

UNIVERSIDAD SIGLO

La educación evoluciona



**Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (2021)
“MALICHO, Noemí Susana y otro p.ss.aa. calificado por el
vínculo -Recurso de Casación-” (SAC 2735491).
Resolución/Sentencia N° 69 del 10/03/2021.**

***JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GENERO COMO UNA OBLIGACIÓN LEGAL EN
BUSQUEDA DE LA CREACION DE PAUTAS CULTURALES MAS IGUALITARIAS,
EDUCACION NO SEXISTA, IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y ERRADICACION DE LAS
RELACIONES DE PODER HISTORICAMENTE DESIGUALES ENTRE EL HOMBRE Y LA
MUJER.***



CARRERA: ABOGACÍA

INSTITUCIÓN ACADEMICA: UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

MODELO DE CASO, CUESTIONES DE GENERO

TUTOR: HERNAN ALCIDES STELZER

AUTOR: DIEGO ALBERTO OLIVERO

DNI: 32.080.504

LEGAJO: VABG130769

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN DE LA NOTA AL FALLO. II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FÁCTICA, HISTORIA PROCESAL Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL: a) Premisa fáctica; b) Historia procesal y decisión del tribunal. III. IDENTIFICACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA. IV. ANÁLISIS CONCEPTUAL Y POSTURA DEL AUTOR: a) Descripción conceptual desde la doctrina y la jurisprudencia; b) Postura del autor. V. CONCLUSIÓN. VI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN NOTA AL FALLO

La incorporación de la perspectiva de género en nuestro ordenamiento jurídico es algo novedoso que se ha ido incubando gradualmente. Esta herramienta nos permite poner en evidencia roles diferenciados que culturalmente se asignan a hombres y mujeres, con el objeto de tenerlos en cuenta a la hora de analizar alguna situación particular. Busca tener en cuenta de manera insoslayable regulaciones sociales que marcan, diferencian y encasillan a personas, conductas, escenificaciones, imágenes, emblemas, áreas, zonas y todo tipo de categorías y/o situaciones como “masculinos” y “femeninos” naturalizando de forma injusta una asimetría de poder y vulnerabilidad de la cual es victima la mujer como resultado de una edificación y sentido a las diferencias biológicas orquestadas sucesivamente en el desarrollo de un proceso histórico y cultural. Legislativamente la inclusión de juzgar con perspectiva de género jerarquizado como principio que actúa como fundamento de las normas, es decir con la idea de principalidad que le otorga primacía frente a las restantes fuentes del derecho, fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la firma de diversos tratados internacionales. De esta manera la reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo modificaciones muy importantes para los derechos de las mujeres en Argentina que conforme a su jerarquía se proyectan desde la Constitución hacía los ordenamientos nacionales, provinciales y municipales y también sobre disposiciones inferiores supeditando la actuación de los poderes públicos y las acciones privadas. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW adoptada en diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones unidas, a la cual la Argentina aprobó mediante ley 23.179 en junio de 1985 y desde 1994 goza de jerarquía constitucional (Art. 75, inc 22 CN) es un claro ejemplo que la

preocupación fue visualizada por normas jurídicas e ingresó en el programa de las políticas públicas a través de la acción positiva estatal. Igual interpretación inspira la sanción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém Do Pará” adoptada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y aprobada en Argentina por ley 24.632 que aborda las agresiones machistas que agreden y victimizan a las mujeres en el contexto de sociedades con matriz patriarcal. En el mismo sentido, resulta imprescindible mencionar a la ley 26.485, norma de orden público, transversal a todas las ramas del derecho la cual luego de un debate fundamental para la lucha por los derechos de las mujeres en el Congreso de la Nación Argentina fue promulgada el 1 de abril de 2009 como “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”. En consonancia, cuando la mujer sea la imputada o condenada penalmente, la última ley mencionada a través de su Artículo 6 inciso b se torna especialmente relevante en relación con la modalidad de violencia institucional. Se entiende que en esta definición se incluye tanto las acciones como las omisiones traducidas en violencia institucional que pueden emanar del Estado, es por esto por lo que esta norma se complementa con el Art. 11 y el Art. 16 de la misma ley. El Art. 11 establece en qué deben consistir las políticas públicas que los distintos Ministerios y Secretarías del poder ejecutivo nacional, provincial y municipal, la sociedad civil y universidades deben articular en coordinación para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres. A su vez, el Art. 16 prescribe los derechos y garantías que se deben cumplir en cualquier procedimiento judicial o administrativo, entre estos encontramos el derecho a que la mujer obtenga una respuesta oportuna y efectiva; que sea oída personalmente por el juez o por la autoridad administrativa competente; que reciba protección judicial urgente y preventiva y un trato humanizado, evitando la revictimización; la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, etc. La misma Constitución Nacional dispuso la sanción de leyes estableciendo acciones positivas y en su art. 37 y en la cláusula segunda de la misma las garantizaron, en materia electoral y político partidaria a través del cupo femenino.

