



PROCESO PENAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO. LA IMPORTANCIA DEL
TRATAMIENTO DE LA PRUEBA.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos -Sala 1 en lo Penal- en autos "C.M.A S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA Y L.Y.S. S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5253 de fecha 29/03/2023

Hector Matías Almirón

29041062

Universidad Siglo 21

Abogacía

VABG94601

Modelo de caso

Hernan Alcides Stelzer

02 de julio de 2023

SUMARIO: I. Introducción **II.** Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal **III.** Ratio decidendi **IV.** Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. **a.** Acerca de los delitos de omisión **b.** Amplitud de la prueba en cuestiones de género. **V.** Posición del autor. **VI** Conclusión. **VII.** Bibliografía **a.** Doctrina **b.** Jurisprudencia **c.** Legislación

I. Introducción:

La Perspectiva de Género es un tema que ha abierto el debate en todos los ámbitos y que, aunque ya lleva un tiempo generando cambios en el sistema del derecho argentino, todavía sigue siendo un desafío a la hora de una decisión en el marco del derecho Penal.

El presente caso de análisis representa un desafío y la ruptura de muchos prejuicios presentados a través de los medios de comunicación. Conocido como el caso “Nahiará”, es un proceso de la rama Penal, que tuvo un seguimiento particular en los medios locales y que llegó al Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos por la situación de uno de los imputados, que profundiza el debate de la importancia de fallar con perspectiva de género.

A continuación se abordará el análisis de la titulada "CRISTO MIGUEL ANGEL S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA Y LESCANO YANINA SOLEDAD S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", que es un claro ejemplo de error en la determinación de la imputación y las aparentes contradicciones legales en el ejercicio de justicia. Como se podrá observar, en este caso, las dos personas imputadas, reciben la misma calificación, encontrándose en una posición diversa frente a la víctima.

Resulta evidente la importancia de analizar un fallo surgido del Superior Tribunal provincial que permite analizar un proceso en el cual, el error de la congruencia en la imputación, con el tipo legal, basado en los principios del derecho penal, hace evidente una arbitrariedad en la sentencia condenatoria de las instancias anteriores, ya que se juzgó, no en base a pruebas directas con el hecho, sino sobre presunciones que

encontraron su fundamento en prejuicios y estereotipos, dando por hecho la situación vincular de la demandada con la víctima.

La doctrina presenta diversas clases de problema, según Alchourrón y Bulygin (2012); uno de ellos, es el problema jurídico de prueba, el cual se haya vinculado con la falta de determinación de la existencia de un determinado hecho que resulta indispensable para lograr resolver la causa. En este caso en particular, se omitió considerar las declaraciones y testimonios desde la situación de la encartada, dando por hecho, la situación vincular con la víctima, sin pruebas concretas sobre las omisiones que configuran su participación en el homicidio que se le imputó.

En este caso, se puede observar que, tanto en primera instancia, como en segunda instancia, se da, por sentido común, la prueba de vínculo de la demandada con la víctima, la falta de acusación clara y precisa, ausencia de perspectiva de género, que no se valoraron las pruebas de modo que se acreditara su ajenidad con el hecho atribuido, no hubo pruebas concretas, por lo que el tribunal decide absolver a la encartada por error en la imputación, por falta de mérito, en relación a los principios del derecho penal, el cual no permite analogías en cuanto a los tipos penales. En los votos, los magistrados enuncian la falta de perspectiva de género durante el proceso, pero el fundamento de la absolución, por el recurso extraordinario al que se da lugar, se centra en el error del ministerio público fiscal al imputar a la encartada, otorgándole un estado no comprobado frente a la víctima, como agravante del tipo penal imputado.

II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal.

El proceso en cuestión presenta el resultado de muerte de una niña de 2 años, por falla multiorgánica a causa de maltratos, tortura, deshidratación y anemia generalizada, quien estaba al cuidado de su padre (M.A.C), viudo, que al momento del hecho, convive con una nueva pareja (Y.S.L), la cual tiene tres hijos de parejas anteriores.

