



“DECONSTRUYENDO LA JUSTICIA FRENTE AL CAMBIO DE PARADIGMA”

Nota a fallo:

“Malicho, Noemí Susana y otro p.ss.aa. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-”

(Tribunal Superior de Justicia de Córdoba)

Alumno: Franco D. Troncoso

D.N.I. Nro.: 33.537.995

Legajo: VABG37374

Materia: Seminario Final de Abogacía

Temática: Perspectiva de género

Tutora: Mirna Lozano Bosch

Universidad Siglo 21

Año 2021

Sumario. I. Introducción. II. Premisa fáctica e historia procesal. III. Ratio Decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. V. Consideraciones del autor. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción.

Teniendo en cuenta el surgimiento de una nueva conciencia colectiva en cuestiones de perspectiva de género, no cabe dudas que nos enfrentamos a un cambio de paradigma a nivel político, social y cultural.

Si bien hablar de igualdad de género en el Derecho no es algo reciente, ya que la última reforma Constitucional que tuvo lugar en el año 1994 introdujo cambios significativos en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la igualdad entre varones y mujeres, como así también la suscripción de nuestro país a los tratados internacionales sobre cuestiones de género, es incuestionable que en la actualidad como sociedad estamos logrando romper con las cadenas de una cultura estereotipada, retrógrada y cargada de prejuicios, que venía instaurada desde hace años.

En efecto, se hace cada vez más evidente la necesidad de estar preparados y contar con las herramientas necesarias para poder afrontar este nuevo cambio de perspectiva tan necesario como esencial, comprometiéndonos a erradicar de una vez por todas las relaciones de poder históricamente desiguales.

Por tal motivo, el análisis del presente fallo resulta de suma importancia, dado que a través del mismo podremos observar lo fundamental que es considerar tanto las circunstancias fácticas como la ponderación de la prueba, desde una perspectiva de género dentro del proceso, tarea que deberá ser tenida en cuenta por todos los operadores judiciales, pero por sobre todo por quienes tienen la gran responsabilidad de impartir justicia, a saber, los jueces.

Ahora bien, el caso en cuestión nos plantea una problemática jurídica sobre todo de tipo axiológica, entre otras, ya que como veremos más adelante, existe una discrepancia de tipo valorativo entre la Sentencia dictada por la Cámara Criminal Correccional de Córdoba,

y lo considerado y resuelto por el Tribunal Superior de Justicia conforme la impugnación planteada.

De esta manera, podemos dilucidar que estamos frente a una laguna axiológica.

Para Alchourrón y Bulygin, este tipo de lagunas ocurre en aquellos casos en los que el juez considera que ciertos aspectos del caso concreto son lo suficientemente relevantes como para ameritar una norma específica y que, si la autoridad normativa hubiere considerado esos mismos aspectos, hubiera brindado otras alternativas a la norma general. En pocas palabras, este tipo de lagunas supone la existencia de una propiedad relevante para el caso en cuestión que, sin embargo, es irrelevante para el sistema considerado. (ALCHOURRÓN, 1995).

Vale aclarar, si bien la controversia que se suscita en el presente fallo surgió con motivo de los recursos de casación interpuestos por la defensa de ambos imputados en contra de la Sentencia dictada por la Cámara Criminal y Correccional de Sexta Nominación de Córdoba, a los fines de abordar la temática principal nos concentraremos en el planteo efectuado como invocación del motivo formal de casación, por la asesora letrada de 29° turno, doctora Alfonsina Muñiz. a favor de la imputada Noemí Susana Malicho.

II. Premisa fáctica e historia procesal.

Con fecha veinticinco de agosto de dos mil diecisiete la Cámara Criminal Correccional de Córdoba resolvió declarar a Luis Alberto Moyano y a Noemí Susana Malicho, como coautores responsables del delito de homicidio calificado por el vínculo (arts. 45, 80 inc. 1° segundo supuesto del C. Penal) imponiéndoles la pena de prisión perpetua.

