



## **EVOLUCIÓN DEL DERECHO EN MATERIA DE GÉNERO**

NOTA A FALLO

Micaela Mariel Marcello

38.583.926

Abogacía

VABG106918

Prof. Tutora: Susana Paola Abraham

Neuquén Capital, 2023

**Tema:** Perspectiva de género

**Fallo:** “REYES ROSALIA ESTHER S/ RECURSO DE CASACIÓN” y su acumulada N° 103.852 caratulada “REYES ROSALIA ESTHER S/ RECURSO DE CASACIÓN (ART. 417 CPP)” Causa N° 103.123 - Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

**Sumario:** I. Introducción. II. Plataforma fáctica historia procesal y descripción de la decisión del tribunal. III. Ratio Deciden di. IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales. V. Postura de la autora. VI. Conclusión. VII. Listado de referencias bibliográficas.

## **I.- Introducción.**

La perspectiva de género es una herramienta que nos permite analizar la manera en la que hemos construido la historia, la cultura, las relaciones intrapersonales y la convivencia en sociedad. Con la vista puesta en el futuro, la propuesta siempre ha sido transformar, tanto instituciones sociales, como leyes, normas culturales y prácticas comunitarias, que sin lugar a duda, han sido tendientes a la discriminación y la desigualdad entre los géneros. Es así que, la inclusión de la perspectiva de género en nuestro ordenamiento jurídico se ha ido gestando paulatinamente.

A partir de la firma de diversos tratados internacionales, y su incorporación a la Constitución Nacional, la problemática fue visualizada por normas jurídicas. Es así que, la reforma de 1994 introdujo modificaciones muy importantes para los derechos de las mujeres en Argentina, que ha asumido fuerte compromiso con los derechos de género al ratificar diversos instrumentos internacionales. La aplicación de una perspectiva de género en el análisis de la normativa, persigue el fin de crear un derecho verdaderamente igualitario e inclusivo. Es gracias a este compromiso legislativo, que a partir de la sanción de la Ley Micaela, se dispuso la capacitación obligatoria en

la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, dentro los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. (Ley 27499 Artículo 1°, 2018).

En la presente lectura se analiza el fallo dictado por la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de la Cusa N° 103.123 caratulada “*REYES ROSALIA ESTHER S/ RECURSO DE CASACIÓN*” y su acumulada N° 103.852 caratulada “*REYES ROSALIA ESTHER S/ RECURSO DE CASACIÓN (ART. 417 CPP)*”. El mismo expone un proceso de controversias respecto a la acusación que recae sobre una mujer juzgada de homicidio por la muerte de su bebé.

De su relevancia jurídica parte la importancia del caso expuesto en el presente análisis, considerando que ha de servir como antecedente jurisprudencial para futuros casos análogos en materia penal, en los que la imposición de la pena, no debe ser consecuencia de una interpretación aislada de la norma, sino que debe contemplar la contextualización de la mujer, cuyo derecho se ve menoscabado con sentencias que no aplican la perspectiva de género.

El caso presenta un problema axiológico, definido por Dworkin, como aquellos que se suscitan respecto de una regla de derecho por la contradicción con algún principio superior del sistema o un conflicto entre principios en un caso concreto. En los estados de derecho contemporáneos, junto con normas que establecen condiciones precisas de aplicación, denominadas reglas, existen otros estándares jurídicos que funcionan de una manera diferente a las primeras y que también son utilizadas por el juez al momento de justificar sus decisiones. Los llamados principios jurídicos. En el caso de la contradicción de una regla con un principio, puede referirse a la inadecuación de una propiedad relevante establecida en la regla con un derecho fundamental establecido en la forma de principio jurídico. (Dworkin, 2004)

En el fallo analizado, el problema axiológico se pone de relieve con las resoluciones de los tribunales de distintas instancias, que interpretan y resuelven de forma antagónica la misma cuestión. A partir de la jerarquización de instrumentos internacionales tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer, se ha tenido que compatibilizar reglas y principios que surgen del derecho interno con los que se derivan de la norma convencional.

