Amaya que se juntara con el declarante ya que decía que tomaba o fumaba, manifiesta que sabía que la relación entre Amaya y Dalma se terminó con el embarazo de ella, pero conocía que lo seguía molestando con el tema del hijo, que Daniel le dijo que Dalma quería hacerle pelear con su nueva novia que se llama Dana Huerro... [que] esa noche vino de Villa Minetti en motovehículo de Daniel*

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

Amaya, 125 cc de color negra, siempre la usamos todos, manifiesta que se encontró con Dalma en el lugar donde apareció Dalma Barreto, que al llegar cree que dialogó con ella, no recuerda lo que le dijo, recuerda que le dijo que no tenga el hijo, le apuntó y se le escapó el tiro porque el arma es celosa. Posterior a eso manifiesta que se asustó, se llevó el teléfono celular de la víctima y se lo dio a una persona y el arma la volvió a llevar hasta el lugar de donde la sacó (de la casa de su padre Juan Carlos Kasinsky, donde también vive el hermano de Daniel Amaya), luego se fue y en el camino agarró un pozo lo cual hizo que se cayera de la moto, golpeándose la cintura y en los dos codos y en el hombro también lo que recuerda volvió a Villa Minetti, dejó la moto en la casa de Daniel y se dirigió a la casa del tío Gustavo Amaya, y ahí se encontraban Mimi Diaz a quien le dicen gringa y otros tíos que no recuerda, ahí todos le preguntaron qué había pasado con la moto y ante ello manifestó que había chocado un error. Manifiesta que le avisó a Daniel lo que había hecho y éste le dijo que bueno no le quedaba otra, manifiesta que esa comunicación fue telefónica, no personalmente, y que la llamada que le hizo a Daniel fue el teléfono de Dalma Barreto (...).

En consecuencia, sin desconocer las garantías constitucionales, porque el imputado declaró acompañado por su defensora oficial y en ejercicio del derecho de defensa, debo merituar igualmente esas expresiones como medio para el conocimiento de los hechos, en cumplimiento con la exigencia de la Convención de Belém do Pará, incorporada a nuestra legislación con el número 24.632, en cuyo artículo 7 refiere a las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres. Las mismas incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación encaminada a prevenir la impunidad, incluyendo medidas para proteger a las mujeres de actos de violencia inminentes. Establece: “Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. (Capítulo III Deberes de los Estados. Artículo 7 b)), lo que no cabe duda alguna que estamos ante un caso de violencia de género, disintiendo con el tribunal aquo, que entiende lo contrario.-

A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. **Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y debe estar orientada a la determinación de la verdad.** (Corte IDH, Caso Fernández Ortega. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 191). (lo destacado me corresponde).

Así conforme lo declarado en IPP, que Nelson B. Kasinsky tenía un acuerdo previo con su tío Daniel Amaya –amenazar a Dalma- y realizó un llamado a posteriori del hecho comunicándole el resultado, recibiendo como respuesta “bueno no le

quedaba otra” lo que a mi entender implica una primera prueba indirecta dentro del contexto a analizar para acreditar la instigación.

Al respecto la doctrina dice: “De igual modo, [el acto de instigar] debe estar referido a la ejecución de un hecho definido en sus elementos esenciales o rasgos fundamentales... el dolo del instigador es más amplio que en la coautoría o en la autoría mediata, **porque el instigador casi siempre deja librado al autor los detalles de la ejecución (...)**”. (Lo destacado es propio)

Por esto hablar de un *plan*, como enfatiza el tribunal a-quo es un requerimiento inexistente para que se configure el tipo (aunque aquí esta acreditado). “Todo esto demuestra que no es necesario que el instigador haga surgir la idea misma en el autor, sino que **la idea puede estar instalada en el autor, siempre y cuando el instigador sea el que lo decida a ejecutarla**”. (Derecho Penal: parte general Alejandro Alagia; Alejandro Slokar; Eugenio Raúl Zaffaroni. 2da. Ed 3ª. Reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2014 p. 802). Y si bien efectivamente en su declaración, Kasinsky reconoció el enojo personal que tenía hacia la víctima por la relación o -ex relación- con su tío y sobre todo por el embarazo y que a consecuencia de eso Dalma le amenazaba. (fs. 322), de modo que si a ello lo confrontamos con las pericias psicologicas de uno y otro esto de Amaya y Kasinski, aparece claramente la manipulacion de Amaya sobre Kaisinski instigándolo a la comisión del hecho.-

Otra de las características de la regulación de la inducción en nuestro código penal está dada por el carácter directo de ella. Esto implica que quien instiga debe hacerlo sobre un hecho en concreto (tipo penal) dirigido hacia una persona determinada – no cualquiera-, y no basta una inducción generalizada que podría encuadrarse dentro del art. 209 del código penal o la prevista en el 212 cuando se incita públicamente a la violencia colectiva, o finalmente el previsto en el art.. 213 como apología del crimen. Justamente aquí se trató de un hecho concreto, supuestamente “amenazar a Dalma” tratándose en consecuencia de un instigador determinado, un instigado también individualizado y un hecho concreto, supuestamente las amenaza, las que de conformidad al resto del plexo probatorio indiciario, no podemos más que concluir que la inducción no era al solo efecto de amenazar, sino con resultado homicida conforme se vera.

