

Delitos de omisión impropia y mujeres madres condenadas: la necesidad de juzgar con perspectiva de género.

Stefania Borthiry

(Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina)

Resumen: En el presente, luego de un somero análisis de los delitos de omisión con especial interés en los de omisión impropia, se presentarán tres procesos que llegaron hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que distintas mujeres fueron condenadas por la muerte de sus hijos bajo la figura de homicidio agravado en comisión por omisión. De dichos procesos se analizarán las resoluciones emitidas por las distintas instancias judiciales, de las que surge la falta de perspectiva de género en la formulación de la teoría del delito.

Asimismo, se verá cómo la ausencia de tal enfoque implica directamente adjudicar la responsabilidad a las mujeres imputadas, sin efectuar un estudio en profundidad de la situación. En particular, y más allá de si corresponde condenar o absolver a estas mujeres, se verá cómo los sesgos de género, el estereotipo de “buena madre” y el pasar por alto el contexto de vulnerabilidad propio de los casos seleccionados conllevan a una insalvable vulneración de los derechos de las mujeres que atraviesan un proceso penal.

Palabras clave: Delitos de omisión impropia – posición de garante – estereotipos de género – teoría del delito – perspectiva de género

Abstract: *In the present, after a brief analysis of the crimes of omission with special interest in those of improper omission, I will present three processes that reached the Supreme Court of Justice of the Nation in which different women were sentenced for the death of their children under the figure of aggravated homicide in commission by omission. From these processes, different judicial resolutions will be analyzed, from which arises the lack of gender perspective in the formulation of the theory of crime.*

Likewise, it will be seen how the absence of such an approach directly implies assigning responsibility to the accused women, without carrying out an in-depth study of the situation. In particular, and beyond whether it is appropriate to condemn or acquit these women, it will be seen how gender biases, the stereotype of "good mother" and ignoring the context of vulnerability of the selected cases lead to an insurmountable vulnerability of the rights of women undergoing criminal proceedings.

Key words: *Crimes of improper omission – guarantor position – gender stereotypes – crime theory – gender perspective*

1. Introducción.

El objeto de la teoría del delito, es formular reglas generales, que sirvan para imputar cualquier hecho punible, a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad en su comisión. En consecuencia, presenta aquellas exigencias que en todos los casos deben cumplirse para que una determinada acción sea punible. Esa pretensión, sólo es posible si, más allá de sus diferencias, necesariamente todos los delitos reúnen características iguales, es decir, los mismos elementos esenciales (Righi, 2008).

Así, mediante su uso, se pretende una aplicación altamente objetiva del derecho penal vigente. Pero lo cierto es que la teoría del delito no siempre resulta suficiente para alcanzar resultados justos en todos los procesos. De hecho, algunos autores han llegado a aceptar que, sin una base ideológica que reconozca la funcionalidad del poder punitivo del Estado, la teoría del delito se puede convertir en una herramienta al servicio de los fines más discutibles (Zaffaroni como se citó en Asensio y Di Corleto, 2020).

Lo cual implica que su aplicación, en ausencia del contexto social o de las particularidades propias de las personas involucradas, podría concluir en una respuesta estatal deshumanizante. Por ello, incluso los autores más estrictos en cuanto a la dogmática penal, han comenzado admitir, la necesidad de repensar las bases de esta teoría, incorporando nuevas miradas, que tradicionalmente, no venían siendo consideradas. En estos términos, una de los nuevos enfoques que debe incluirse es la perspectiva de género, como herramienta pensada para amortizar o disminuir las situaciones de desventaja históricamente padecida por las mujeres.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) entiende a la perspectiva de género como

(...) el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres sean un elemento integrante de la elaboración, la supervisión y la aplicación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad sustantiva entre géneros.ⁱ

En este orden de ideas, resulta fundamental abrir un debate sobre la necesidad de

ⁱ Definición citada en fallo “L.S.B s/Recurso de Casación” causas no 69.965 y 69.966 de la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, 5 de Julio de 2016.-

desarrollar argumentos que, sin sustituir los logros de la teoría del delito, la complementen para alcanzar respuestas inclusivas. Para este desafío, la perspectiva de género, ofrece herramientas, que habilitan una revisión de las prácticas jurídicas y de la dogmática penal tal como las conocemos. El reto consiste en advertir las consecuencias del género en el derecho y en la justicia penal, allí donde las normas, los procedimientos y las instituciones jurídicas se presentan como neutrales tanto en sus formas teóricas como en sus aplicaciones (Heim, 2016).

