



“Homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa; valoración de la prueba”

“Nota a fallo”

Alumno: Emilio Roberto Méndez Cuello

Legajo: ABG3668

DNI: 28.272.032

Temática: Cuestiones de género

Tutor: Carlos Isidro Bustos

Año: 2021

Fallo: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “M, N. E. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa – Recurso de Casación”, de fecha 14 de marzo de 2018

Sumario

I. Introducción. – II. Aspectos procesales. a). Reconstrucción de la premisa fáctica b). Reconstrucción de la historia procesal c). Reconstrucción de la decisión del tribunal. – III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi en la sentencia. – IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. – V. Postura del autor. –VI. Conclusión. – VII. Referencias. 1. Doctrina. 2. Legislación. 3. Jurisprudencia.

I. Introducción

La tentativa se encuentra prevista en nuestro Código Penal en el artículo 42 que establece: “el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44. La tentativa se concibe como el inicio de un delito que no llega a realizarse. Se forma por los hechos materiales destinados a la realización del acto delictuoso, de modo tal que no se produzca. Este grado de comienzo de ejecución queda incompleto por causas ajenas a la voluntad del sujeto, pero denota la voluntad delictiva y por ende, se castiga.

El fallo escogido para trabajar corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, caratulado “M, N. E. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa – Recurso de Casación”, sentencia del 14 de marzo del 2018. El mismo se encuentra firme y está publicado en la página del Poder Judicial de la provincia de Córdoba. El fallo trata sobre la tentativa de homicidio a una mujer por parte de su expareja y sobre cuestiones de género.

El fallo bajo análisis presenta un problema jurídico de prueba, donde los impugnantes cuestionan la fundamentación probatoria del fallo, alegando que no existen pruebas que corroboren los dichos de la denunciante para tener por configurada la violencia de género y para desestimar la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación invocadas por la defensa. Sin embargo, la defensa del imputado no aportó las pruebas necesarias para revertir la decisión que ataca, por tal motivo el Tribunal desestimó de plano la concurrencia de circunstancias extraordinarias que pretendía el mismo.

Los problemas de prueba afectan a la premisa fáctica y consisten en la imposibilidad de establecer, más allá de toda duda razonable, que determinados hechos han acontecido. Son situaciones en que existe

desconocimiento o conocimiento incompleto de los hechos relevantes o bien, situaciones en las que, a pesar de conocer los hechos del caso individual, éstos no pueden acreditarse jurídicamente por no alcanzar las mínimas condiciones legales. (Zorrilla, 2010, pág. 36)

II. Aspectos Procesales

a. Reconstrucción de la premisa fáctica

El vínculo entre el imputado y la víctima siempre estuvo signado por la violencia de género, evidenciándose a través de reiterados maltratos, excesivos controles sobre su persona, controlaba su vestimenta, si se pintaba o no, que ropa interior usaba, la fecha de su menstruación, celos desmedidos, no le permitía el uso de su teléfono celular, juntarse con amigas, ni salir sola a la vía pública y hasta amenazas de muerte ante la posible decisión de la víctima de separarse definitivamente de él tales como, “que nunca le dijera que lo iba a dejar porque no sabía cómo iba a reaccionar, que iba a quedar en silla de ruedas y que no iba a servir como mujer para nadie, que su vagina no le iba a servir ni siquiera para orinar” o bien, “si no sos mía no sos de nadie”.

Igualmente, consideró que dichos malos tratos físicos y psicológicos, no cesaron ni siquiera cuando S. tomó la decisión de separarse y dejar de convivir con el imputado a raíz de las agresiones de que era víctima, pues M. no la dejaba vivir tranquila, la perseguía a todos lados, ingresaba al domicilio que ella había alquilado para vivir junto a sus hijos, como si fuera el dueño de la casa y sin permiso.

b. Reconstrucción de la historia procesal

Por Sentencia n° 81, del 8 de octubre del año 2015, la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Villa María, actuando como Tribunal Colegiado con la integración de Jurados Populares, resolvió, por mayoría: “Declarar a N. E. M autor responsable de homicidio doblemente calificado en grado de tentativa, en los términos de los arts. 45, 42, 80 inc. 1, 3er. supuesto e inc. 11 del CP, e imponerle la pena de 13 años de prisión, accesorias de ley y costas.