Estas medidas en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos culturales que condicionan y limitan la igualdad en los

hechos. Sin embargo, a todos estos esfuerzos legislativos descriptos que pretenden equilibrar de algún modo la balanza rebatiendo patrones culturales de dominación masculina resulta inevitable mencionar el núcleo central de la temática de esta investigación y es que todos esos intentos pierden efectividad si no se ven acompañados por decisiones judiciales que reconozcan que existen patrones culturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y que los señalen y desactiven (Medina, s.f.).

El fallo escogido funciona como un paradigma positivo en las políticas que pretenden fomentar la igualdad real del ejercicio de los derechos humanos sin distinción de género. Adentrándonos al mismo es un claro ejemplo de violencia familiar, donde se acusa a ambos miembros de una pareja haber matado a uno de sus hijos. En este caso los hechos adicionales de relevancia en la plataforma fáctica establecidos por las normas jurídicas como propiedades relevantes y que justifican una determinada modalidad atenuante de la calificación legal a uno de los acusados, parten de la base de una relación interpersonal de pareja, en el que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación con una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia en virtud de la relación vital en que se halla. Su rasgo identitario central es que la mujer no es tratada como una igual, por ello configura una manifestación de la discriminación pues es ejercida contra la mujer “porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” (CEDAW, Recomendación General N° 19, 1979), “basada en su género” (Convención Belém do Pará, art. 1, 1994). De allí la demostración de poder, dominación o control por la violencia.

Esta desjerarquización de la mujer como una igual expuesta en el fallo en cuestión, es cultural y tiene relevancia social porque su trasfondo son “las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer”, por ello “la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre” (DEVAW, Artículo 1, 1993).

La importancia del fallo respecto a la resolución de un problema jurídico de relevancia está dada por las particularidades que acarrea en la causa la doble posición de acusada (responsable penalmente de homicidio calificado en la modalidad de comisión por omisión) y víctima de violencia de género que se alega y los estándares aplicables

para analizar tal situación, el examen del fallo en relación a la violencia de género invocada y de esa situación respecto a la falta de tipicidad en el obrar de la imputada o la disminución de la culpabilidad pretendida.

Su relevancia practica está fundada en la jerarquía superior del Tribunal que emite la sentencia, siendo este el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Si bien en Argentina, la obligatoriedad del precedente no tiene ningún tipo de reconocimiento normativo, ya sea legal o constitucional, su aplicación es interesante desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad ante la ley, la seguridad jurídica y la certeza, en este sentido se pronunció la CSJN “la decisión referida, no sólo es cosa juzgada en el caso, sino un precedente que debe ser respetado por la garantía de igualdad ante la ley, que obliga a dar igual solución a casos análogos, como la seguridad jurídica, que favorece al certeza y estabilidad del Derecho” (Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados, 2007, pág. 4).

En el presente caso el problema de prueba está vinculado con la existencia de la indeterminación de la existencia de un hecho que es indispensable para la resolución de la causa y su calificación legal lo que deriva en un problema de relevancia. El tipo de análisis que se admite no es sobre la prueba del caso concreto o cómo se probó un hecho particular, sino el valor y funcionamiento de determinadas presunciones legales, cargas probatorias y valoración de algunos tipos de pruebas en los hechos delimitados por la temática. En la sentencia se menciona el problema ya que está presente la mención de la omisión de valorar prueba relevante, sobre todo aquella que conducía a considerar el caso desde una perspectiva de género. Los yerros en la valoración de las pruebas sin perspectiva de género condujeron a la condena de la acusada aplicando la ley sustantiva de una determinada calificación penal diferente a la que se tendría que haber aplicado si se hubieran ponderado las pruebas con perspectiva de género.