A los nombrados se les atribuyó la comisión del siguiente hecho:

Aproximadamente entre comienzos del mes de septiembre de dos mil quince y el treinta y uno de enero de dos mil dieciséis, presumiblemente en el interior de la vivienda donde convivían los encartados, Luis Alberto Moyano junto a Susana Noemí Malicho y los hijos de ésta, MTMZ y JSM (de 10 y 2 años de edad respectivamente), en reiteradas oportunidades el imputado Luis Alberto Moyano ejerció sobre el menor JSM malos tratos físicos, presumiblemente consistente en traumatismos provocados por elementos contundentes, mientras que la encartada Susana Noemí Malicho progenitora del menor,

consintió tácitamente tal proceder de Moyano, omitiendo ejercer las obligaciones de protección y cuidado que le son propias derivadas de la patria potestad, posibilitando con su accionar que los castigos y malos tratos se consumaran y prolongaran en el tiempo. A consecuencia de lo precedentemente relatado con fecha 31/01/16, el menor JSM ingresó inconsciente y en estado grave al Hospital Infantil de esta ciudad de Córdoba, falleciendo posteriormente en dicho nosocomio a causa de las lesiones que presentaba, constatándose el óbito con fecha 01/02/16, siendo la causa eficiente de su muerte el traumatismo encéfalo craneano que presentaba (Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación de Córdoba, Resolución n° 46, 2017).

En efecto, la Dra. Muñiz en contra de lo resuelto por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Córdoba, interpuso el correspondiente recurso de casación.

La pretensión de la defensa de Malicho se basó centralmente en que la imputada era víctima de violencia de género y que el tribunal en el fallo cometió errores en la fundamentación porque se ponderó las pruebas sin perspectiva de género, lo que condujo al resultado de la pena aplicada.

A los fines de fundamentar la impugnación realizada, la letrada detalló una serie de contenidos probatorios que a su entender no fueron valorados como corresponde al momento de ser analizados por el Tribunal, siendo desestimados de una manera totalmente arbitraria e incurriendo en vicios que indudablemente acarrearán la nulidad de la sentencia.

Concluye su presentación cuestionando que se haya aplicado erróneamente la ley sustantiva en lo que concierne a la calificación legal, considerando que la conducta de su defendida debió configurarse en la de homicidio calificado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación e introduce las pruebas, que si bien fueron enumeradas por el tribunal, las mismas fueron menospreciadas de tal forma que condicionaron el resultado final de la resolución dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación de Córdoba.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia habiendo analizado lo planteado, consideró que la hipótesis defensiva de Malicho de que estaba inmersa en un contexto de violencia de género no podía ser descartada, como lo hizo el a quo y que el mismo arribó a esa conclusión, soslayando un conjunto de elementos probatorios que no fueron debidamente valorados por el Tribunal.

A su vez señaló que en el fallo se han cometido errores en la fundamentación, porque se han ponderado las pruebas sin perspectiva de género, lo que ha conducido a negar la existencia de la violencia de género, agregando que se han utilizado generalizaciones no aplicables al caso individual y se han soslayado otras generalizaciones propias de los aportes epistemológicos que proporciona aquella. (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Resolución N° 69, 2021)

Finalmente, El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba hizo lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Dra. Alfonsina Muñiz a favor de Noemí Susana Malicho, anuló parcialmente la sentencia dictada por la Cámara Criminal y Correccional de Sexta Nominación de Córdoba y declaró a la encartada coautora por omisión impropia de homicidio calificado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación.

III. Ratio Decidendi.

El Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, presidido por la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati, consideró que los casos donde la mujer alega en su defensa haber sido víctima de violencia de género, si bien la victimización de la mujer no siempre opera como una eximente de responsabilidad para quien la padece, no puede soslayarse su consideración.

Sostuvo que, en tal situación, debe tratarse tal cuestión conforme los estándares convencionales que requieren la actuación con debida diligencia, la amplitud probatoria, la valoración de la prueba con perspectiva de género y, en forma común con cualquier acusado/a, el principio in dubio.