En cuanto al medio por el que es susceptible de cometerse una instigación, la discusión es más formal que de fondo. Para un sector doctrinario se requiere que el medio sea psíquico, en tanto que otro sector admite la posibilidad de instigar por cualquier medio. En realidad, siempre la instigación se lleva a cabo por un medio psíquico, intelectual o espiritual, desde que debe influirse el psiquismo ajeno para que el autor tome la decisión. Por consiguiente, para que haya instigación siempre debe haber

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

un *contacto psíquico* entre el instigador y el autor. (Op. cit. Pág. 803).

Entonces, el medio utilizado por el inductor es el psíquico, no bastan los meros consejos o puntualizar las ventajas en la comisión de determinado crimen. (Soler, p. 327; Cerezo Mir. p.962). Coincido con la doctrina mayoritaria en que la instigación como instituto de previsión penal, requiere como herramienta para su ejecución el convencimiento psicológico en la persona que ejecutará el hecho, no se prueba con escrituras públicas, ni mensajes explícitos. Al contrario, es una actividad que se construye en la intimidad, sin testigos.

Por ello es poco frecuente encontrar condenas por este tipo penal, ya que toparse con una prueba directa de una influencia de estas características en la psique de una persona es difícil de obtener aunque en el presente caso, **los análisis psicológicos son pruebas indirectas muy importantes que no pueden soslayarse y a la que sumarse otras** que consideraré infra.

Vuelvo entonces sobre el contexto de la relación entre Amaya y Kasinsky. Ninguna duda cabe de la relación fraternal que existe entre ambos, así lo dijo éste último en su declaración en el juicio: **“siempre teníamos comunicación** como sobrino y tío” (fs. 388 vta.).

Además de esa relación, que nadie niega ni desconoce, **del informe psicológico realizado a Nelson Benjamín Kasinsky, suscripto por la Lic. Ana Marilen Mujica** surge que *“de las diferentes entrevistas se puede inferir que el sujeto presenta una personalidad marcadamente introvertida, insegura, con serias dificultades para socializar, hacer amigos, confiar en las personas e incorporar normas sociales pre establecidas. Presenta indicadores que se elevan de la media, en relación a la impulsividad cognitiva (propensión a tomar decisiones rápidamente) y motora (actuar sin pensar, dejarse llevar por el ímpetu del momento)...”*(fs. 278 a 279 y vta).

En el caso de Daniel Alejandro Amaya, que fue evaluado psicológicamente por la Lic. Valeria Kelly, *“(...) en cuanto a los hechos que se investigan el joven pone de manifiesto un posicionamiento carente de empatía para con la víctima (Dalma Barreto), evidenciando falencias en relación a su capacidad de insight (mirar hacia adentro/autoevaluarse) lo cual obtura la posibilidad de responsabilización –al menos parcial- y la consecuente subjetivación. Al respecto se destacan la siguientes verbalizaciones del entrevistado consideradas de elevada significatividad, a saber: **“por el caso de la chica,... Barreto, ella era mi novia, tenía 17 por lo que vi en el diario... y unos 5 meses de novios, yo hacía unos 6 meses que no la veía”, “Y ella estaba embarazada y supuestamente era mío, ella me había avisado de eso, mensajes me mandaba... me quería mucho ella... a veces los mensajes los borraba porque tenía***

PODER JUDICIAL
SANTIAGO DEL ESTERO
USO EXCLUSIVO

novia yo, desde hace 4 meses.”(...)

“En pos de lo solicitado mediante oficio y en base a las técnicas administradas se informa que Daniel presenta signos de un elevado monto de agresión encubierta, lo cual –aun siendo capaz de dominar sus impulsos en términos generales– podría cristalizarse en eventuales episodios de desborde (función fallida de auto control) ya que presenta una tendencia a la búsqueda de satisfacción franca e inmediata de dichos impulsos. Es importante mencionar que el adolescente denota, además un excesivo esfuerzo de control, no logrando integrar de manera plástica y/o armónica sus impulsos y emociones, llegando a presentar fallas tanto en el reconocimiento como en la adaptación a la realidad y tendiendo a transformar dicha realidad de acuerdo a sus necesidades.”(fs. 239 a 240).

La claridad y contundencia de estos informes, y los párrafos que destaco, me demuestran que la relación entre Amaya y Kasinsky suponía una sumisión de parte éste y el control de aquél sobre sus actos. Además de la agresividad de Amaya, el manifiesto rechazo al nombrar a Dalma *“el caso de la chica... tenía 17 años por lo que vi en el diario”* y que había dejado de verla hacía 6 meses, lo que coincide también con el hecho del embarazo (Dalma es asesinada con una gestación de 7 meses) y que negaba conforme lo manifestó a la psicóloga. Sin embargo el resultado del ADN, demostró lo contrario.

Por ello, disiento enfáticamente con el tribunal de juicio en cuanto refirió *“no puedo entender con la certeza que este estadio procesal requiere, que el imputado Amaya haya actuado como instigador, pues entiendo que para ello requiere alcanzar un nivel de convicción de la existencia de un plan donde Amaya fue el ideólogo y principal interesado en el resultado de la muerte de quien era su novia.”* (fs. 426) Discrepo con esos requisitos que incluyó la sentencia: un plan, ser ideólogo y principal interesado en el resultado porque no son los prescriptos por la doctrina, pero más disiento porque tales extremos están acreditados, tanto el plan donde Amaya fue el ideólogo y en definitiva también el principal interesado en la muerte de Dalma, único beneficiado en el hecho. Justamente el hecho de deshacerse de la joven, y de la molestia que le ocasionaba, tener un hijo con ella, que también negaba, constituye el móvil para la concreción del tipo penal.