Aplicar las reglas y principios mencionados es fundamental a la hora de subsumir un hecho en la calificación penal correcta. En efecto, la duda acerca del contenido esencial de la acusación conduce a desecharla, mientras que la duda acerca de la eximente o atenuante (presente en este caso) conduce a aceptarla (en este sentido, Maier, Julio B. J.,

Derecho procesal Penal, T. I, Fundamentos, 2º ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 500).

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA PREMISA FACTICA, HISTORIA PROCESAL Y DESICIÓN DEL TRIBUNAL

a) Premisa fáctica

En el presente caso se acusa a ambos miembros de una pareja, Luis Alberto Moyano y Noemí Susana Malicho, de haber matado al hijo biológico de la última nombrada. Específicamente a Luis Alberto Moyano por la comisión del hecho y a Noemí Susana Malicho como coautora penalmente responsable por omisión impropia. Ambos responsables penales del delito de homicidio calificado por el vínculo.

Una parte considerable de los esfuerzos defensivos de la defensora de Noemí Malicho, madre biológica del menor asesinado, reside en mostrar a la imputada como víctima de violencia de género ejercida por la pareja, el coimputado Moyano (el cual no es el padre biológico del menor asesinado), y al homicidio del hijo dentro del aludido contexto. Según la defensora e impugnante, los yerros en la valoración de las pruebas sin perspectiva de género condujeron a la condena de la acusada que busca revertir, principalmente por falta de tipo debido a la ausencia de dolo o, subsidiariamente, por una disminución de la culpabilidad (circunstancias extraordinarias de atenuación).

b) Historia procesal y decisión del tribunal

La sentencia fue la número sesenta y nueve dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Cáceres de Bollati de fecha diez de marzo de dos mil veintiuno en los autos “MALICHO, Noemí Susana y otro p.ss.aa. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-“ (SAC 2735491) con motivo de los recursos de casación interpuestos por la asesora letrada de 29º turno, doctora Alfonsina Muñiz, a favor de la imputada Noemí Susana Malicho y el asesor letrado de 18º turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, a favor de Luis Alberto Moyano, en contra de la Sentencia número cuarenta y seis, de fecha veinticinco de agosto de dos mil diecisiete, dictada por la Cámara Criminal y Correccional de Sexta

Nominación de la ciudad de Córdoba en donde se condeno a Noemí Susana Malicho y a Luis Alberto Moyano penalmente responsables de homicidio calificado por el vínculo.

Las cuestiones para resolver fueron 1º) ¿Ha sido vulnerado el principio de congruencia entre acusación y sentencia? A esta primera cuestión la señora Vocal doctora Aída Tarditti voto por la afirmativa adhiriendo a su voto los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati 2º) ¿Se ha violado el derecho de defensa del imputado Moyano? A esta segunda cuestión la señora Vocal doctora Aída Tarditti no hizo lugar al planteo de la defensa adhiriendo a su voto los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati. 3º) ¿Resulta indebidamente fundada la justificación fáctica del hecho por el que se condenó a Malicho? Con respecto a lo planteado la señora Vocal doctora Aída Tarditti voto de manera afirmativa en relación con esta cuestión argumentando que la justificación fáctica de la condena de Malicho no ha descartado suficientemente su posición exculpatoria, razón por la cual debe ser anulada. adhiriendo a su voto los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati. 4º) ¿Es infundada la justificación fáctica del hecho por el que se condenó a Moyano? En referencia a esta cuarta cuestión la señora Vocal doctora Aída Tarditti voto de manera negativa adhiriendo a su voto los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati. 5º) ¿Es procedente la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia planteada por el imputado Moyano? A la quinta cuestión la señora Vocal doctora Aída Tarditti voto de manera negativa exponiendo que corresponde declarar que el recurso de inconstitucionalidad deducido en autos es formalmente inadmisibile, adhiriendo a su voto los señores Vocales doctores Sebastián Cruz López Peña y María Marta Cáceres de Bollati. 6º) ¿Qué solución corresponde dictar? A la sexta y última cuestión la Sala Penal del Tribunal resolvió de forma unánime (en el siguiente orden: Doctores Aída Tarditti, Sebastián López Peña y María Marta Cáceres de Bollati). I. Rechazar el recurso de casación interpuesto por el asesor letrado del 18º turno, doctor Aníbal Augusto Zapata, a favor de Luis Alberto Moyano, con costas (arts. 550 y 551 CPP). II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la asesora letrada de 29º turno, doctora Alfonsina Muñiz, a favor de la imputada Noemí Susana Malicho y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia número cuarenta y seis, de fecha veinticinco de agosto de dos mil diecisiete, dictada por la Cámara Criminal y Correccional