La premisa normativa, cuyo sustento aporta la sentencia de primera instancia, colisiona con la condición relevante que aportan los principios consagrados en la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer” (Ley 23.179), y la Ley de protección Integral a las mujeres (Ley 26.485).

## **II.- Reconstrucción de la premisa fáctica, la historia procesal y la descripción del tribunal.**

El hecho se suscita en el interior de la vivienda en la que la demandada residía junto a sus cuatro hijos, ubicada en la localidad de Argerich. En horas de la noche del día 18 de mayo de 2005, la acusada dio a luz a una recién nacida que luego de nacer fallece a causa de un shock hipovolémico por hemorragia a través del cordón umbilical. El cuerpo de la recién nacida se introdujo en una bolsa de nylon, y fue enterrado por su madre, en el patio de su domicilio.

Los jueces firmantes, que integran la Sala del Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial Bahía Blanca, el 19 de febrero del año 2020, resolvieron que la acusada era autora penalmente responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo, y la condenaron a la pena de ocho años de prisión.

Contra dicho pronunciamiento, la Defensora Oficial, interpuso recurso de casación planteando seis motivos de agravios, entre ellos: a) el quebrantamiento del principio de inocencia en la valoración con sentido inculpatario del descargo de la imputada en la oportunidad del art. 308 del CPP (Código Penal de la República Argentina, 1922. Art. 308) d) la errónea valoración probatoria en la justificación de los extremos de la imputación, planteando la ausencia de conducta, la ausencia de los elementos objetivos del tipo omisivo y el error de tipo en el despliegue del accionar imputado e) la duda sobre la capacidad de culpabilidad y f) la aplicación discriminatoria y descontextualizada del estereotipo de “mala madre” como derivación de la problemática de violencia de género.

No obstante ello, la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca rechazó por inadmisibile la acción de habeas corpus interpuesta.

La Defensora Oficial dedujo recurso de casación contra la decisión de la Cámara, por lo que los autos se elevaron a la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, que dispuso casar el decisorio impugnado, hacer lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, absolver a la imputada en los términos del art. 34 inc. 1° del CP, ordenando su inmediata libertad. (Código Penal de la República Argentina, 1922).

### **III.- Ratio Decidendi.**

La Cámara de Casación Penal, en primer lugar consideró que existe insuficiente fundamentación sobre la capacidad de culpabilidad de la acusada afirmada por el Tribunal inferior. Tampoco se llevó a cabo una evaluación efectuada con perspectiva de género, ni una adecuada contextualización de los hechos y de las condiciones de vida de la imputada. En contra de lo enunciado en la decisión impugnada, la duda, en tanto repercusión de la garantía de inocencia,

como posición del Juez respecto de la verdad, surge a partir de la insuficiencia en los fundamentos empleados por el Tribunal, que, sólo se sustentan en su afirmación con omisión de perspectiva de género.

La Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, integrada por los señores jueces doctores Daniel Carral y Ricardo Maidana, resolvieron de forma unánime revocar la sentencia de primera instancia, con amparo en las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22), que establecen la necesidad de cambios coyunturales en las leyes y la administración de justicia. Dentro de dicho fundamento normativo se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979).

Lo propio surge de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), cuyo texto se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género, a raíz del reconocimiento de que los patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer en todas sus formas. (Convención de Belém Do Pará, 1994).

Los jueces de la Cámara argumentan que debe incorporarse la “perspectiva de género” como pauta interpretativa constitucional, basándose en la jurisprudencia interamericana en el “Caso del Penal Miguel Castro c. Peru’”, donde la Corte IDH utilizó, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el “impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos” (Miguel Castro c. Perú, 2006).

Asimismo, los jueces adunaron los recientes pronunciamientos de la CSJN sobre la incorporación de la perspectiva de género y alegaron que ignorar las manifestaciones sobre violencia de género y pretender invertir la carga de la prueba sobre ésta, resulta contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos, (Convención de Belém Do Pará, 1994).

Por otra parte, este Tribunal advierte insuficiencia en la fundamentación utilizada, la que no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias de la causa para tener por comprobados los extremos en cuestión.