El Dr. M.G, en su condición de defensor del imputado N. E. M, interpone el presente recurso de casación denunciando inobservancia de las reglas de la sana crítica racional en la valoración probatoria.

En primer lugar, plantea que en los presentes actuados no se encuentra debidamente acreditada la violencia de género, alegando que no se ha probado daño físico o psicológico ni de ninguna índole en la víctima con anterioridad al presente

hecho. Por el contrario, destaca que sí se encuentra comprobado que el imputado actuó mediando circunstancias extraordinarias de atenuación, que hacía procedente la aplicación del art. 80 inc. 1° último párrafo del CP. En la misma línea, alega que no existió un claro designio del imputado de dar muerte a su mujer, que no hubo un plan ni pre ordenó su conducta a tales efectos, sino que no pudo en el momento del hecho controlar plenamente sus emociones y reaccionó de manera violenta. En virtud de ello, requiere la nulidad de la sentencia y el cambio de calificación a homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa (art. 80 último párrafo, en función del inc. 1° del CP), con la consecuente disminución de la pena.

c. Reconstrucción de la decisión del Tribunal

El Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal resolvió: rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. M. G., en su condición de defensor del imputado N. E. M., en contra de la sentencia número ochenta y uno, del ocho de octubre de dos mil quince, dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Villa María.

III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi de la sentencia

Viene al caso recordar, tratándose de un caso en donde se discute la verificación de violencia de género, los lineamientos expuestos recientemente en los fallos “Trucco” (S. n° 140, 15/4/2016) y “Ferreyra” (S. n° 267, 22/6/2016) de esta Sala.

En tales precedentes, se señaló que el conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones de los organismos supranacionales competentes), emerge el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer. La violencia a la que refieren estos instrumentos jurídicos internacionales, tiene como rasgo identitario central el de configurar una manifestación de la discriminación por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer “porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”.

Asimismo, se sostuvo que la circunstancia que autor y víctima se encuentren vinculados por una relación interpersonal (pareja, ex pareja, noviazgos), presenta la violencia familiar como un caso sospechoso de violencia de género, ésta demanda de la subsunción convencional. La subsunción típica del hecho, es el presupuesto necesario para abordar la subsunción convencional.

Y se advirtió que todo caso sospechoso, debe ser investigado en lo atinente al contexto para descartar o confirmar si se trata de violencia de género, porque los estados que han suscripto la Convención CEDAW y Belem do Pará están obligados a proceder con la diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar actos de violencia por motivos de género. Ante un “caso sospechoso” de violencia de género, como lo son los de violencia doméstica, la debida diligencia no se agota en la investigación acerca de si el hecho se subsume en un tipo penal, sino que se debe indagar el contexto relevante convencionalmente acerca de la vinculación superior/inferior de autor y víctima, a través de pruebas adecuadas y sin incurrir en una valoración y utilización estereotipada y sesgada de la misma. Esta es una carga del acusador público, *ex officio*.

En relación a este punto, surge evidente de las constancias de autos el contexto de agresiones que tuvieron como correlato un maltrato psicológico y físico previo, reiterado y dirigido a la víctima por su condición de mujer, tendiente a subordinar su voluntad o a impedirle el ejercicio de una vida libre de violencia.

Ese contexto de violencia –vale destacar– no sólo fue descrito por la víctima sino que también fue corroborado por diversos testigos a quienes ella confió sus padecimientos, o bien presenciaron las agresiones, hostigamientos y amenazas de que era objeto por parte del imputado. Así, la testigo S. F., a más de haber presenciado el gravísimo hecho aquí investigado -el cual no es cuestionado por el imputado-, relató haber oído en diversas oportunidades las amenazas de que era víctima la señora S. por parte de M -“...*si no volves conmigo te voy a matar*”.