de Sexta Nominación de esta ciudad. Sin costas atento el éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP). En su lugar debe declararse a Noemí Susana Malicho coautora por omisión impropia de homicidio calificado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación (arts. 45, 80, 1º e in fine CP), con costas (arts. 550 y 551 CPP). III. Reenviar los presentes al tribunal de origen para que individualice la pena que le corresponde a Noemí Susana Malicho, conforme a la calificación legal que aquí se ha adoptado (arts. 550 y 551 CPP). En las cuestiones mencionadas se dieron los argumentos centrales del fallo y fueron resueltas de forma unánime.

III. RATIO DECIDENCI

Para arribar a la conclusión de la inexistencia de la violencia de género, la Cámara Criminal y Correccional de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba prescindió por completo del contexto que daba cuenta de las características de la relación de la pareja, demeritó la declaración de la imputada, los testimonios de familiares, fragmentó los otros testimonios en cuanto a los contenidos acerca de la violencia en contra de Malicho y omitió la ponderación de la evidencia de violencia física, psicológica y económica. En tal situación, se tiene que tratar la cuestión de la existencia de la violencia de género conforme a 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 pro reo. Las reglas que invalidan y anulan esta arbitrariedad de la omisión fáctica de la existencia de la violencia género del caso planteado es la obligación estatal conforme al art. 7, b) de la Convención de Belém do Pará de «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer». Se trata de una obligación de “iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer” (Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, Cuadernillos de jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 4: Género, p. 65, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/genero1.pdf>). La falta de investigación ya denota una discriminación en contra de una categoría sospechosa de discriminación, como lo son las mujeres víctimas de violencia de género. Al Ministerio Público le corresponde refutar con pruebas la situación de violencia de género alegada (con

excepción de las meras alegaciones ad hoc –véase sobre este tipo de estrategias defensivas lo señalado en López”, S. n° 119, 3/4/2019, “Gosteli”, S. n° 147, 15/4/2019, “Garbarro”, S. n° 5, 14/2/2020–), pero en todo caso el tribunal debe examinar las pruebas y si esa investigación del fiscal fuese inexistente, deberá considerar el principio in dubio pro-reo. En consonancia con el principio de debida diligencia está los principios de la amplitud probatoria en materia de violencia de género (Ley Nacional N° 26.485), que se fundamente en que la generalidad de los casos la violencia no transita a la luz de testigos, ni es sencilla la recolección de cierta clase de evidencia, y muchas víctimas tampoco han realizado denuncias previas. Visibiliza las específicas dificultades para probar la violencia, si se requieren determinadas clases de evidencias. En tal sentido, se evidenció 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 CP, esto es: homicidio bajo circunstancias extraordinarias de atenuación, como ocurrió en el precedente “Casas”. Como se ha explicado en diversos fallos, las circunstancias extraordinarias de atenuación del art. 80 último párrafo CP tienen como propósito librar al juez del estrechísimo marco constituido por las dos penas perpetuas, las que para determinados casos se podrían tornar injustas. El legislador optó por valerse de una fórmula genérica en su redacción, sin precisar cuáles son exactamente las causas capaces de producir la atenuación de la pena que prevé. También se indicó que el fundamento de la disminución de la pena se encuentra, pues, en la menor culpabilidad del agente. En el precedente “Casas” (TSJ, Sala Penal, S. n° 231, 9/6/2017) –traído también a colación en el recurso y ya citado–, se aplicó esta atenuante a un homicidio cometido por omisión. Allí se sostuvo, además, que esa menor culpabilidad de la imputada reconocía su origen en el contexto de violencia de género en que se encontraba. Este, en definitiva, es otro factor para considerar a la hora de evaluar la posición exculpatória de Malicho y contemplar la posibilidad de que haya obrado bajo circunstancias extraordinarias de atenuación. 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. Este contexto de violencia recortó su autonomía. Ella vivenció una disminución de la capacidad individual de evitación de los riesgos que corría su hijo debido al maltrato

intencional de su pareja. 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. La justificación fáctica de la condena de Malicho, en fin, no ha descartado suficientemente su posición exculpatoria, razón por la cual debe ser anulada.