En resumen, este abordaje visibiliza el impacto diferenciado que la ley puede tener respecto de varones y mujeres, impidiendo una aplicación mecánica del derecho que genere una respuesta desigual e injusta.

En rigor, se debe considerar a la perspectiva de género, como una estrategia que permite introducir los problemas reales de disparidad de las mujeres y construir una dimensión que atraviese el despliegue de la teoría del delito. En el caso de Argentina, su implementación se corresponde, como se verá más adelante, con el respeto y cumplimiento de normativa que integra el bloque constitucional.

La necesidad de trabajar con dicha perspectiva se hace patente, particularmente, en aquellos casos en los que existen mujeresⁱⁱ condenadas por la muerte de sus hijos en manos de su pareja - y padre de los menores- bajo figuras omisivas, es decir, por no haber detenido la agresión ni impedido el resultado muerte. Puntualmente, deben reforzarse la implementación de un abordaje de género, en aquellos casos en los que las mujeres condenadas, resultan ser víctimas de violencia de géneroⁱⁱⁱ en los términos de Ley Nacional n° 26.485^{iv}.

Resulta que el modo en que, la violencia, opera sobre la mujer que realiza el tipo penal, requiere que ese concepto, sea entendido del modo amplio en que aparece definido en la ley mencionada. Más allá de poder medir la incidencia que el contexto de violencia, de acuerdo a su tipo e intensidad, su existencia y el modo en que condiciona o determina las conductas de la mujer no puede ser soslayada (Pitlevnik - Zalazar, 2017).

Sucede que, habitualmente, la investigación y juzgamiento de mujeres acusadas de delitos de omisión impropia, en perjuicio de sus hijos e hijas menores carece de un

ii A lo largo del presente trabajo se utilizará el término “mujer/mujeres” para señalar a las mujeres cis, tales como lo son aquellas imputadas y condenadas en los casos que aquí integran el objeto de estudio.

iii Artículo 4º Ley 24.685 — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

iv Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Sancionada: Marzo 11 de 2009.

abordaje con enfoque de género. Por ello, y a fines de alcanzar un sistema de justicia igualitario, a lo largo de los procesos, se debe visibilizar el contexto de violencia y vulnerabilidad social, cultural y económica que enmarca la cotidianidad de estas madres que terminan siendo criminalizadas. Por ello, en el presente se analizarán diversos procesos penales, en los que mujeres madres, fueron condenadas -en primera instancia y en Casación- por no haber impedido, la muerte de sus hijos en manos de su progenitor, decisión a la que se arribó, sin que la perspectiva de género, atravesase la teoría del delito.

En primer lugar, se realizará una presentación de los delitos de omisión, distinguiendo entre omisión propia e impropia y la discusión respecto de la inconstitucionalidad de los últimos.

En segundo término, se señalará la normativa en materia de género, de la cuál surge el deber del Estado Argentino, de abordar aquellos casos en los que se aplican estas figuras -y todos los procesos- con perspectiva de género.

Luego, se presentarán tres procesos, que llegaron hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los que las mujeres fueron condenadas por la muerte de sus hijos, bajo la figura de homicidio agravado en comisión por omisión. De dichos procesos, se analizarán las resoluciones emitidas por las distintas instancias judiciales, de las que surge la falta de perspectiva de género, en la formulación de la teoría del delito.

Asimismo, se verá, cómo la ausencia de tal enfoque, implica directamente adjudicar la responsabilidad a las mujeres imputadas, sin efectuar un estudio en profundidad de la situación. En particular, y más allá de si corresponde condenar o absolver a estas mujeres, se verá cómo los sesgos de género, el estereotipo de “buena madre” y el pasar por alto el contexto de vulnerabilidad propio de los casos seleccionados, conllevan a una insalvable vulneración de los derechos de las mujeres que atraviesan un proceso penal.