De modo que haber ideado que Dalma vaya al eucalipto a encontrarse con su ex pareja, es un acto claro de inducción de parte de Amaya, fue pensado por él por encontrarse acreditado que fue el quien concertó la cita con Dalma, acudiendo la víctima por el llamado de su ex pareja. Así lo demuestran los listados de mensajes salientes del celular de Amaya al de su expareja, Dalma, (fs. 201 a 226), especialmente teniendo en

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

cuenta los horarios previos y posteriores al asesinato (fs. 209 a 211). Esto demuestra el ardid para asegurar que la presencia de la víctima en el lugar sea certera. Asimismo el informe de la división de delitos complejos, en especial los gráficos de fs. 357 a 361, demuestran la fluidez de mensajes entre Dalma y Amaya y de éste con Kasinsky.-

Esto también se corroboró con testimonios vertidos durante el debate: de la madre de la víctima **Teresa Isabel Montes** (fs. 367 a 368vta.): *“Dalma había estado con dolores durante todo el día por su embarazo, me acuerdo que esa noche andaba caminando continuamente con el teléfono celular en la mano, me dice en un momento que se iba a encontrar con Daniel, cenamos con ella y la otra nena había ido a la iglesia (...) se acostó ella y yo también me acosté y me estaba durmiendo, ahí ella me dice mami yo voy hasta la casa de Marcia que Daniel viene, abrió la puerta y se fue, yo me quedé esperándola a ella...”* (...) Después de la muerte de Dalma se le preguntó si alguien se comunicó con ella respondiendo: *“si, ese día recibí muchas llamadas a mi teléfono y eran de la hermana de Amaya, de Noelia, no la atendí y después que pasó un tiempo ella me manda un mensaje donde me decía que él estaba enojado con Dalma y que ella lo molestaba a él, me contó que Daniel le dijo “la voy a matar, para que me deje de molestar”, de ahí yo le dije se va a podrir en la cárcel.”*

Asimismo relató que la relación fue de un año más o menos, que siempre iban al baile, *que le había dicho que Daniel no quería tener al hijo y por eso se separaron.* Cuando Daniel iba en algunas ocasiones a su casa la relación era buena y que no los vio discutir. Lo que dista mucho de calificarlo de “excelente persona”, como afirma la defensa, pero además echa por tierra la otra afirmación defensiva *“que Amaya le había pedido que le alcance dinero a Dalma y que Kasinsky le pidió encontrarse en ese lugar porque había tirantez entre éste y la familia de aquella.* Al tiempo que hace uso de la declaración de la madre de la víctima, calificando la relación de buena, lo que no podemos más que concluir en la inexistente relación tirante con la familia de la víctima, que le impidiera concurrir personalmente a hacerle entrega del dinero que sorpresiva y generosamente quería realizar.-

La invisibilización de violencia de género en que incurre el fallo en crisis:
En los casos de violencia en relaciones de pareja, el hecho de que las agresiones de algún tipo se sucedan en la intimidad, sin testigos, son muy frecuentes mientras que para el exterior, en lo público, el agresor se muestre como una persona sociable, un buen padre por ejemplo, buen vecino, es lo que las ciencias psi (psicología y psiquiatría) y antropológicas han dado en llamar la doble fachada del violento, por lo que, el comentario de la madre de Dalma no hace descartar de ningún modo hechos de violencia que luego se prueban con otros testimonios.

Entre ellos, la declaración testimonial de Carla Joana Barreto, de 23 años, hermana de Dalma quien declaró que *“el jueves ese anterior al sábado me cuenta que Daniel se había comunicado con ella y le dice que la iba a ir a visitar, que le iba a llevar una cuna y que se iban a poner de acuerdo qué cosas le hacía falta para el bebé...[mantenían relación] por teléfono (...)[estuvieron juntos] un año, porque cuando él se enteró que estaba embarazada, él cortó la relación (...) él quería que aborte, porque era muy chico para ser papá y que la responsabilidad le iba a caer a la madre (...) [un día] ella nos dice a nosotros que se iban a buscar un repuesto para la camioneta a Pozo Borrado, después cuando vuelven de ahí Dalma me cuenta que habían ido a un doctor a preguntarle qué tenían que hacer para abortar (...) Dalma no quería abortar, él siempre la manipulaba [le decía] que ella tenía que hacer todo lo que él decía o sino la dejaba, de ahí la relación se comenzó a cortar (...) al principio era detallista, siempre le regalaba cosas, pero después ya en la mitad de la relación él como que la quería mandar, ella le decía que iba a ir a algún lado y él le decía que no, no la dejaba salir, era celoso con ella...”*