IV. ANALISIS CONCEPTUAL Y POSTURA DEL AUTOR.

a) Descripción conceptual desde la doctrina y la jurisprudencia.

En la presente nota a fallo se detona que tanto la doctrina como la jurisprudencia posee una preponderancia al entendimiento de que juzgar con perspectiva de género es una obligación legal. El derecho a la igualdad y a la no discriminación está reconocido en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado suscribió e incorporó. Pero, en los hechos, aún existen prácticas que pueden ser obstáculos para que se respeten. La incorporación de la perspectiva de género en la justicia implica no solo que se cumpla con la obligación constitucional sino también que tiendan a desaparecer las relaciones asimétricas de poder y las situaciones estructurales de desigualdad. La persistencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción e interpretación de las normas y en la valoración de los hechos y pruebas aún existe.

Una cuestión conceptual central en esta nota es la noción y entendimiento que tenemos sobre diferentes conceptos que son pilares en el análisis del caso presentado. Que queremos decir con la palabra sexo, qué queremos decir con la palabra género, qué queremos decir con juzgar con perspectiva de género, cual es la naturaleza de la figura penal del garante en los delitos de comisión por omisión. Cuando hablamos de sexo nos referimos a una condición de nacimiento, una condición biológica, una serie de características genéticas que tiene como base una diferencia entre órganos femeninos y masculinos. Cuando hablamos de una cuestión de género estamos dando cuenta de una construcción que ya no es biológica, sino que es cultural y social, y, por tanto, también es histórica que nos remite a una forma de relación entre hombres y mujeres a partir de una serie de estereotipos que ambos, hombres y mujeres, portamos sobre lo que se supone que es ser mujer o ser varón en diferentes sociedades. Juzgar con perspectiva de género es

una cuestión que es sumamente novedosa y transversal a todas las ramas del derecho. Novedosa en el sentido de que no forma parte de la cultura que nosotros tenemos. No solamente la cultura popular, si no aún los conocimientos que hemos aprendido a través de la educación secundaria, técnica, universitaria. El desarrollo de la historia viene a poner sobre la mesa el planteamiento de la diferencia entre los géneros: entre el género masculino y el género femenino. Y no solamente las diferencias, sino la relación de superioridad e inferioridad que estructuralmente existe en la relación entre género masculino y género femenino, superioridad que se visibiliza en sometimiento, en violencia, en imposición, en prohibiciones que hoy son valoradas como una forma de discriminación contra la mujer impidiéndole que ejerzan derechos que le son propios (Oficina de la Mujer, Poder Judicial de Córdoba, María Esther Cafure de Battistelli, 2020). Tener en cuenta la perspectiva de género de forma transversal es integrar las cuestiones de género en la totalidad de los programas sociales, esta fue una idea que quedó claramente establecida como estrategia global para promover la igualdad entre los géneros, en la Plataforma de Acción adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995. Asimismo, en julio de 1997 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos: “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que la de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros.” (Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 1997).

El entendimiento de juzgar con perspectiva de género es entender de una real situación de desigualdad fáctica que se manifiesta en esa relación de desigualdad en las relaciones interpersonales que existen entre varones y mujeres y que hace sumamente necesario no solo visibilizarlo sino considerarlo al momento de juzgar. En la mayoría de

los casos que tiene a una mujer como víctima aunque la misma no de su testimonio, su vida y su relación interpersonal con el agresor, la misma tiene que ser necesariamente visualizada y valorizada a través de todos los indicios que resultan de las pruebas que existen para determinar que un hecho es o no causa de una razón de género y para determinar la calidad o la situación de superioridad e inferioridad que permita eliminar de esa forma, al juzgarlo con perspectiva de género, toda discriminación contra las mujeres.