En conclusión, ante el problema axiológico existente, el Tribunal de Casación, al dictado de su sentencia considera la contextualización de la acusada, una mujer en estado de vulnerabilidad, con escasos recursos económicos, personales y psicológicos, e incorpora la perspectiva de género en la valoración de los hechos, conforme la normativa vigente que permite identificar principios esenciales con la perspectiva de género que, conforme su propia jerarquía (arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), se proyectan desde la Constitución hacia los ordenamientos nacionales, provinciales y municipales.

#### **IV.- Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.**

En la legislación existente, las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22), establecen normativa como la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que tiene el objetivo, de incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos (CEDAW, 1979). Esto implica que sean incorporadas las medidas necesarias por parte

de los Estados, y así, dar cumplimiento con los requisitos establecidos en dicho instrumento jurídico.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, cuyo texto se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género, a raíz del reconocimiento de que los patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer en todas sus formas, dando por sentado que esta violencia constituye una forma de impedir y anular el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres (Convención de Belém Do Pará, 1994).

Bajo estos lineamientos, surge una clasificación expresa sobre la violencia padecida por las mujeres, que la Ley 26.485, en su artículo 5 enumera de la siguiente forma: violencia física, violencia psicológica, violencia sexual, violencia económica- patrimonial, y violencia simbólica. Y en su artículo 6, se encuentran las modalidades, entendiéndose como las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: violencia doméstica contra las mujeres, violencia institucional contra las mujeres, violencia contra la libertad reproductiva, etc. (Ley de Protección Integral a las Mujeres, 2009, p.2).

Cabe destacar, que dentro de la jurisprudencia podemos encontrar fallos emitidos por La Corte Interamericana de Derechos Humanos, que responden también a la problemática tratada en el presente análisis. En uno de los casos, La Corte, utilizó en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el “impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos” (Miguel Castro c. Perú, 2006).

Asimismo, en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. (González y Otras "Campo Algodonero", 2009)

También, encontramos en la jurisprudencia interamericana el “Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador”, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó Sentencia mediante la cual declaró internacionalmente responsable a la República de El Salvador por la violación de los derechos: i) a la libertad personal y a la presunción de inocencia; ii) a la defensa, a ser juzgada por un tribunal imparcial, a la presunción de inocencia, el deber de motivar, la obligación de no aplicar la legislación de forma discriminatoria, la igualdad ante la ley, el derecho a no ser sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes; iii) a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, a la salud e igualdad ante la ley, y a la integridad personal en perjuicio de la madre, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de la imputada. (Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador, 2021).

Es dable mencionar la obra *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión*, que permite apreciar un análisis crítico sobre la aplicación de la dogmática penal a las “malas madres” reflexionando sobre las consecuencias del juzgamiento en el ejercicio de la función maternal.

La autora Cecilia Hop, resalta que:

El derecho, con sus propias herramientas normativas e interpretativas, también ha construido sentidos sociales y culturales respecto de la maternidad. Permite evidenciar que el mandato de maternidad es multiforme y que se cristaliza no solo cuando se persigue penalmente la interrupción de un embarazo, sino también cuando se juzga a una mujer en conflicto con la ley penal, y deja a la vista que el derecho penal y procesal penal, además de gestionar el castigo, define las relaciones de familia y complementa el quehacer estatal en la implementación o ausencia de políticas públicas destinadas a erradicar la inequidad de género. (Hopp, 2023, p.11-12).

### **V.- Postura de la autora.**

Al encontrarnos ante un conflicto entre una regla jurídica del derecho interno, que se traduce en el análisis del Tribunal inferior, respecto a la existencia de la acción típica, antijurídica y culpable configurada por el Art. 80 inciso 1 del Código Penal, y como contraparte los principios incorporados por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, así como también instrumentos legislativos diversos que, visibilizan la extrema necesidad de perseguir y obtener la igualdad de los géneros mediante la justicia impartida, podemos advertir que, ignorar las manifestaciones sobre violencia de género, resulta contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos, toda vez que la violencia de género implica “cualquier

acción o conducta, basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Convención de Belém do Para, 1994, Artículo 1).