De este modo, la señora Vocal Dra. Aida Tarditti, entendió que los cuestionamientos por parte de la recurrente se montan sobre criterios jurisprudenciales que han sido correctamente identificados y que ha pretendido mostrar que las pruebas omitidas impidieron identificar un caso donde el contexto de violencia de género, que no ha sido correctamente sopesado por el tribunal, debería inclinar la calificación legal del hecho hacia el tipo del

homicidio contenido en el art. 80, último párrafo del Código Penal, esto es: homicidio bajo circunstancias extraordinarias de atenuación.

En efecto, la magistrada contemplando esa posibilidad y habiendo realizado una breve referencia a los estándares antes mencionados, manifestó que Malicho obró con una magnitud de culpabilidad disminuida, ya que no podía desempeñar su rol de protección más intensamente por estar sumergida en un contexto de violencia de género y de violencia intrafamiliar en contra de sus hijos.

Asimismo, agregó que este contexto de violencia recortó la autonomía de Malicho y que vivenció una disminución de la capacidad individual de evitación de los riesgos que corría su hijo debido al maltrato intencional de su pareja. En la misma línea, reparó en que, este contexto externo y no imputable, porque todo el grupo familiar fue victimizado y aislado de las ayudas familiares que le permitieron sostener a sus hijos, se ensambló con una personalidad particularmente lábil para la dominación, que estrechó más aún sus posibilidades del afrontamiento de la pareja y de encontrar alternativas existenciales.

Finalmente, concluyó que la justificación fáctica de la condena de Malicho, en fin, no ha descartado suficientemente su posición exculpatoria, razón por la cual debe ser anulada y votó de manera afirmativa en relación con esa cuestión, siendo el voto adherido en igual sentido por los Vocales doctor Sebastián López Peña y doctora María Marta Cáceres de Bollati.

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

La violencia de género ha sido definida en varios documentos internacionales y en leyes y reglamentaciones locales. Por ejemplo, la Organización de las Naciones Unidas mediante Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993 conceptualizó, de cierta forma, a la violencia de género definiéndola como:

todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la

libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (Asamblea General de la ONU, Resolución 48/104, 1993, p. 2).

Por su parte, la Convención de Belém do Pará en su artículo segundo reafirma que “la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica” (Convención de Belém do Pará, 1994).

A su vez, en nuestro país, el artículo 4° de la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres la define como toda conducta, sea por acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, y 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 (Ley de Protección Integral a las Mujeres, 2009).

En otras palabras, la violencia de género se basa centralmente en “toda privación o menoscabo de sus derechos humanos, por su condición femenina” (Medina, 2021).

Por otro lado, es dable que existan estereotipos de género que se filtran en la recolección y valoración de la prueba, condicionando el análisis dogmático de la teoría del delito. Al respecto, Hopp señala que las imágenes de buena madre, buena esposa y buena mujer configuran idealizaciones que amplían el ámbito de persecución penal contra las mujeres de manera desproporcionada y discriminatoria, exigiendo conductas que las mujeres no pueden cumplir (Herrera, Fernández, & Torre, 2020).

En tal sentido, podríamos hacer referencia a los “delitos de estatus”, siendo aquellos que se vinculan con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad (Maqueda Abreu, 2014).

En los delitos de estatus es imprescindible contar con esa sobrecarga de género a la hora de valorar el hecho y sus consecuencias penales. Solo así es posible sacar a la luz los sesgos sexistas que con frecuencia aparecen en el proceso de determinación de la responsabilidad penal de las mujeres, sea porque se prescinde del contexto de precariedad o violencia que podría condicionar el qué y el cómo de la exigibilidad de la conducta o, por el contrario, porque al establecer el alcance del deber en la concreta situación de peligro de los hijos/as se filtran estereotipos asociados al papel de madre

cuidadora que amplían de modo desmesurado la exigencia de realizar la conducta salvadora (Hopp, 2017 citado por Copello, et al., 2020, p. 155).