2. Delitos de omisión

En el Código Penal Argentino pueden encontrarse tipificados delitos de comisión, que son aquellos en los que se sanciona al autor de un determinado hacer prohibido y delitos de omisión, en los que se reprocha la no realización de la acción ordenada por la norma.

Se trata de dos técnicas legislativas diversas para individualizar conductas prohibidas. Si bien las normas que se deducen de los tipos penales siempre prohíben algo, la diferencia entre el tipo activo o comisivo y el omisivo se halla en la forma de enunciar la norma: el activo asume un enunciado prohibitivo mientras que la deducida

por el tipo omisivo resulta un enunciado imperativo (Zaffaroni, 2005). Es decir que en la forma comisiva se tipifican conductas con prohibiciones mientras que en los omisivos con mandatos.

Al hacer referencia a los tipos omisivos “en seguida surge el problema de que la omisión, según una opinión extendida, no tiene realidad, sino que ontológicamente sería una nada, sobre la que habría que emitir determinados juicios” (Schunemann, 2009)

Señala Welzel (1987) que:

desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. (...) En realidad, acción y omisión (...) son dos subclases independientes dentro de la 'conducta' susceptibles de ser regidas por la voluntad final.

Por lo tanto, acción y omisión no son dos formas ontológicamente distintas (A y B) del comportamiento humano, sino dos subclases independientes (A y no A) del comportamiento humano, susceptibles de ser regidas por la voluntad final. (Muñoz Conde, 1975).

De allí que el concepto de omisión es esencialmente normativo. No puede existir una omisión, en el mundo óntico ya que en él sólo existen acciones. Las omisiones sólo tienen cabida en el mundo normativo (Molina, 2014).

En este sentido, cuando en el ámbito del Derecho Penal se habla de omisión, obviamente no se hace referencia a una mera “no acción”, sino a un “no hacer algo”. Lo determinante para comprobar la omisión es que no se ha realizado la conducta mandada por la norma (Zaffaroni, 1999).

Por ello, la fórmula que define la omisión desde Von Liszt como un no hacer determinado, debe cambiar de sentido: omitir es un hacer que no es el determinado, con lo que se afirma que el objeto valorado es también una acción (Bacigalupo como se citó en Molina, 2014). Sentadas tales bases, se ahondará en los tipos omisivos, dentro de los cuales podemos encontrar delitos propios de omisión -también llamados de pura omisión o de omisión propia- y delitos de omisión impropia -o de comisión por omisión-.

La doctrina entiende que los delitos de omisión propia son aquellos que se dan cuando existe un mandato legal que debe ser cumplido -y ello no ocurre-, mientras que los impropios se dan cuando el mandato incumplido es el de evitar la producción de un resultado que corresponde a un delito de comisión.

Si bien ambos tipos son circunstanciados, pues el deber de realizar una conducta se materializa con la existencia de una situación típica, requieren de distintos elementos para su construcción.

En los delitos de omisión propia la estructura omisiva radica en la desobediencia de

una norma imperativa que exige un comportamiento determinado. Lo que se sanciona es la infracción al mandato que nace de la normativa. Así, cualquiera que se halle en la situación típica puede ser autor porque la obligación de actuar deviene de la mera condición de habitante y no por relaciones jurídicas particulares.

En resumen, los requisitos identificados por la doctrina como elementos de este tipo omisivo propio son: a) la situación generadora del deber de actuar o situación típica; b) la no realización de la acción; c) la capacidad de hecho de ejecutarla.

A diferencia de estos, los delitos de omisión impropia cuentan con una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara, por lo que se requiere que el bien jurídico se afecte de la misma forma que en el caso del tipo comisivo.

Mientras que en los delitos de omisión propia basta con el mero incumplimiento de la acción mandada, más allá de la producción -o no- del resultado lesivo, en los tipos omisivos impropios es necesario que el “no hacer” - es decir, el mandato incumplido- genere el resultado típico y disvalioso planteado por la misma ley en el tipo penal activo.

Asimismo, ya que las omisiones no causan -es decir, que el resultado no va a ser producto causal de la omisión-, deben encontrarse otras razones que permitan imputar dicho resultado al omitente. (Molina, 2014).