Silvana Soledad Barreto, hermana de la víctima *“nosotros estábamos durmiendo, me despierta mi hija y me dice mamá la Dalma salió, yo me quedé toda la noche despierta, como a las dos de la mañana escucho una explosión, empezaron a ladrar los perros, pero pensé que no era algo malo (...) ya eran como las cinco de la mañana, entonces decidimos llamarla por teléfono y nunca atendió, lo llamamos a Daniel Amaya, tampoco atendió, decidimos después ir a buscarla en la vuelta de mi casa...volvimos a llamarlo a Daniel no contestó, salimos a buscarla a la calle y nada, lo llamamos de nuevo a Daniel y le digo si Dalma estaba con él, me dice que no, yo me enojé y le digo cómo puede ser que no esté con vos si ella dijo que iba a estar con vos, corté enojada y la salimos a buscar, mi mamá y mi cuñado se fueron hasta el árbol (...) y escuché los gritos de mi madre que decía que estaba muerta (llora) (...) lo he visto a Amaya dos o tres veces en mi casa, porque él llegaba de noche, tarde, porque según él trabajaba, (...) solamente por teléfono, escuché que discutían por teléfono (....) [habían terminado la relación] porque ella estaba embarazada. (...)[Con Kasinsky] eran compañeros de escuela, (...) cuando Dalma se puso de novio Con Amaya ya no eran más amigos, se retiró él. (fs. 371 a 372).*

Luis Adán Arce, cuñado de Daniel Amaya y Kasinsky sobrino de su hermana, quien se encontraba trabajando con Amaya en el campo que se encuentra a unos treinta kilómetros del lugar del hecho. Al ser preguntado sobre la relación de Dalma con Amaya y del embarazo respondió *“[Dalma] me mandó mensaje una vez, si podía hablar con Daniel para que vuelva con ella, pero nunca tuve oportunidad de hablar con él (...)*

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

”.(fs. 379 y vta.)-

Finalmente **Luis Gabriel Arce**, sobrino de Daniel Amaya y primo de Nelson Kasinsky. Sobre el día del hecho *declaró “ (...) en horas de la noche estaba sembrando y terminé en horas de la madrugada y me fui a la casilla porque teníamos que cambiar de lote (...) era antes de que aclare digamos, después me enteré que la andaban buscando a la chica Dalma y nos enteramos que la mataron, de ahí nos preparamos porque sabíamos que lo venían a buscar a mi tío Daniel Amaya, de ahí nos llevaron, me llevaron a mi y a él a la comisaría de Villa Minetti. (...) a él [Daniel Amaya] le había llegado un mensaje que la andaban buscando a la chica (...) sabía que eran novios [con Dalma] y [Daniel] tenía ahora una nueva relación...*

La ley 26.485 define tipos y modalidades de violencias. En su artículo 5 punto 2 establece: psicológica: la que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar, o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación, - que según los testimonios al principio de la relación era detallista, luego manipulaba a la víctima para que hiciera lo que el decía, entre otras cosas la de abortar, lo que marca no solo la violencia psicológica hacia Dalma, y el marcado desprecio no solo a ella sino al hijo de ambos tal como ha quedado acreditado en autos. Así también la violencia económica que ejercía en contra de ésta, puesto que exigía el aborto porque no quería hacerse responsable de su manutención, despreocupándose de las necesidades propias de una mujer en estado de gestación no solo en lo afectivo sino también en lo económico,, precisamente mediante engaño, citó a la víctima al lugar del hecho, adonde concurrió Kalisnski y la ejecutó. Todos estos factores no pueden ser desatendidos por los operadores jurídicos, al contrario, debe existir mayor énfasis a la hora de merituar los maltratos y en particular las distintas formas de violencia de genero.-

Si bien la ley hace una enumeración no taxativa de las formas de violencia psicológica, varias de las manifestaciones de este tipo de violencia que resalté ut-supra, surgieron del testimonio de la hermana de la víctima por lo que no quedan dudas de la existencia de una relación de pareja, ni de la violencia ejercida por Amaya contra Dalma. Enfatizo este testimonio, pero la relación entre Amaya y la víctima, fue también reconocida por ambos imputados y el resto de los testigos y no negada por las partes.

“La Corte IDH reitera, como ha señalado en otras oportunidades (Corte IDH, Sentencia Anzualdo Castro vs. Perú de 22 de septiembre de 2009; Sentencia Garibaldi vs. Brasil, de 23 de septiembre de 2009), que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos. En este sentido, la impunidad es a la vez causa y consecuencia de los crímenes: (...) Esta ineficacia judicial frente a casos

individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del "diario vivir" (Corte IDH, Sentencia González y otras vs. México, de noviembre de 2009: párr. 388).

Lo dicho hasta aquí de ningún modo quiere decir volver a un sistema inquisitivo, que rechaza de llano, sino a ejercer un mayor esfuerzo material e intelectual en la investigación por parte del titular de la acción penal y especialmente por los tribunales de juicio en los que, las relaciones de contexto en este tipo de delitos, hacen que no puedan ni deban descartarse valoraciones indiciales o indirectas ante la falta de pruebas directas, mucho menos aun cuando, como en el caso los propios inculcados hicieron desaparecer las pruebas directas (rompiendo el celular de la víctima) y que con total liviandad la defensa minimiza dicha conducta y dice que no se puede saber porque no hay mas pruebas, aludiendo al principio de la prohibición de analogía, que no es aplicable a la valoración de prueba, en el caso un claro indicio de conducta posterior que opera en contra de los imputados.

Los indicios son "hechos (o circunstancias) de los cuales se puede, mediante una operación lógica, inferir la existencia de otro -hecho" (Cafferata Nores, Jose I., Hirabedián, "La prueba en el proceso penal", p. 218. 2008).