Hay antecedentes jurisprudenciales en materia penal en relación con la violencia contra las mujeres que son análogos al modelo de caso presente en esta nota a fallo que han ido incorporando la perspectiva de género en sus decisiones. La Cámara Federal de Casación Penal Argentina en la causa N° 10193, “A.G.Y.” rta. 13/07/2012, reg. 20278 de Sala II, en esa decisión el Dr. Slokar en su voto desarrollo la noción de violencia institucional prevista en la ley 26.485 y sostuvo que permitir la continuación de un proceso originado en la infracción a los derechos de la mujer, sería contrario al deber del Estado Argentino de prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia contra las mujeres y de la obligación impuesta en la convención Belem Do Pará (art. 7, inc. A). En relación con la referida Cámara Federal de Casación Penal en causas en las que intervino y que se referían al delito de homicidio, surge como dato destacable que las únicas tres causas en el contexto en el que se juzgó con perspectiva de género que tiene como víctima a un varón se trata de casos en donde los hechos que se investiga podrían encuadrarse en lo que se conoce como “femicidios vinculados” pues de las constancias de la causa se detecta el vínculo violento del agresor con una mujer. El término “femicidio vinculado” es creado por la Asociación Civil “La Casa del Encuentro” partiendo del análisis de las acciones del femicida, para consumar su fin: matar, castigar o destruir psíquicamente a la mujer sobre la cual ejerce la dominación (Asociación Civil La Casa del Encuentro). En esta definición se registran dos categorías: personas que fueron asesinadas por el femicida, al intentar impedir el Femicidio o que quedaron atrapadas “en la línea de fuego” y personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad. Se trata de un término político no jurídico, razón por la cual no se encuentra mencionado en las sentencias en tanto no es un tipo penal. En la causa n° 12328 bis, “G. A.”, rta. 17/09/12, reg. 20679 de Sala II, se revisó la condena y por los hechos

del caso se podría entender que se trata de un “Femicidio Vinculado” en grado de tentativa, en tanto la víctima era un bebé de once meses al momento del hecho y el concubino de la madre de ese bebe fue el agresor. Así, el caso fue analizado con perspectiva de género, entendiendo el contexto de violencia. Luego, en la causa n° 15821, (rta. 27/12/13, reg. 22905), de Sala I, se analizó otro caso que podría tratarse de femicidio vinculado, en donde la víctima era la expareja (y padre del hijo) de quien era la pareja del condenado. Por último, en la causa n° 9125, “K., S. N.”, rta. 21/2/13, reg. 50/2013 de Sala II, se investigó la muerte del hijo de la imputada K. y fue encontrado autor la pareja de esta. A la imputada se la acusa de abandono de persona y el voto del Dr. Slokar efectúa un profundo análisis del vínculo de violencia entre la imputada y el agresor.

Por último, como finalización de este apartado y con relación al fallo analizado es importante mencionar antecedentes doctrinarios con relación a la temática desarrollada, más precisamente una publicación titulada “Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad” elaborada con la asistencia de la Unión Europea y que contó con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación Argentina. En el capítulo 3 de la obra referida cuyo título es “La responsabilidad Penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema” la autora Patricia Laurenzo Copello parte de una hipótesis de que existen ciertos espacios de criminalidad femenina en los que se repiten una y otra vez circunstancias vitales muy parecidas, asociadas a la violencia latente o explícita que sufren las mujeres infractoras por razones de género o a condiciones de marginalidad económica y social igualmente atravesadas por estereotipos de género que juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal y, por ello, pueden influir de forma determinante en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, y no solo en el ámbito de graduación de la pena. En la experiencia judicial argentina se detectan al menos tres grupos de casos en los que los condicionamientos de género juegan un papel relevante como factor explicativo de la conducta criminal de muchas mujeres. Relacionado al presente fallo se encuentran los casos llamados “delitos de estatus” aquellos que se vinculan con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad (Maqueda Abreu, 2014). La construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/as que influye de manera relevante en la