Estamos frente a una causa en donde existen antecedentes de violencia padecidos por la imputada, como así también, las condiciones personales, familiares, sociales y económicas, que la ubican en un contexto de vulnerabilidad que se mantuvo como una constante durante todo su desarrollo de vida. La mayoría de las mujeres procesadas por estos hechos tienen escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad.

La Corte IDH advirtió que “la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima (de violencia de género) durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (González y Otras "Campo Algodonero", 2009).

La condena se basó en prejuicios de género que se sustentan en las expectativas culturales patriarcales respecto de una “buena madre” y en la idea de existencia de un instinto maternal, reprochándole a la imputada la falta de asistencia omitiendo los instintivos cuidados de madre de un recién nacido.

La resolución abordada por el Tribunal de Casación, nos muestra una acertada decisión poniendo de relieve el compromiso con los principios consagrados en la Constitución Nacional, manifestando que la única vía posible para erradicar la desigualdad de los géneros y al

fin crear un derecho inclusivo e igualitario, es a través de la aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia.

Del análisis efectuado ut supra, surge la postura adoptada en favor de la resolución del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 3 de Bahía Blanca, que ante el problema axiológico suscitado, ha decidido con la conformidad de todos sus miembros, incluir la propiedad relevante que se traduce en la perspectiva de género y así resolver esta colisión de regla jurídica – principio jurídico.

## **VI.- Conclusión.**

En razón de lo que hemos ido desarrollando a lo largo de la presente lectura, concluimos que, los jueces del Tribunal inferior, no debieron omitir el análisis de los hechos con su debida contextualización de la realidad, de quien fue acusada por el homicidio de su hija recién nacida. Al tratarse, en primer lugar de una mujer de muy bajos recursos, único sostén de sus cuatro hijos, precarizada laboralmente, y víctima de violencia de género, la propia condena a una pena de prisión nos conduce a interpretar que se ha tratado de un acto discriminatorio.

Al no haberse aplicado la perspectiva de género como factor relevante, inevitablemente se llegó a una condena injusta y arbitraria, basada en consideraciones morales y patriarcales, que solo reafirman la existencia de estereotipos de género dentro de los Tribunales. La aplicación de la Ley Micaela, hubiese permitido en los razonamientos judiciales, que se desarrolle un tratamiento diferenciado que implica la incorporación de perspectivas específicas de género al caso concreto, así como también haber llevado a cabo el estudio de las disposiciones vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, tendientes a proteger la integridad de la mujer.

Como hemos visto a lo largo de la lectura, existen numerosas fuentes en materia legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, que dan sustento a la visión de que un derecho igualitario es posible, en tanto la administración de justicia, asuma el rol de tomar decisiones que promuevan la igualdad, la libertad, en pos de la dignidad humana.

## VII.- Listado de referencias bibliográficas.

### *Doctrina.*

Dworkin, R. (2004). *Los derechos en serio*. Ed. Ariel.

Di Corleto, M. F. S. y. J. (2017). *Género y justicia penal*. Ed. Didot.

Hop, C. M. (2023). *Maternidades enjuiciadas. Delitos de omisión*. Ed. Didot.

### *Legislación.*

De la Nación Argentina, C. (1994). *arts. 31 y 75 inc. 22*.

CEDAW (1979). *Ley 23.179*.

Do Pará, C. de B. (1994). *Ley 24.632*.

De la Nación Argentina, C. (2018). *Ley Micaela 27.499*.

De la Nación Argentina, H. C. (2009). *LEY DE PROTECCION INTEGRAL A LAS MUJERES Ley 26.485*.

De la Nación Argentina, C. (1921). *CODIGO PENAL DE LA NACION*

### *Jurisprudencia.*

Caso del Penal Miguel Castro c. Perú”, Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2006). <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, (16 de noviembre de 2009).

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo4.pdf>

Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador, Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021).

*Otras fuentes:*

Gastaldi y Sofía Pezzano, P. (2021). *Juzgar con perspectiva de género*. Revista Argumentos Núm.

12 2021, pp. 36-48.