En primera instancia se imputa a ambos por la muerte de la niña, en igualdad de condiciones, a M.A.C. por comisión y a Y.S.L por comisión por omisión, también entendido como omisión impropia. El hecho imputado es el maltrato, tortura y descuido

de la niña, en su deber de guardadores, durante un determinado período de tiempo, que culmina con la muerte de la misma.

El proceso llega hasta el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos a través de un recurso de queja, en el cual, la defensa técnica de Y.S.L. solicita la impugnación extraordinaria del proceso contra su defendida, dado que no hay una definición clara y precisa del delito que se le atribuye. Que el delito de omisión impropia ha tenido recepción en algunos fallos, pero que han tenido sustentos probatorios suficientes para ser tenidos en cuenta en contextos muy diferentes al de este caso en particular. Que se ha fallado sin perspectiva de género, cuando existen Convenciones internacionales (CEDAW, Convención de Belem do Pará) y legislación local (Ley 24.685/09) que así lo propone.

En primera instancia el tribunal da cuenta de la imputación imprecisa y no impone los agravantes, desechando las alertas que infieren un contexto de violencia de género en extremo.

La defensa técnica de Y.S.L. recurre a una solicitud de impugnación extraordinaria y la Cámara de Casación Penal deniega el pedido, razón por la cual se presenta un recurso de queja al tribunal de alzada, que decide dar lugar al recurso, entendiendo que hay cuestiones a revisar, según lo argumentado por los mandantes y procede su revisión. En este fallo, que es lo que resuelve el STJER, se decide absolver y anular lo actuado, por unanimidad, conforme a la acusada Y.S.L. entendiendo que las falencias del proceso acusatorio, las alertas de situación de violencia que fueron descartadas y la violencia institucional que venía sufriendo, no merecían otra cosa que dar por terminado el proceso, sin más dilaciones, con la absolución de la encartada.

III. Ratio decidendi

En virtud de reconstruir proceso, el tribunal retoma ciertos aspectos presentados por la defensa y los argumentos de las sentencias, encontrando que, nuestro sistema acusatorio es adversarial y que es necesaria una correcta definición de la conducta típica realizada por el acusado, para que exista una correcta defensa, un pleno ejercicio del derecho al debido proceso, cosa que no se observa en el tribunal de juicio, ni en la

sentencia de casación, la cual da cuenta del error y solicita al MPF que no vuelva a ocurrir en adelante.

En su voto, Dr Giorgio afirma que

“...receptando entonces el agravio referido a la defectuosa imputación fiscal, estimo efectivamente que ha sido mal redactada la primigenia intimación, pues se aduna al incompleto relato fáctico una construcción dogmática, encorsetando la conducta atribuida a una calificación que en definitiva, resultó a todas luces incorrecta [...] Por lo expuesto, se evidencia que la tesis propuesta por la Fiscalía resultó desacertada y que las posturas asumidas en las instancias inferiores construyeron todo su andamiaje en una imputación a todas luces defectuosa y violatoria del derecho de defensa -con las graves consecuencias sancionatorias a las que luego se arriban-”(considerando V)

y completa diciendo:

“En esa senda, aún cuando se insistiera en la aplicación de esta construcción dogmática, ello nos conduce inexorablemente también al interrogante sobre la aptitud que tenía Yanina Lescano para asumir el rol que se pretende y constituirse así en garante de la menor. Esto ha sido objeto de agravio y apoya igualmente la postura de la errónea calificación del hecho que se le imputa”(Considerando V).

Y para terminar dice que

”Se revela entonces que ante la falta de sustento fáctico y jurídico de la única tesis acusatoria ensayada -ya que tampoco se ofreció una acusación alternativa que permita otra óptica de análisis de la conducta desarrollada por la encartada -, no queda más remedio que hacer lugar al recurso impetrado, y absolver de culpa y cargo a Yanina Soledad Lescano por los delitos endilgados, disponiéndose su inmediata libertad”(Considerando V).