Asimismo, los supuestos de omisión que con mayor frecuencia enfrentan a las mujeres con la justicia penal en materia de delitos de estatus están relacionados con situaciones de peligro para la vida o la integridad de sus hijos/as, creadas por la conducta violenta de su pareja sentimental. Muchos de estos casos vienen precedidos por contextos de violencia habitual severa que no solo afectan a los hijos/as, sino también a la propia mujer que se ve implicada en los hechos, a veces profundamente afectada por un temor intenso al maltratador (Copello, et al., 2020).

En palabras de la abogada especialista en Derecho Penal, Dra. Cecilia González, la criminalización de madres víctimas de violencia, por no haber evitado que los ataques se extiendan a sus hijos e hijas, es un fenómeno que oculta la específica responsabilidad estatal de garantizar la prevención, investigación y sanción de la violencia de género contra las mujeres. El corrimiento de responsabilidad estatal queda en evidencia en tres fases sucesivas: cuando se las selecciona como sospechosas como hipótesis estandarizada, cuando se investiga la violencia infantil sin indagar acerca de sus conexiones con la violencia de género y cuando se las condena por considerarlas responsables de no haber podido evitar la violencia (Herrera, Fernández, & Torre, 2020).

Cabe mencionar, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha desarrollado importantes estándares de recolección y valoración de prueba. Los mismos están conformados alrededor del concepto de debida diligencia reforzada basándose en la recolección temprana de prueba, la incorporación de los testimonios de las víctimas, la prohibición de estereotipos de género y del tratamiento judicial revictimizante. Los estándares no son solo aplicables cuando las mujeres se presentan como denunciantes de la violencia, sino también cuando son infractoras de la ley penal (Herrera, Fernández, & Torre, 2020).

En tal sentido, el antecedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Veliz Franco”, reitera que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Por lo tanto, el deber de investigar es una obligación que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad. A la luz de ese deber, deben iniciar ex officio y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva, orientada a la determinación de la verdad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 19 de mayo de 2014, 2014, p. 65.).

V. Consideraciones del autor.

Teniendo en cuenta lo analizado hasta aquí, es evidente que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba ha adoptado una postura clara respecto a este tipo de delitos donde la mujer signada como autora o coautora de un delito al momento del hecho se encuentra inmersa en un contexto de violencia de género.

Una postura que, por supuesto, tiene sus pilares fundamentales en los diversos tratados internacionales suscriptos por el Estado Argentino.

La Constitución Nacional, en su capítulo cuarto, artículo 75, inciso 22, nos ha brindado la posibilidad de ampliar las garantías y la protección de los derechos fundamentales, otorgándole a los Tratados de Derechos Humanos jerarquía constitucional.

Entre ellos se encuentran la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual fue ratificada por Ley N° 23.179 del año 1985, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará, 1994) ratificada por la ley N° 24.632 del año 1996.

En el caso analizado, el TSJ de alguna manera ha puesto en falta la labor de fiscales y jueces, cuestionando ciertos momentos procesales en donde se han menospreciado elementos probatorios que podrían haber sido claves a la hora de la calificación legal de la imputada.

En efecto, la decisión tomada ha dejado al descubierto la necesidad imperiosa de lograr una justicia deconstruida y libre de estereotipos, donde el valor justicia sea real.

Es dable considerar que la labor judicial que lleva adelante el magistrado es fundamental, por tal motivo no debe desconocer el derecho, ni omitir o desestimar las disposiciones de convenciones internacionales y las normas internas que avanzan en cuestiones de género.

En la misma línea, se hace necesario considerar el aporte probatorio por parte de los distintos auxiliares de la justicia, especialmente consideraciones de pericias psicológicas y sociales que puedan arrojar aspectos de la dinámica de personalidad de presuntas víctimas y victimarios, como así también diagnosticar posibles escenarios de violencia de género y/o familiar, evitando situaciones de iatrogenia no sólo para las partes implicadas en el proceso directamente, sino para los niños, niñas y adolescentes que padecen los efectos de las disposiciones judiciales.