De lo analizado precedentemente, resulta indudable -tal como sostuvo el a quo- que el supuesto de autos involucra una problemática de género, porque del contexto surgen claras manifestaciones del imputado –a las que ya se hizo referencia- que evidencian no solo que su esposa era para él una cosa, de quien podía disponer como deseaba, sin tomar en cuenta que era una persona con derechos, con opiniones, que podía tomar decisiones aunque a él no le gustaran hasta que finalmente hizo todo lo posible para matarla, justo en el momento en que la mujer le dijera terminantemente que la relación entre ellos estaba terminada.

Frente a tales evidencias, carece de dirimencia la ausencia de testigos presenciales de otras situaciones de malos tratos físicos, o bien que no existan informes psiquiátricos, psicológicos o médicos. En virtud de todo lo manifestado, resulta evidente que el impugnante ha construido sus críticas dejando de lado este contexto de violencia

en que se hallaba inmersa la damnificada y soslayando también las consideraciones efectuadas por el *a quo* para descartar la postura defensiva de M.

Conforme lo expuesto, habiéndose demostrado que el Tribunal fundó debidamente la concurrencia de la calificante prevista en el art. 80 inc. 11° del CP, corresponde desestimar de plano la concurrencia de circunstancias extraordinarias que pretende la defensa. Conforme lo expuesto y doctrina judicial citada, no cabe más que concluir que la condena ha sido debidamente fundada.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

En lo relativo a cuestiones de género en el derecho argentino encuentra su reconocimiento en la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres y en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que incorpora los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos destacamos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém do Pará). Con los nombrados mecanismos jurídicos se busca garantizar que en casos donde las mujeres sean víctimas de violencia de género los jueces juzguen aplicando la perspectiva de género.

Los hechos del caso deben ser considerados a la luz de una mirada normativa que imponen de cierta sensibilidad al momento de analizar sucesos que involucren violencia de género. Entre ellos se encuentran la ley de protección integral contra la mujer 26.485 y la aplicación de la Convención de Belén do Pará. Como lo sostiene Gastaldi y Pezzano (2021) la exigencia de aplicar la perspectiva de género en el derecho y particularmente en la actividad judicial, implica incorporar valoraciones políticas, morales o ideológicas al derecho. Ninni (2021) expresa que si lo que se pretende es garantizar el derecho a la igualdad y la búsqueda de soluciones más justas, se debe aplicar la perspectiva de género en la argumentación de las sentencias. En el mismo sentido Grafeuille (2021) sostiene que es indispensable que los magistrados procedan a introducir la perspectiva de género en sus pronunciamientos, formulando un abordaje que atiende al Estado de desigualdad real en que se hallan sumidos quienes transitan existencias vinculadas a la feminidad. Como lo expresa Poggi (2018) en la literatura no encontramos una noción unitaria y clara de violencia de género, pero de acuerdo a uno de los conceptos más divulgados, la violencia de género es aquella dirigida contra una mujer por el solo hecho de ser mujer.

Destacando el concepto central que rodea el caso sobre el homicidio en grado de tentativa agravada por el vínculo, Murillo (2009), sostiene que, desde la perspectiva de la teoría de la unidad, los casos en que no llega a darse lugar a lesiones consumadas carecen de problemas, ya que en ellos solo se parecía la tentativa de homicidio, aun cuando se trate de tentativa de lesiones cualificadas. En todo caso, la tentativa de lesiones queda desplazada por la tentativa de homicidio según el criterio de subsidiariedad.

Siguiendo con los puntos centrales de la sentencia destacamos el concepto de víctima. “La víctima es la persona que padece un sufrimiento físico, psicológico y social a consecuencia de la violencia de una conducta agresiva antisocial” (Alegre & Sala, 2016, pág. 69). Sin dejar de lado que los derechos precedentemente aludido, los cuales encuentran respaldo en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) y en la ley 26,485 de Protección Integral a las mujeres. Serrentino (2021) expresa que tanto el marco normativo internacional de los derechos humanos como el nacional reconocen el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias. La Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer formó el primer instrumento de derechos humanos dedicado exclusivamente a la defensa y promoción de los derechos de las mujeres.