Es decir que este primer voto le otorga importancia al error de imputación que hace improcedentes todas las pruebas ofrecidas por la acusación, dado que no hay hecho preciso a probar y queda todo en conjeturas.

En el mismo sentido, la Dra Mizawak expone que

“Emerge de los párrafos transcritos que los magistrados del tribunal de mérito advirtieron la imprecisión del hecho, pero en vez de ejercer el debido control del contenido de la acusación y, en su caso, declarar la nulidad de la misma (cfme. Art. 403 del CPP), sopesaron toda la actividad desplegada por la Defensa para concluir

que la imputada no estuvo en una situación de indefensión. La conculcación del principio de igualdad de armas surge palmaria: la deficitaria actuación de la fiscalía es subsanada por la abultada actuación de la defensa.(considerando III.a.)”.

Es por ello que afirma

*“En pocas palabras: **no habiéndose demostrado la tesis acusatoria** (que Yanina Soledad Lescano entre el mes agosto de 2018 y el día 07 de febrero de 2019, no realizó comportamiento alguno tendiente a evitar el deceso de la niña Nahiara Luján CRISTO, teniendo la posibilidad y el deber institucional de hacerlo en virtud de la posición de garante), **la única síntesis posible es la sentencia absolutoria**”(el resaltado es original)(Considerando IV).*

El tribunal entiende que la acusación no es completa, que no es precisa, y que lesiona el derecho al debido proceso. Que contradice el principio de legalidad del derecho penal y que en el proceso no se ha podido demostrar que la encartada haya omitido acciones tendientes a la prevención del resultado lesivo y que, el estado de progenitor afín que se le impone en el proceso, no puede ser comprobado fehacientemente con las pericias y testimoniales, es por ello que se resuelve la absolución, basándose en el CPP de la provincia de Entre Ríos. En cuanto a fallar con perspectiva de género, el tribunal entiende que hubo un intento de incluir elementos desde esta perspectiva, importando que la víctima era una mujer, infante menor de edad, que sufrió violencia por parte de su padre, pero desestimó lo que estaba viviendo la acusada, a partir de estereotipos preconcebidos, descartando las alertas y pruebas en estos términos, con lo cual, el tribunal apoya su decisión en este tema, alegando que, además de sufrir violencia psicológica y económica, también estaba sufriendo violencia institucional en lo que hace a su proceso acusatorio, teniendo presente la ley N° 26.485 y las Convenciones Internacionales CEDAW y Convención de Belem do Pará. Por lo dicho, el tribunal con voto unánime, absuelve a la imputada.

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

a. Acerca de los delitos de omisión

En virtud de este fallo, es menester adentrarse en la tipificación de los delitos de “omisión impropia” o de comisión por omisión. Estos delitos, como se menciona en el

fallo, no están desarrollados en el sistema legal penal de nuestro país y sólo hay mención a alguna tipificación especial, en cuanto a las obligaciones familiares y al derecho de daños.

Gabriela Stefani (2018) nos dice que

”cabe destacar que el Código Penal Argentino guarda silencio respecto a ello, ya que no posee clausula general que regule estos modos de obrar. Pese a ello existe consenso en la doctrina sobre que esa modalidad de actuación debe estar equiparada a una comisión (delitos de omisión impropia o no escritos), en los casos en que exista el deber de impedir que se produzca un resultado dañoso para el bien jurídico del que se es garante, por el estrecho vinculo que existe entre el sujeto y el bien jurídico protegido. Un ejemplo es el caso de la madre que deja de amamantar al niño, que luego fallece de inanición. La norma prohíbe matar a otro, no dejar morir a otro. El delito de omisión en su forma de omisión impropia, al no estar escrito ha sido puesto en cuestión por su virtual incompatibilidad con el principio de legalidad en su manifestación de *lex scripta*, que manda que tipos penales deben estar consagrados en forma escrita en el cuerpo del Código Penal”.