Considero que los indicios son verdaderos medios de prueba, de similares condiciones a todas las demás, caracterizadas por ser resultante de conjeturas y/o señales más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez como conclusión de orden lógico y por derivación y/o concatenación de los hechos. El indicio es de peculiar interés en el procedimiento criminal, en donde el autor de un hecho delictivo, por lo general procura borrar todas las pruebas o desfigurarlas de modo tal, que la convicción plena o la evidencia de los hechos, resulte materialmente imposible, por ello se la considera como medio de prueba autónomo e independiente y de naturaleza indirecta (...) Que obviamente, la concepción vulgar de indicio siempre se encuentra vinculada a posibilidad y se la equipara a falta de certeza, mientras que el concepto jurídico, conforme lo sostiene el Tribunal Supremo Español, produce una certeza completa o plena prueba. En idéntico sentido se ha expedido nuestro máximo Tribunal de la Provincia en **Expte. 15.628/año 2005 Pellizari Jose Alberto, s/ Lesiones Graves Calificadas por el Vinculo.**

Por su parte según el Superior Tribunal de Córdoba: *"la sentencia condenatoria puede válidamente fundarse en elementos de convicción indirectos, como son los indicios, con la condición de que estos deben ser unívocos y no anfíbológicos, vale decir, que la relación entre los hechos conocidos indiciarios, debidamente*

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

acreditados, no puedan relacionarse con otro hecho que no sea el hecho desconocido, cuya existencia se pretende demostrar. En tales casos, para poder cuestionar la fundamentación es necesario el análisis en conjunto de todos los indicios y no en forma separada. Ello así, pues es probable los indicios individualmente considerados sean ambivalentes por lo que se impone su análisis conjunto, a los efectos de verificar que no sea equívocos, esto es que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas" (Sala Penal, Gallegos Lucas, s.d. de Robo -Casación- 29/5/2006) .-

De lo expuesto se colige que los indicios ciertos, graves y concordantes en conjunto resultan suficientes fundar una condena, como en el caso, indicios de conducta posterior, mediante la rotura del teléfono, el medio empleado para las supuestas amenazas un arma de fuego de calibre 22 que requiere fuerza y manipulación, el indicio de mala justificación de Kaliski cuando en su declaración en la IPP asegura que al disparar el arma se asustó – sabido es que el susto paraliza - pero sin embargo tomó el celular de Dalma para comunicar a Amaya del resultado y este decirle y bueno no le quedaba otra, marcan a las claras la intención homicida ejecutada por Kaliski previamente instigado por Amaya.-

El hecho de que el tribunal a-quo haya valorado la prueba generándole una duda a su favor, no coincide con la operación intelectual que realizó como integrante del órgano revisor, entendiendo que la prueba indirecta así como la indicial aquí reproducida, implican el grado de eficacia conviccional, es decir la certeza suficiente para entender que la conducta de Daniel Amaya se adecuó a la figura de instigador y por ende corresponde su condena en ese sentido.

En consecuencia no resulta razonable que el juzgador recurra inmediatamente a la duda en la atribución de responsabilidad, disponiendo la impunidad con un mensaje social que no implica, como dice la sentencia, responder a un clamor social, sino incumplir con las obligaciones legales y convencionales que asumió el país hace décadas, y que, como funcionarios del Estado estamos obligados a aplicar.

En suma, se encuentra aquí que la relación de Nelson Kasinsky con Daniel Amaya es indiscutida, así como el evidente menosprecio de ambos por Dalma, quien, de no haber sido por los mensajes de Daniel pautando un encuentro, no hubiese ido a ese lugar -el eucaliptus- sola y en plena madrugada de invierno.

Que, Amaya fue, según la declaración de Kasinsky, quien le pidió que vaya a ese lugar a encontrarse con Dalma, supuestamente para entregarle dinero para un bebé, que Amaya no reconocía como propio (fs. 278 a 279 y vta.), aunque la prueba de histocompatibilidad concluya en contrario y todos los testimonios señalan el embarazo como la causa de la ruptura de la relación por parte de Amaya y que según el propio

Kasinski era una molestia para Amaya, cabe entonces preguntarse cómo es que de pronto le surgió un interés por ayudarlo económicamente a Dalma, y si tal como quedó descartado por la propia contradicción de la defensa haciendo uso del testimonio de la madre de la víctima quedó descartada la supuesta tirantez con la familia, lo más lógico, si tenía buena intención, hubiera sido que alguno de ellos fueran durante el día al domicilio de Dalma a entregarle el dinero - reglas de lógica y sentido común nos indican que fue esa supuesta predisposición, sin lugar a dudas, un pretexto para que Dalma vaya al lugar que finalmente resulto ser emboscada por Kasinsky, quien reconoció que por encargo de Amaya supuestamente debía solo amenazar a la víctima a quien apunto el arma la que quedó descartado que la misma se pudiera haber disparado accidentalmente sin perder de vista que Nelson Kasinsky fue en el moto-vehículo de Amaya, portando un arma que había tomado del domicilio que ambos frecuentaban y que según el mismo Kasinsky, era un arma que todos usaban. Sin ese "pedido" del tío, Kasinsky nunca hubiese ido al lugar y luego de la alevosa ejecución (disparo en el rostro a 5 a 10 cm. con arma larga encontrándose la víctima en una absoluta indefensión) comunicarse inmediatamente con el tío, llamada que quedó demostrada de la pericia realizada. (fs. 239 a 240) y que realizó desde el celular de Dalma, arma que según la pericia balística no era sensible por el contrario el informe balístico da cuenta que el arma requiere fuerza y manipulación (fs. 147 a 151). -