De esta manera, podemos tomar dimensión de la real importancia de la ley Micaela, donde se establece la capacitación obligatoria en cuestiones de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que desempeñan funciones en los tres poderes del Estado (Ley Micaela, 2018).

VI. Reflexiones finales.

La decisión del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba se fundó en la aplicación del principio in dubio, respecto a la existencia de violencia de género y la disminución de la culpabilidad por circunstancias extraordinarias de atenuación.

De esta manera, anuló parcialmente la sentencia dictada por la Cámara Criminal y Correccional de Sexta Nominación de Córdoba y declaró a la encartada coautora por omisión impropia de homicidio calificado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación.

Con lo resuelto por el TSJ se logró la reducción de la pena al mínimo imponible, conforme lo establecido en el artículo 80 del Código Penal, despojando a la encartada del agravante con el cual fue condenada anteriormente.

Resulta imposible soslayar que todo ello podría haberse evitado si desde un primer momento se hubiera fallado con perspectiva de género, a la luz de los estándares internacionales incorporados a nuestro ordenamiento constitucional y cumpliendo con el deber. Sin embargo, es menester destacar que durante los últimos años en nuestro país y a nivel mundial cobraron mayor dimensión la visibilización acerca de los distintos tipos de violencias, sus dinámicas y formas de perpetuación, lo que posiblemente condujo al TSJ a fallar oportunamente en aras de la protección de los derechos de la mujer.

Así, se entiende que a la luz de los acontecimientos y avances actuales en materia social y legal, principalmente, es posible abordar este tipo de causas desde una mirada integral, incluyendo la perspectiva de género, evitando, en el presente caso, la revictimización de una mujer que ha sido violentada, humillada, despojada de sus afectos más íntimos, como lo es la pérdida de su hijo y teniendo que sobrellevar el inicio del cumplimiento efectivo de la pena.

La toma de conciencia y el compromiso por erradicar los sesgos de género que perpetúan la desigualdad, debe ser la principal tarea para la justicia. No podemos hablar del valor justicia si aún no eliminamos la desigualdad de las entrañas del proceso, sobre todo si viene de la persona investida de autoridad para controlar que se respeten las garantías constitucionales y se cumpla la ley.

Referencias

- ALCHOURRÓN, C. E. (1995). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Asamblea General de la ONU. (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer Resolución 48/104*. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286>
- Cámara en lo Criminal y Correccional de Sexta Nominación de Córdoba. (2017). *Sentencia N° 46 Tomo: 2 Folio: 338-373 “Malicho, Noemí Susana y otro p.ss.aa. Homicidio calificado por el vínculo”*.
- Convención de Belém do Pará. (1994). *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*. Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Copello, P. L., Segato, R. L., Asencio, R., Corleto, J. D., & González, C. (2020). *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Obtenido de https://www.juschubut.gov.ar/images/Mujeres_imputadas.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*. Obtenido de <https://summa.cejil.org/es/entity/qnihlo6oxic3jyxxdg46uhaor?page=1>
- Herrera, M., Fernández, S. E., & Torre, N. d. (2020). *Tratados de Géneros, Derechos y Justicia* (Vol. Tomo I). Rubizal - Culzoni.
- Honorable Congreso de la Nación. (2009). *Protección Integral a las Mujeres*. Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>
- Honorable Congreso de la Nación Argentina. (2018). *LEY MICAELA. Capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres*. Obtenido de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>

- Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sinrazones para una criminología feminista*.
- Medina, G. (2021). *PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES - Ley 26.485 cometada*. Rubinzal - Culzoni.
- Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. (2021). *Sentencia N° 69 Tomo: 3 Folio: 634-670 "MALICHO, Noemí Susana y otro p.ss.aa. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-*".