Igualmente, para Stefani (2018) y Molina (2015), esta situación de silencio lleva a dos posturas doctrinarias: por un lado, la de plantear la inconstitucionalidad de las omisiones impropias, por considerar que violan el principio de legalidad, por no estar expresamente consagrados en el Código Penal argentino en forma escrita, por tanto, se estaría aplicando la ley penal por analogía, violando el principio de legalidad de la ley penal. Por otro lado, el planteo de la constitucionalidad de las omisiones impropias no tipificadas, haciendo referencia al argumento teleológico. Entendiendo que, cuando la ley se refiere a matar o causar la muerte, lo hace en el sentido netamente normativo. Es decir, que se plantea que, causar la muerte seria asimilable a considerar que se ha tenido la culpa de la producción del resultado.

En razón de lo dicho, Stefani (2018) aclara que “los tipos de omisión impropia o comisión por omisión reúnen una estructura distinta a la activa, porque requieren que se configuren ciertos elementos, por contener una estructura especial”. Se requiere, en primer término, una situación tipificada, por eso, no es delito cualquier omisión, sino que son tipos que dependen de la circunstancia. Terragni (1997) aclara que:

“Una teoría tradicional afirma que en los delitos de comisión impropia el sujeto infringe los deberes contenidos en dos normas: una que prohíbe y otra que ordena. La desobediencia de una norma prohibitiva se produce con consecuencia de omitir la impuesta por otro precepto. Se trata de delitos que, por lo general, no se hallan tipificados como de comisión por omisión. El intérprete debe recurrir a un tipo prohibitivo, que tiene por finalidad dar protección al mismo bien jurídico, que resulta lesionado también por la omisión”.

En este sentido podemos completar, al decir de Stefani (2018).

"Luego, requiere la no realización de la conducta mandada, en virtud de que los tipos omisivos contienen mandatos de hacer, y su no realización sería constitutivo de lo prohibido por el tipo penal. También, la posibilidad física de llevar a cabo la conducta ordenada, esta exigencia responde a una cuestión lógica de que el derecho penal no puede exigir lo imposible, por ende es requisito esencial que exista una posibilidad física y material de llevar adelante la conducta mandada. Además requiere la producción del resultado, por tratarse de tipos de resultados, es necesario que el resultado se produzca efectivamente, lo que no quita que se pueda punir los casos de omisión tentados. Por su parte, el requisito del nexo de evitación, plantea su equiparación a la causación con la no evitación del resultado, realizando para ello, un juicio hipotético mental de la agregación de la conducta debida, y si agregando tal conducta el resultado no se hubiere concretado, podría imputarse tal conducta como omisiva”.

En este tipo de delito se reprocha la inacción, la inactividad de determinado sentido, por lo tanto quedan fuera la voluntad y la cognición en la configuración del delito como en los tipos activos. Para que haya dolo en este tipo de delitos, el sujeto debe conocer las circunstancias que generan el deber de actuar, encontrarse en posición de garante del bien jurídico protegido, y pese a ello, dejar que se dé el resultado ya tipificado.

Siguiendo este planteo, la imputación de Y. L. carece de todo sustento legal. Dado que el art 18 de la C.N. garantiza el debido proceso, es decir, aquel proceso fundado en la ley anterior al hecho del proceso y en el art 1 del CPPER que al final de su inciso a) dice: “No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela sino por actos u omisiones calificados como delitos por una ley anterior.” Es decir que se plantea de algún

modo el delito de omisión, pero debe estar tipificado por una ley anterior al hecho del proceso.

b. Amplitud de la prueba en cuestiones de género

Indiana Guereño (2019) nos introduce en lo que pasa con las mujeres cuando atraviesan un proceso penal, dice que