Por lo dicho, en cuanto al alcance de esa responsabilidad es oportuno citar el fallo que dijo que: **"Quien instiga carga con todas las consecuencias que los autores hicieron producir al suceso instigado, aún a título de dolo eventual, puesto que se supone que, en conocimiento de la personalidad de los sujetos elegidos para el hecho, de los modos con que pueden realizarlo, de las víctimas que, eventualmente, pueden estar allí, y de toda otra suerte de dato que le permitan la previsibilidad del decurso de acontecimiento aunque él no co-posea en absoluto el dominio final de la acción, asiente y asume inclusive los hechos más graves que los queridos por él y que ejecuten los coautores.** Por tal razón es que el art. 47 del C.Pen., mediante un léxico jurídico penal estricto, solamente excluye del hecho más grave que el querido al "acusado de complicidad", entre los cuales, como es obvio, no se cuenta el instigador". (Cám. Nac. Crim. Y Corr., sala 1º, 29/11/1989, González Carlos). (Lo resaltado me pertenece).

III. 2) El segundo de los agravios de la recurrente fue considerar la errónea y arbitraria adecuación del derecho y valoración de la prueba al condenar por homicidio simple a 16 años a Nelson Benjamín Kasinsky, descartando la aplicación del art. 80 inc. 11, imputación que había realizado la titular de la acción penal y de la que ejerció su defensa Kasinsky durante el plenario.

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

Sobre este punto, citando expresiones del tribunal a-quo en fs. 423 vta. y 424 y vta. formularé mi posición en contrario:

A fs 424 dijo: “¿Qué debemos entender por violencia de género? es todo acto de discriminación realizada hacia la mujer, me pregunto, creo que no, esto sería muy genérico, ambiguo y peligroso. En la valoración de la prueba del caso que nos ocupa, es de mi apego manifestar que la violencia de género, presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor.(...)” En Argentina, luego de una decena de proyectos de ley para tipificar el femicidio presentados a tramitación legislativa desde el año 2011 (Proyectos de ley n°8729-D-2010, n°8758-D-2010, n°8764-D-2010, n°288-D-2011, n°106-D-2011, n°0712-D-2012, n°0894-D-2012, n° 0957-D-2012, n° 1536-D-2012, n°1524-D-2012 y n°1536-D-2012), la tipificación de la figura del femicidio, aunque el tipo penal no use el término, se aprobó en Argentina en noviembre de 2012. (Toledo Vázquez, Patsili.- 1ª.ed. 1ª. Reimp-Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot,2014) a través de la ley 26.791, promulgada el 11 de diciembre de 2012 y publicada el 14 de diciembre del mismo año.

Esa reforma incluye en la figura del homicidio agravado los incisos 1 y 4, sumado a la incorporación de dos nuevos 11 y 12. Técnicamente, reitero, porque no se empleó esa expresión, el femicidio está comprendido en el inciso 11 (cuando un hombre mata a una mujer, mediando violencia de género). No obstante, en la mayoría de los casos en que se aplica, responde al agravante del inc.1 que habla de cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.

Según el registro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 59% de los femicidios del año 2020 se dieron en contextos de parejas o exparejas, y en un 84 % de los casos, la víctima conocía al sujeto activo, lo que no implica, desde ningún punto de vista, el requerimiento de la existencia de un vínculo sentimental. (<https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>).

La misma defensa en la audiencia reconoció en Kasinsky “una tirantez con Dalma al punto de que se exacerba cuando conoce del embarazo, lo que demostró el móvil para quitarle la vida”.

De modo que decir, como lo hace el tribunal a-quo, que la violencia de género presupone un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación, sin ahondar en los sentidos que implican, ni razones coordinadas, consecuentes y especialmente sustentadas en el derecho, debe desestimarse. Cuando es claro que entre Dalma y Kasinsky si existió una relación como compañeros de escuela que incluso se frecuentaban, reconocida por el mismo imputado y la familia de la víctima°-parágrafos

PODER JUDICIAL
SANTIAGO DEL ESTERO
USO EXCLUSIVO

testimoniales citados *ut-supra*, y que se había extinguido por la relación de Dalma con el tío de aquél. Así también fue claro el enojo de los imputados por lo que entendían como “amenazas” inferidas por la víctima, cuando le reclamaba retomar la relación, y ocuparse del embarazo y del hijo de ambos.

La sentencia en estudio sigue diciendo: “Y que tampoco es femicidio toda manifestación de violencia, de cualquier intensidad, por el solo hecho de haber sido perpetrada contra una mujer, si serán conductas encuadrables en las figuras neutras de lesiones, amenazas, homicidio, etc. según el resultado causado y que están previstas de antemano en el código penal, con lo que entiendo que aún hoy con la vigencia de la ley que contempla el “femicidio” para que la norma cumpla su cometido y satisfaga el reclamo social de sancionar más severamente al que ha cometido el ilícito (...) mencionaré alguna de las definiciones de los legisladores que presentaron la ley “La violencia es constitutiva de toda política de opresión y sirve, en el caso de la opresión de género, para reafirmar la posición de inferioridad sexual y social de las mujeres. No se trata de problemas aislados, de patologías individuales, como muestran las concepciones ideológicas hegemónicas, sino de una cuestión estructural constitutiva de la dominación”. (Lo resaltado me pertenece). Considero aquí la incursión en un error grave, al asimilar al femicidio con otras conductas que entiende en “figuras neutras” – sin explicitar su concepción sobre esa locución- y que existían mucho antes de la modificación del código penal por la ley 26.791. Las lesiones, las amenazas, y otros tipos penales autónomos que se configuren en tipificaciones punibles dentro de un contexto de violencia, y tratando de acercarme a la intención del sentenciante, pueden incluirse en la escalada espiralada de violencia (Femenías, M. Luisa, 2014), frecuente en casos de hechos dentro del ámbito intrafamiliar, pero de ahí a referir a la figura del femicidio, mencionando la “intensidad de violencia”, es cuanto menos ofensivo para las familias de quienes son asesinadas por el hecho de ser mujeres, como fue el caso de Dalma.