Los sucesos de violencia contra la mujer, que se investigan en sede penal, son aquellos definidos en el art. 2° de la Convención de Belém do Pará, y en el art. 5° de la ley argentina 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, normas que se dan por reproducidas en honor a la brevedad. (Lanzilotta, 2020, pág. 1)

Nocerez (2019) manifiesta que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) en su art. 1 define que se entiende por discriminación contra las mujeres a la violencia de género, ya que impide que las mujeres gocen, igual que los hombres, de sus derechos humanos y que el Estado argentino ratificó la convención. Por lo tanto, cualquier incumplimiento de las obligaciones que de allí emergen podría acarrear responsabilidad internacional.

La jurisprudencia ha marcado una tendencia evolutiva en materia de género, como es el caso de lo dispuesto por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de

Morón, Sala II, caratulado “C. P. M. c/ R. P. G. C. s/ Cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, de fecha 20 de octubre de 2020, en la cual, el Tribunal fallo con perspectiva de género dado que la mujer fue víctima de violencia de género por parte de su ex pareja. En el mismo sentido la Cámara Penal N° 2 de la provincia de Jujuy, en la causa caratulada “M., C. R.: Homicidio agravado por el vínculo y de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. ciudad”, fecha 16 de diciembre de 2019, los magistrados fundaron su sentencia con perspectiva de género al condenar al imputado C. R. M., a cumplir la pena de prisión perpetua por resultar autor material del delito de homicidio calificado por el vínculo.

V. Postura del autor

Estoy de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia al rechazar el recurso de casación y revocar la sentencia para arribar a dicha decisión los magistrados fundaron su sentencia con perspectiva de género, teniendo en cuenta la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belén do Pará y leyes análogas creadas para proteger a las mujeres que son víctimas de violencia de género.

Para ello, el tribunal fundó su sentencia con perspectiva de género tal como lo exige la Convención de Belén do Pará en su artículo 1 al expresar que: “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. En el mismo sentido lo expresa el artículo 4 de la ley 26.485 que establece:

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.

Sin embargo, las decisiones de los jueces tienen un impacto individual y colectivo que repercuten en la vida de las personas por lo que es fundamental que se garantice la igualdad ante la ley fundando sus sentencias con perspectiva de género para lograr un verdadero Estado de Derecho. Se habla sobre la perspectiva de género, pero en

lo que respecta a los magistrados resulta fundamental ya que los mismos deben aplicar tales conceptos a la hora de fundar su sentencia.

Para logra con dicha finalidad entiendo que es fundamental y prioritario que los funcionarios encargados de administrar justicia se capaciten para poder incorporar los conocimientos necesarios y que los mismos se vean reflejados en sus sentencias. Éste es el camino para lograr que realmente se juzgue con perspectiva de género, para cumplir con la finalidad del derecho a la igualdad y subsanar situaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, funcionando el derecho como una herramienta liberadora que haga posible que las personas vivan en un plano de igualdad.

Estoy convencido de que la protección que los magistrados reciben de parte de los encargados de administrar justicia es fundamental para facilitar su decisión de abandonar una situación de violencia. Son los jueces los que hablan por medio de sus sentencias, pero lo tienen que hacer con perspectiva de género.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer es clara es su artículo 1 al establecer “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por cuanto lo que se busca con dichos mecanismos nombrados precedentemente es eliminar la violencia contra las mujeres de los ámbitos donde desarrollen sus actividades sean públicas o privadas.

Por lo expuesto deviene fundamental destacar que la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva también de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional, que reconocen a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia y discriminación tal como se resolvió en la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional Capital Federal caratulada “D., L. A. s/ causa N° 41112/2018/TO1/3/CNC3”, de fecha 10 de diciembre 2020.