“el sistema penal valora cuestiones que hacen a la manera en la que ellas llevan adelante sus vidas y que no tienen vinculación alguna con el hecho por el que se las juzga o el pedido en concreto que se está resolviendo. Se las juzga moralmente por lo que son, o mejor dicho, por lo que se creen que son, y no por lo que supuestamente hicieron. Ese juicio moral vulnera fundamentalmente el principio de culpabilidad por el acto, en virtud del cual el sistema penal sólo debería juzgar actos y no maneras de ser. También degrada el principio de inocencia por el cual somos inocentes hasta que el Estado demuestre lo contrario. Además, esa manera de juzgar provoca la imposibilidad de defenderse. Es que ese juicio moral lo realiza la persona que juzga desde su despacho y trayectoria de vida, la cual es muy distinta a la de la mujer que está juzgando.”

un ejemplo de ello lo encontramos en el fallo LEIVA en autos LEIVA, M. C. S/HOMICIDIO SIMPLE. CSJN L421 XLIV 01/11/2011 en el cual, la corte da cuenta que en primera instancia, se deshecha la legítima defensa en un contexto de violencia de género, con el argumento de que la imputada había consentido lo que sucedía porque seguía conviviendo con la pareja.

Esta cuestión de la práctica, en el proceso penal, es una de las preocupaciones presentes a la hora de los procesos. Introducir la perspectiva de género en los procesos penales implica dar amplitud a la prueba y trabajar sobre las situaciones de vida y contexto en el que se produce el hecho, para derribar ciertas construcciones históricas asociadas a roles de hombres y mujeres.

Julieta Di Corleto (2019) plantea que es necesaria la recopilación de datos contextuales relacionados con la trayectoria vital de la asistida, Es necesaria “... la escucha activa, ... ser permeable a las explicaciones, no evaluar, juzgar y menos aún descalificar a la entrevistada; estar alerta al lenguaje no verbal y a los tonos de la

comunicación; mostrar disposición física y mental y promover el diálogo...” Dado que la violencia de género, puede subsumir a la mujer a la adaptación a determinadas situaciones, que aparentan realizar acciones con total libertad, pero forman parte de la dominación violenta sufrida en multiplicidad de formas.

Di Corleto (2019) expone lo siguiente:

“ En el supuesto concreto de la violencia, si bien ésta es una temática que aún no está suficientemente explorada en casos de mujeres imputadas, tanto en doctrina como en jurisprudencia se le han reconocido efectos en la determinación judicial de la pena, en la exclusión de la culpabilidad, en el reconocimiento de las causas de justificación, o incluso en la exclusión de la tipicidad subjetiva u objetiva.

Dependiendo de los distintos grados y sus diferentes modalidades (violencia física, emocional, sexual y económica), la violencia intrafamiliar puede tener efectos muy profundos en la salud física y mental de las mujeres. En los supuestos más graves, la experimentación de violencia puede anular toda posibilidad de dirigir las propias acciones. De hecho, la Corte Interamericana reconoció que en algunos supuestos puede derivar, no sólo en un control absoluto del movimiento de la víctima, sino también en la anulación de su autonomía. En ese caso la Corte estableció que la violencia padecida por la mujer, incluso cuando había sido ejercida por un particular, constituía tortura: las agresiones habían sido intencionales, habían sido cometidas con una finalidad concreta, y habían causado severos sufrimientos físicos o mentales. Por lo demás, en casos no tan extremos, la violencia en cualquiera de sus formas, sumada a la subordinación en la esfera económica y simbólica, puede dificultar cualquier intento de evitar la intervención en conductas ilícitas organizadas por terceros. Esto sin descontar que, también en el marco de una situación de violencia, un aporte neutral (como por ejemplo, una conducta estereotipada), ni siquiera calificará como participación en un delito ajeno.