Continúa el resolutorio: “Es la confusión a mi criterio en la que caen frecuentemente los titulares de la acción pública, debido al estupor que el delito produce y en el afán de satisfacer equivocadamente el reclamo de la sociedad, cuando solo debemos limitarnos a aplicar las leyes y no reparar el reclamo ajeno al hecho. (...) no todos los casos son femicidios y que únicamente que las muertes que coincidan con la descripción que se realiza en el tipo penal deben ser calificadas de este modo. (...)” (Lo resaltado me pertenece). Este párrafo se escribió desconociendo la existencia de los Protocolos para la investigación y litigio en casos de muertes violentas de mujeres (también existen para personas del colectivo LGBTIQ+ y sus desapariciones), de modo que no se trata de un afán de satisfacción de reclamo social, sino del cumplimiento de

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

pautas previstas dentro del Ministerio Público Fiscal como modo de intervención, según el cual, la premisa es que, ante un caso de estas características la primera hipótesis sobre la que debe investigarse es el femicidio. Coincidió en que no todos los homicidios de varones a mujeres vayan de aquí en adelante a considerarse femicidios: vg. una bala perdida desde el arma disparada por un varón que impacte en una mujer o un accidente de tránsito de un hombre embistente que provoca la muerte de una mujer.

Finalmente preciso citar la siguiente expresión: *“También sabemos que para que se de el femicidio de haber un plus que no esté presente en las restantes agravantes. Tal plus consiste en el brutal desprecio de la dignidad de la mujer. En el presente caso no ha quedado acreditado por medios fehacientes que antes de la muerte de Dalma haya tenido daño físico o psicológico, ya que contado por los propios testigos de la fiscalía a la postre parientes de la víctima (...) nunca vieron ni que Kasinsky ni el propio Amaya hayan realizado actos de violencia física o psíquica sobre la persona de la víctima.(...)”* (Lo resaltado me pertenece) Efectivamente en este agravante hay un plus, y es la violencia de género psicológica que me he referido en extenso.

Entiendo el meollo de la cuestión que merece clarificarse, por la presencia de lo que, en dogmática jurídica, se conoce como derecho penal en blanco.

“Las normas o leyes penales en blanco son “preceptos pena/es principales” que contienen la sanción o consecuencia jurídica pero no expresan íntegramente el supuesto de hecho o conducta delictiva, pues el legislador para tales efectos, se remite a normas no penales del mismo o inferior rango, a otras leyes, reglamentos o actos de la Administración.

Estas normas representan un instrumento necesario para evitar la “petrificación” o “anquilosamiento” de la ley, pues su razón de ser radica en la existencia de supuestos de hecho estrechamente relacionados con otras ramas del ordenamiento en las que la actividad legislativa es incesante debido al “carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de regulación”.

Dado que su aplicación puede implicar una clara infracción del principio de legalidad, la seguridad jurídica y la división de poderes, la ley ha de precisar con detenimiento las autoridades que deben “rellenar” el precepto en blanco y las características de este proceso, dejando suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta o el “núcleo esencial de la prohibición” que se emitirá”. (Souto, Miguel Abel Souto. “Las leyes penales en blanco”: Ed. Dialnet, ps. 13-30)

Entonces hay que recurrir a normas existentes en nuestro país, y que tienen el mismo rango que la ley 11.179 y sus modificatorias. La primera es la ley 26.485, del año

2009, es decir previa a la ley 26.791 que definió justamente el concepto de violencia contra la mujer al decir en su artículo 4to: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda **conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida**, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.” Resalto lo que considero aplicable al caso en análisis

Por su parte, la Ley 26.743 promulgada el 23 de mayo de 2012, determinó en su artículo 2 el concepto de identidad de género como “...**la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo**.. Aquí estamos ante una mujer heterosexual adolescente, de zona rural, por ende con más limitaciones al acceso a la información y a la formación, sin embargo se desempeñaba como una estudiante ejemplar según dichos de su hermana y que, inició una relación sentimental que quería preservar, como quedó demostrado de las testimoniales transcritas. A pesar de su corta edad, estaba decidida a continuar con el embarazo, y se opuso firmemente a la decisión de Amaya de interrumpir la gestación con un aborto, otra forma de ejercer violencia psicológica por parte de su ex pareja, quien incluso reconoció que “*ella [l] me quería mucho(...)*” (fs. 278 a 279 vta.).

En el plano jurisprudencial, l 15 de julio de 2016 el Tribunal Oral en los Criminal N°9 de la Capital Federal encontró a Jorge Néstor Mangeri culpable de los delitos de femicidio y abuso sexual de ángeles Rawson por lo que fue condenado a cadena perpetua. El condenado apeló y casi un año después, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal confirmó la sentencia de condena.