VI. Conclusión

En la presente nota a fallo hemos analizado los argumentos principales de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal caratulada “M, N. E. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa – Recurso de Casación”,

de fecha 14 de marzo del 2018. Los magistrados hicieron hincapié en el derecho a la mujer fundando su sentencia con perspectiva de género, teniendo en cuenta la Convención de Belén do Pará y la ley 26.485 de Protección Integral a las mujeres.

En la sentencia el Tribunal hizo foco en el problema jurídico de prueba, dado que los impugnantes cuestionaron la fundamentación probatoria del fallo, alegando que no existen pruebas que corroboren los dichos de la denunciante para tener por configurada la violencia de género y para desestimar la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación invocadas por la defensa. Sin embargo, la defensa del imputado no aportó las pruebas necesarias para revertir la decisión que pretende atacar. En consecuencia, el Tribunal resolvió el problema jurídico del caso al desestimar de pleno la concurrencia de circunstancias extraordinarias que pretendía la defensa del imputado en autos.

VII. Referencias

1. Doctrina

- Alegre, J. R., & Sala, A. R. (2016). *Código Procesal Penal de la Provincia de Formosa. Comentado y Explicado*. Resistencia, Chaco: ConTexto.
- Gastaldi, P., & Pezzano, S. (2021). Juzgar con perspectiva de género "Desigualdad por razones de género" como propiedad relevante en la toma de decisiones judiciales. *Revista Argumentos*, 38.
- Grafeuille, C. E. (2021). La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial. *Thomson Reuters - La Ley Online*, 3.
- Lanzilotta, S. (2020). Suspensión del proceso a prueba en casos de violencia de género. *Thomson Reuters - La Ley Online*, 1.
- Murillo, J. L. (2009). La tentativa de homicidio con consumación de lesiones. *Doctrina - Revista Penal*, 4.
- Ninni, L. (2021). Juzgar con perspectiva de género. *Tomshon Reuters - La Ley Online*, 1-3.
- Nocerez, F. (2019). Mujeres que se defienden y sistema penal: ¿Una relación con perspectiva de género? *Thomson Reuters - La Ley Online*, 1
- Poggi, F. (10 de Diciembre de 2018). *Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el derecho*. Obtenido de Google: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/99650/1/DOXA_42_12.pdf

Serrentino, G. (2021). La reciprocidad en las medidas de protección en las denuncia por violencia de género: una mala práctica judicial sin perspectiva de género. *Thomson Reuters - La Ley Online*, 1.

Zorrilla, D. M. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. Madrid: Marcial Pons, Ciencias Jurídicas y Sociales, S.A.

2. Legislación

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belén do Para”, adoptada el 9 de junio de 1994, Vol. A-61.

Ley N° 26485. Ley de Protección Integral a las Mujeres, B.O. del 20/07/2010

Constitución Nacional Argentina (Const. Nac. Reformada 1994).

3. Jurisprudencia

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, “M, N. E. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo en grado de tentativa – Recurso de Casación”, Sentencia del 14 de marzo de 2018.

Tribunal en lo Criminal N° 2 Excma. Cámara Penal, Sala II de la provincia de Jujuy, “M., C. R.: Homicidio agravado por el vínculo y de una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. ciudad”, sentencia del 16 de diciembre de 2019. Recuperado de: <https://www.justiciajujuy.gov.ar/index.php/barra-superior/10-interna/1091-sentencias-perspectiva-de-genero-om>.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional Capital Federal, “D., L. A. s/ causa N° 41112/2018/TO1/3/CNC3, sentencia del 10 de marzo de 2020. Recuperado de: Id SAIJ: FA20810001.

CApel.CC de Morón, Sala II “C. P. M. c/ R. P. G. C. s/ Cumplimiento de contratos civiles/comerciales”, sentencia del 20 de octubre de 2020. Disponible en: *LA LEY ONLINE*.