En los autos ROMERO, OMAR DAVID S/AMENAZAS COACTIVAS, DESOBEDIENCIA y VIOLACION DE DOMICILIO, RESISTENCIA A LA AUTORIDAD, LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR HABER SIDO COMETIDAS CONTRA UNA PERSONA CON QUIEN SE MANTIENE RELACION DE PAREJA Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO, AMENAZAS COACTIVAS Y AMENAZAS todos concursados realmente entre sí, en calidad de aut”; EXP: 353/21 (considerando 3) se recupera un desarrollo acerca de estas situaciones en las

que la violencia ejercida, le quita autonomía a la víctima anulando cualquier posibilidad de actuar libremente.

Estos desarrollos permiten observar y analizar una realidad de la práctica de la justicia, que en ciertos casos, la violencia ejercida, por no ser excesivamente física, o visible, no es reconocible como tal por la víctima, y las alertas de esta situación suelen pasar desapercibidas en el proceso, por no ser contundentes y/o eficientes para probar la situación.

Ernesto Kamada (2020) nos recuerda que la ley 26.485 exige a los magistrados tratar la prueba con amplitud, en virtud de no lesionar las garantías procesales de víctimas de violencia de género, y en su escrito, desarrolla los sentidos de una correcta aplicación de perspectiva de género en los procesos penales, para no entrar en contradicción con principios del derecho y garantías constitucionales. En la misma línea, expresa su voto la Dra Highton de Nolasco en el caso LEIVA (Considerando 4. CSJN. LEIVA, M C S/HOMICIDIO SIMPLE. L421 XLIV 01/11/2011).

Por lo expuesto, en lo que hace a las mujeres frente procesos penales, es necesario conservar y defender los principios del derecho penal para un correcto ejercicio de la justicia, pero sin dejar de lado las recomendaciones respecto de la perspectiva necesaria para el tratamiento de los casos, casos en que, la situación de violencia que vive una mujer, en el contexto que se producen los hechos, es esa fuerza irresistible, que disminuye o exime de responsabilidad a mujeres que son víctimas de alguien que las somete y víctimas de la sociedad que las juzga y las sentencia moralmente sin derecho a defensa.

V. Posición del autor

En el desarrollo del fallo podemos encontrar un gran debate de dos cuestiones realmente excepcionales, por un lado, la tipificación de los delitos de omisión, conocidos como de omisión impropia o de comisión por omisión; y por el otro lado, incluir la perspectiva de género, que da amplitud a la prueba, dando lugar a la posibilidad de un eximente, siempre que la violencia se demuestre y pueda ser reconocida como aquella fuerza irresistible, que exime el dolo o agravante, puesto que, esa fuerza irresistible lleva a que se concrete la lesión grave y/o definitiva del bien jurídico protegido.

Para el primer tema, resulta necesario avanzar en materia legislativa, para salvaguardar el derecho, que por historia y jurisprudencia sostiene reglas de tipo objetivo, que mantienen un orden e instituyen los modos de hacer, que necesitan del control práctico y epistemológico para no caer en arbitrariedades procesales que se llenan de injusticias. Para los delitos de omisión, si no hay avances en materia legislativa, debemos cumplir con los preceptos penales en la definición de la imputación, para no caer en lagunas normativas o imposibilidades probatorias contundentes, que hacen que cualquier condena se vuelve injusta, porque va en contra del principio in dubio pro reo, atentando además, contra el principio de igualdad de armas.

En cuanto al segundo, la ley 26.485 propone que, ante cualquier alerta, indicio o testimonio, es necesario dar amplitud a la prueba y ampliar la investigación en este sentido, dado que muchas situaciones de violencia se naturalizan como modos de ser y hacer, con roles a cumplir por las mujeres, que muchas veces se adaptan a estas situaciones para sobrevivir y/o proteger a sus hijos. En pocas ocasiones se han revelado a estas situaciones, y ha sido por violencia física extrema, sin desnaturalizar violencias simbólicas, psicológicas y económicas, que se invisibilizan en la cotidianidad y que el ejercicio de su desnaturalización es complejo. Desde el fallo y los desarrollos doctrinarios, se observa la tensión presente entre la correcta aplicación y la arbitrariedad de resoluciones que revelan cierto desconocimiento de las cuestiones de género o desaciertos en las decisiones acerca de la amplitud probatoria y la carga dinámica de la prueba.