Con los votos de los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Luis Fernando Niño, la Cámara Nacional de Casación confirmó la sentencia del Tribunal y sostuvo que se trataba de un caso de femicidio. Así sostuvo que “la figura cuestionada no exige los elementos apuntados por la defensa” dado que “[l]a interpretación literal del texto del art. 80 inc. 11°, CP así lo indica”. Argumentó que el art. 80 inc. 11° del Código Penal exige “que el autor debe ser un hombre, la víctima una mujer y debe mediar violencia de género, que es el elemento normativo que quizás exige mayores esfuerzos interpretativos.

Con lo hasta aquí expuesto, queda claro que la modificación del art. 80 del

CÁMARA DE APELACIONES Y CONTROL TRIBUNAL DE ALZADA EN LO PENAL

Código Penal constituyó una política pública tendiente a visualizar normativamente la problemática de la violencia de género y en particular de sancionar aquellas conductas (homicidios calificados) que tienen en la mayoría de los casos, a las mujeres como sujetos pasivos, quienes integran un colectivo en desventaja; como la que vivió Dalma, al ser citada mediante engaño a un lugar del campo, sin viviendas, en medio de la noche de invierno, acudiendo sola y que, en lugar de verse con Daniel Amaya, quien había pautado ese encuentro telefónicamente, recibió de manos de Nelson Kasinsky, a menos de 10 centímetros, un certero disparo en la cara con un arma larga, calibre 22, que le provocó la muerte en el acto.

La conclusión del tribunal a-quo denota un claro desconocimiento en la materia y la falta de perspectiva del género, Invisibilizando la violencia, que por imperio de la ley Micaela, obliga a funcionarios, magistrados y empleados de todos los Poderes del Estado, a su capacitación y formación permanente.

Entiendo esto, sin lugar a dudas, como un brutal desprecio a la mujer, como refirió el sentenciante –aunque arribando a otra conclusión- y cuyas pruebas aquí exhaustivamente citadas, me llevan a concluir sin lugar a dudas, en la responsabilidad delictiva de Nelson Benjamín Kasinsky como autor del delito de homicidio agravado (art. 80 inc. 11 del Cód.Penal) y en tal sentido debe condenarse.

IV) Por las consideraciones vertidas,

VOTO: 1º) HACER LUGAR al Recurso de Alzada incoado por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia **CONDENAR** a **DANIEL ALEJANDRO AMAYA** por el delito de homicidio doblemente calificado en grado de instigador en perjuicio de Dalma Itati Barreto (arts. 80 inc. 1 y 11 y 45 del código Penal) a la pena de prisión perpetua y **CONDENAR** a **NELSON BENJAMÍN KASINSKY** por resultar autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado (art. 80 inc. 11 del Código Penal) hecho perpetrado en perjuicio de Dalma Itati Barreto a la pena de prisión perpetua.

LA Dra. OLGA ESTELA GAY DE CASTELLANOS dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto que antecede y me pronuncio en el mismo sentido.-

EL Dr. LUIS EDUARDO LUGONES dijo:

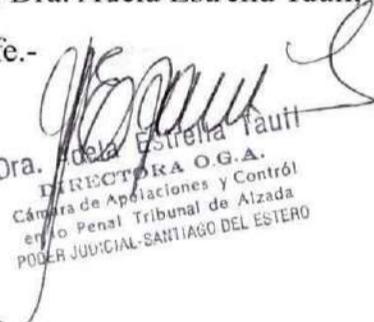
Voto en igual sentido que los colegas que me han precedido por compartir los fundamentos vertidos.-

Conforme lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo suscripto precedentemente el Tribunal:

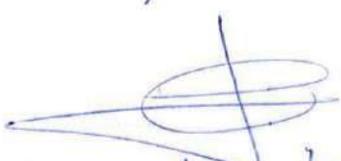
RESUELVEN:

1º) HACER LUGAR al Recurso de Alzada incoado por el Ministerio Público Fiscal y en consecuencia **CONDENAR** a **DANIEL ALEJANDRO AMAYA** por el delito de homicidio doblemente calificado en grado de instigador en perjuicio de Dalma Itati Barreto (arts. 80 inc. 1 y 11 y 45 del código Penal) a la pena de prisión perpetua y **CONDENAR** a **NELSON BENJAMÍN KASINSKY** por resultar autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado (art. 80 inc. 11 del Código Penal) hecho perpetrado en perjuicio de Dalma Itati Barreto a la pena de prisión perpetua.

2º) Hágase saber, agréguese en autos copia autenticada de la presente cuyo original se archivará por ante la O.G.A., y, oportunamente, bajen al juzgado de origen a sus efectos. Fdo. Dres. Raul Romero, Olga Estela Gay de Castellanos y Luis Eduardo Lugones. Ante mi, Dra. Adela Estrella Tauti, Directora de la O.G.A.. Es copia fiel de su original, doy fe.-


Dra. Adela Estrella Tauti
DIRECTORA O.G.A.
Cámara de Apelaciones y Contról
en lo Penal Tribunal de Alzada
PODER JUDICIAL-SANTIAGO DEL ESTERO

En Fecha 10 de Agosto del 2021, dejo constancia que notifique via WhatsApp al Dr. Cejas Escalada de la resolución que antecede.-


En fecha 10 de Agosto del 2021, dejo constancia que notifique via WhatsApp al Dr. Tolosa Gabriel de la resolución que antecede.-