valoración jurídica de sus actos. Cuando una mujer mata a su bebé recién nacido o no protege a sus hijos/as frente a algún peligro grave que les acecha, sea por razón de una enfermedad o de la actuación agresiva de terceros (situación del modelo de caso de la presente nota a fallo), su conducta no sólo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados, sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora. Aparece así un componente específico de reproche que, aun sin estar explícito en la ley, se filtra en la valoración de la conducta (DI CORLETO, 2018) y puede influir en la determinación judicial de la responsabilidad penal de la mujer. Por eso, en los delitos de estatus es imprescindible contar con esa sobrecarga de género a la hora de valorar el hecho y sus consecuencias penales. En la configuración del deber de garante materno los sesgos sexistas no solo actúan por exceso —dotándolo de un alcance desproporcionadamente amplio—, sino también por defecto, como sucede cuando se prescinde de un contexto muy grave de violencia de género que en ciertas circunstancias podría hacer inexigible la conducta de salvaguarda. Una inexigibilidad que impediría la subsunción típica en la figura de comisión por omisión y daría lugar a la atipicidad de la conducta a causa de efectos relevantes en el tipo objetivo. Ello no excluye que los contextos de violencia también puedan tener relevancia en el juicio de culpabilidad, porque está de sobra demostrado que un historial de violencia severa y continua puede generar en la víctima un temor fundado de sufrir represalias si contradice la voluntad del maltratador, un temor que sin duda puede explicar que la mujer no se encuentre en condiciones de motivarse por la norma que le impone el deber de proteger a sus hijos/as o, al menos, que su capacidad de motivación está fuertemente disminuida, todo lo cual ha de repercutir necesariamente en la graduación de la culpabilidad, pudiendo llegar a excluirla en los casos más severos de violencia de género, aquellos en los que su voluntad está seriamente condicionada por la actitud amenazante y violenta del maltratador. Por último, hemos de dejar abierta la alternativa del miedo insuperable, una opción que, además, bien interpretada no supone en absoluto predicar la incapacidad general de la mujer para gobernar su vida y la de sus hijos, ya que la imposibilidad de actuar conforme a la norma no se infiere de ningún desequilibrio psíquico, sino de un factor externo (el maltratador) perfectamente localizado y susceptible de ser neutralizado (Patricia Lorenzo Copello, Rita Laura Segato, Raquel Asensio, Julieta Di Corleto, Cecilia González).

b) Postura del autor.

Luego de un exhaustivo análisis en base a las premisas fácticas, jurídicas, legislativas, jurisprudenciales, dogmáticas y doctrinarias presentadas en la presente nota a fallo pude corroborar la existencia de problemas jurídicos de prueba vinculados con la existencia de la indeterminación de hechos no probados que son indispensables para la resolución de la causa que obliga al juzgador a recurrir a presunciones y cargas probatorias y problemas de relevancia en la determinación de la norma aplicable al caso. Con respecto a la resolución del problema de prueba me posiciono a favor de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia que anulo e invalido la arbitrariedad de la omisión fáctica de la existencia de la violencia de género en la sentencia dictada por la Cámara Criminal y Correccional de Sexta Nominación de la ciudad de Córdoba. Mi posición está fundamentada en la obligación estatal conforme al art. 7, b) de la Convención de Belém do Pará de «actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la Mujer». Se trata de una obligación de los tribunales argentinos de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que se tomen conocimiento de los hechos que constituyan violencia contra la mujer. Argumento también esta postura manifestando que en consonancia con el principio de debida diligencia referido anteriormente está el principio de amplitud probatoria en materia de violencia de genero establecido en Ley Nacional de Protección Integral a las Mujeres N° 26.485, la falta de investigación ya denota una discriminación en contra de una categoría como lo son las mujeres víctimas de violencia de género, al Ministerio Publico le corresponde refutar con pruebas la situación de violencia de genero alegada pero en todo caso el tribunal debe examinar las pruebas y si esa investigación del fiscal fuese inexistente deberá considerar el principio in dubio pro reo. Como derivación de la resolución de este problema jurídico de prueba mi análisis continúa en el segundo problema jurídico planteado, el problema de relevancia, ya que lo explicado debería inclinar la calificación legal del hecho hacía la falta de tipicidad en el obrar de la imputada o la disminución de la culpabilidad pretendida. En cuanto a este segundo problema jurídico, el problema de relevancia, el Tribunal Superior de Justicia optó por inclinar la calificación legal del hecho hacía el tipo del homicidio bajo circunstancias extraordinarias de atenuación contenido en el artículo 80 último párrafo argumentando una menor culpabilidad del agente. Haciendo hincapié en el elemento de la culpabilidad presente en