Las recomendaciones de CEDAW y las leyes de protección invitan a dar especial atención a las cuestiones de género, que a consideración personal, debería ser parte de cualquier proceso relacionado con mujeres (en términos más precisos, debemos incluir todas las categorías de género y transgénero, pero el caso particular que nos ocupa, versa sobre una mujer), para confirmar o descartar su especial tratamiento, teniendo en cuenta que, según el caso, agrava, aumenta o disminuye la pena, pudiendo perpetuar la pena o absolver a la imputada y que, el especial tratamiento en estas cuestiones, pone en tensión los principios del derecho penal.

Por lo expuesto, considero acertada la decisión del tribunal de absolver a la imputada, dado que el contexto violento no le permitió dar cuenta de la gravedad de la situación que llevó al resultado imputado. Pero lo más grave que se encuentra en este fallo

estudiado, es la construcción de la imputación, que quedó imprecisa y de nulidad absoluta, atentando contra los principios del derecho penal y las garantías constitucionales de la imputada, ingresando a la discusión de los delitos de omisión impropia, sin definir en la imputación cuál era la conducta debida y no realizada.

Considero que es un fallo ejemplar, en términos de proceso penal, dado que intenta corregir tres cuestiones, la correcta imputación y el control de garantías, la inclusión de la perspectiva de género en el proceso, y la reparación de la violencia institucional sufrida por la imputada en virtud de ser juzgada en forma estereotipada.

VI. Conclusión

En el análisis del caso, nos encontramos con un proceso penal, que se inicia con la muerte de una niña, y que, a primeras luces, los guardadores de la niña son responsables totales de lo sucedido.

Cuando nos adentramos en las profundidades del proceso, comenzamos a vislumbrar un manejo discrecional de la prueba, que para algunas cosas, resulta eficiente, pero para otras no es suficiente aunque tengan vinculación probatoria.

El problema de prueba en este fallo, hace visible el error en la imputación, intentando otorgar la autoría de un hecho omisivo, que resulta complejo de comprender y, sobre todo, probar; imponiendo, a la acusada, una categoría estereotipada y errónea para forzar la responsabilidad de lo sucedido.

Este fallo, nos introduce en dos cuestiones que ponen de manifiesto la necesidad de tener presentes los principios que hacen y definen cada rama del derecho, además de tener en cuenta la perspectiva de género en el análisis de las pruebas. La primera cuestión es la de los delitos de omisión, su discusión acerca de la legalidad de estos delitos y su definición. La segunda cuestión es el tratamiento del caso con perspectiva de género, la amplitud de la prueba y la reconstrucción del contexto del hecho a probar, que incide directamente con las responsabilidades y acciones realizadas u omitidas.

Una tercera cuestión que podemos agregar es la violencia institucional que sufre la imputada, al estar en un proceso que termina lesionando sus derechos y, cuando llega la solución justa, el daño causado resulta difícil de reparar.

VII. Bibliografía

Doctrina:

- AA. VV. (2019) *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Recuperado de <https://inecip.org/wp-content/uploads/2021/12/Feminismos-y-Politica-Criminal-2019-Dic-2021.pdf>
- Alchourron, C., & Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- CEDAW (1992) Recomendación general N°19. Recuperado de https://violenciagenero.org/web/wp-content/uploads/2017/07/cedaw_1992.pdf
- CEDAW (2015). Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/231/57/PDF/N1723157.pdf?OpenElement>
- CEDAW (2017) Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N.º 19. Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/231/57/PDF/N1723157.pdf?OpenElement>
- Di Corleto, Julieta. (2019) *Defensa penal y perspectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con la ley penal*. En *Feminismos y política criminal*. Recuperado de <https://inecip.org/wp-content/uploads/2019/10/Feminismos-y-pol%C3%ADtica-criminal-2019.pdf>
- Guereño, Indiana (2019) *Atrapadas por el derecho. Juzgadas por ser. Defensa penal y perspectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con la ley penal*. En *Feminismos y política criminal*. Recuperado de <https://inecip.org/wp-content/uploads/2019/10/Feminismos-y-pol%C3%ADtica-criminal-2019.pdf>
- Jesus, G. de y Adurogú, M.(2014). *Un fallo que reafirma el concepto de carga dinámica de la prueba*. Recuperado de http://www.rctzz.com.ar/publicaciones/RCTZZ_publicaciones_id85.pdf
- Kamada, Luis Ernesto (2020) *¿Requiem para la presunción de inocencia en los delitos cometidos en contexto de violencia de género?*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/luis-ernesto-kamada-requiem-para-presuncion-inocencia-delitos-cometidos-contextos-violencia-genero-dacf200098-2020-05->

20/123456789-0abc-defg8900-

02fcanirtcod?&o=189&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B75%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=1711

Molina, Gonzalo. (2014). *Delitos de omisión impropia*. Rubinzal Culzoni.

Stefani, Gabriela. (2018). *Delitos de omisión impropia: “Análisis comparado entre legislación de España y Argentina”*. Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49002.pdf>

Terragni, Marco Antonio (1997) *Omisión impropia y posición de garante*. REVISTA Colección Jurídica, Fac. Ciencias Jur. y Soc. Univ. Nac. del Litoral. Centro de Publicaciones, Sec. Ext., Univ. Nac. Litoral. Id SAIJ: DACF000106. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf000106-terragni-mision_impropia_posicion_garant#

Jurisprudencia:

"CRISTO MIGUEL ANGEL S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO, CON ENSAÑAMIENTO Y ALEVOSÍA Y LESCOANO, YANINA SOLEDAD S-HOMICIDIO CALIF. POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", Expte. N° 5253. 29/03/2023 obtenido de <https://www.jusentrerios.gov.ar/wp-content/uploads/2023/03/Yanina-Lescano-Sala-Penal.pdf>

“ROMERO, OMAR DAVID S/AMENAZAS COACTIVAS, DESOBEDIENCIA y VIOLACION DE DOMICILIO, RESISTENCIA A LA AUTORIDAD, LESIONES GRAVES AGRAVADAS POR HABER SIDO COMETIDAS CONTRA UNA PERSONA CON QUIEN SE MANTIENE RELACION DE PAREJA Y EN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE GENERO, AMENAZAS COACTIVAS Y AMENAZAS todos concursados realmente entre sí, en calidad de aut”; EXP: 353/21 Fecha 10/03/2022 – Gualeguay - Tribunal de Juicio y Apelaciones. Obtenido de <http://jur.jusentrerios.gov.ar/jur/aplicacion.php?ah=st64863f99477b22.05557005&ai=jur%7C%7Cnewpublica>

“LEIVA, MARIA CECILIA S/HOMICIDIO SIMPLE. CSJN L421 XLIV 01/11/2011
obtenido de [https://drive.google.com/file/d/1n_nl-
KOWCYcxK_kEhyKeB8v_AvLo4_bM/view?pli=1](https://drive.google.com/file/d/1n_nl-KOwCYcxK_kEhyKeB8v_AvLo4_bM/view?pli=1)

Legislación :

Ley 23.179 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm> en fecha 10/06/2023.

Ley N° 27.499, (2018). Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género Para Todas las Personas que Integran los tres Poderes del Estado. Obtenido de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27499-318666/texto>

Ley N° 26.485. (2009). Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

Ley N° 24.632 (1996). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

Ley N° 24.430, (1994). Constitución Nacional Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Ley N° 11.179, (1921). Código Penal de la Nación Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Ley 26994. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Ley 9754 (2007). Código procesal Penal de la Provincia de Entre Rios. Recuperado de <https://www.jusentrieros.gov.ar/biblioteca/codigo-procesal-penal-de-entre-rios>