la teoría del delito. En este punto me permito discrepar argumentando que la resolución del problema, en mi opinión, no se desplaza hacia la menor culpabilidad del agente sino en la determinación de los criterios para decidir hasta donde puede exigirse la conducta de salvaguarda al garante como límite en el plano de la tipicidad de los delitos de omisión del deber de actuar del garante. La exigibilidad adquiere un papel central en el tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión en la medida en que se erige en presupuesto imprescindible para que surja el deber de actuar, de modo tal que aun cuando concurren los requisitos generales que determinan la posición de garante la omisión no será típica si en la situación concreta aparecen circunstancias de tal magnitud que hacen inexigible al garante la conducta salvadora. Si bien los progenitores tienen el deber legal de proteger a sus hijos el alcance de ese deber dependerá de las circunstancias concretas, por ejemplo, del mayor o menor grado de dependencia del menor en atención a su edad o situación, de la naturaleza del bien jurídico en peligro, de la intensidad del riesgo amenazante y, sobre todo, de la posibilidad que tenga el garante de actuar sin poner en serio peligro bienes jurídicos propios. En el presente caso, bajo los estándares legales nacionales e internacionales aplicables y asumidos por el Estado Argentino mencionados en la presente nota a fallo (debida diligencia, amplitud probatoria, la valoración de la prueba con perspectiva de género, el principio in dubio pro reo) en mi opinión no se descartó con certeza que la intensidad del riesgo amenazante que el agresor ejerció sobre la mujer condenada haya sido de tal magnitud que hacen inexigible al garante la conducta salvadora por lo que no se comprobó como condición inexcusable en el juicio de tipicidad de los delitos de omisión la capacidad de acción de la omitente lo que hubiera implicado constatar si en la situación concreta estaba en condiciones de cumplir con el deber actuar por el cual se la condeno y lo que hubiera desplazado la sentencia de condena hacía una absolución por falta de tipicidad en la conducta de la acusada.

V. CONCLUSIÓN.

En conclusión, juzgar sin perspectiva de género no solo en las valoraciones de las situaciones fácticas planteadas sino también en la aplicación de los tipos penales, sacralizando la dogmática penal opera como un obstáculo para reflexionar sobre la necesidad de dar un nuevo contenido a las categorías conceptuales que ofrece la teoría del delito que incentivaría a mantener incólumes sus postulados pero al mismo tiempo a buscar soluciones no soslayando los contextos sociales en los que se aplica.

En definitiva, el derecho penal no debe dejarse a merced de un pensamiento tópico que opere completamente al margen del sistema, sino que requiere la construcción de un modelo abierto, en el que cada problema se discuta con conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o fuerce a su modificación.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Bibliografía

Asociación Civil La Casa del Encuentro. (s.f.). Obtenido de <http://www.lacasadelencontro.org/femicidios.html>

Bussi, Antonio Domingo c/ Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados. (2007). Obtenido de <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.htm?IdDocumento=6305161&cache=1668365215453>

CEDAW, Recomendación General N° 19. (18 de Diciembre de 1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Consejo Económico y Social, Naciones Unidas. (1997). Obtenido de <https://www.un.org/esa/documents/ecosoc/cn9/1997/spanish/ecn91997-10s.pdf>

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. (1853). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Convención Belém do Pará, art. 1. (1994). CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELEM DO PARA". Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 339:1493, González, Jorge Enrique s/ recurso. (2020). Obtenido de <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/093/265/000093265.pdf>

DEVAW, Artículo 1. (20 de diciembre de 1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Obtenido de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

DI CORLETO, j. (2018). *Malas madres. Abroto e infanticidio en perspectiva histórica*.

LEY 23179 - CEDAW. (1985). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>

Ley 24.632 "Convención de Belem do Pará". (1996). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

Ley 26.791. (2012). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/206018/norma.htm>

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES. (2009). Obtenido de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sinrazones para una criminología feminista*.

Oficina de la Mujer, Poder Judicial de Córdoba, María Esther Cafure de Battistelli. (2020). *Conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género*. pág. 3.

Patricia Laurenzo Copello, Rita Laura Segato, Raquel Asensio, Julieta Di Corleto, Cecilia González. (s.f.). *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad*. Obtenido de https://www.juschubut.gov.ar/images/Mujeres_imputadas.pdf

SALA PENAL, TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, SENTENCIA 119, 03/04/2019. (s.f.).

Walker, L. (1979). *The Battered Woman Syndrome*. Obtenido de <https://dl.icdst.org/pdfs/files3/54b12836483cc27d01a2ec3f33679b35.pdf>

ZANNONI, E. A. (2009). Reflexiones a propósito de la Ley 26.485 y las perspectivas de género, la no discriminación y el discurso jurídico.