Entonces, en el caso de la tipicidad de comisión por omisión, sumado a los requisitos señalados para los delitos de omisión propia, deben agregarse: la producción del resultado típico, el nexo de evitación y la posición de garante.

Ahondando en la producción del resultado típico, como se dijo, las figuras de comisión por omisión son equiparables a las activas, por lo que la omisión debe estar necesariamente vinculada al resultado.

Además de la efectivización del resultado típico, puede endilgarse a quien omita la puesta en peligro concreto. En este orden, señala Jakobs (1997) “resultado, en el sentido de este precepto, es todo lo que se puede evitar, es decir, en principio, el resultado típico de los delitos de resultado, bien sea una lesión, bien una puesta en peligro concreto” (p. 951).

En segundo término, surge el nexo de evitación, propio de la tipicidad omisiva en la que no existe el nexo de causalidad.

El nexo de evitación debe pensarse a la inversa de la relación de causalidad en los tipos activos. En estos, la acción es la que origina el resultado típico y para comprobarlo se aplica la fórmula de la “supresión mental hipotética”. Esto implica chequear que, de no haberse dado la acción, no se hubiese causado el resultado disvalioso.

En el caso de las figuras omisivas debe hacerse una “agregación mental hipotética”, es decir, imaginar que de haberse efectuado la conducta mandada por la ley se podría haber evitado la afectación del bien jurídico.

Lo que, comprobado que el nexo de evitación estaba en manos del omitente, nos lleva a analizar el último requisito para tener por cumplimentada la tipicidad omisiva impropia: la posición de garante.

Respecto a ella, nace como forma para limitar el círculo de personas obligadas a cumplir con el mandato fijado en la norma. Si bien, como se dijo, en los delitos de omisión propia cualquiera que se encuentra frente a la situación típica estará obligado a cumplir con el mandato, en los delitos de omisión impropia "sólo pueden ser autores quienes se hallan en una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico tutelado" (Zaffaroni como se citó en Tenca, 2010).

Esto implica según Molina (2014):

(...) no toda persona que omita un salvamento pudiendo hacerlo, responderá como si hubiera causado el resultado. Y esto es así, aunque se compruebe el nexo de evitación entre su omisión y el resultado típico; porque faltará que esa persona tenga con el bien jurídico afectado, una relación especial que lo obligue por encima del resto de la gente (pp.71-72)

En resumen, la nota diferencial en la omisión impropia consiste en que, al tener una estructura equiparable o paralela a la activa, sus autores no son indiferenciados, sino que se hallan respecto del bien jurídico en lo que la doctrina llama posición de garante.

Sus autores son siempre calificados porque la ley, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación de actuar en la situación típica (Zaffaroni, 2005).

El problema con el concepto de la posición de garante radica en las distintas modalidades que pueden asumirse para definirla o delimitarla.

A modo de ejemplo, Bacigalupo (1994) divide a la posición de garante en dos grupos:

Cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que puedan amenazarlo -deberes que provengan del cuidado de personas necesitadas, protección y cuidado derivados de una estrecha relación de vida, o aquellos deberes del funcionario público derivados del ejercicio de sus funciones-. Y, por otro lado, cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos -deberes inherentes por ser propietario o poseedor de cosas riesgosas, deberes derivados de peligros emanadas por un hecho anterior del omitente, deberes de vigilancia proveniente de un contrato-(p.170).

Si bien la posición de garante presenta notorias ventajas frente al mero enunciado del deber de actuar, pues reduce el círculo de autores, nunca pudo ofrecer la certeza que prometía y, de cualquier modo, no deja de ser un criterio difuso para la construcción analógica de tipos penales contraria -como se verá más adelante- al artículo 18 de la Constitución Nacional (Zaffaroni 2005).

En cuanto a la faz subjetiva del tipo omisivo, tanto las omisiones propias como las impropias pueden imputarse a título culposo o doloso. Por lo que pueden darse delitos propios de omisión dolosos o culposos y delitos de comisión por omisión dolosos y culposos.

De todas formas, ciertos autores entienden que, si bien los delitos propios de omisión culposos pueden darse desde un punto de vista teórico, no siempre son admitidos dentro de las legislaciones penales por su levedad. Remarcan que de admitirse este tipo de figuras el precio en moneda de limitación de libertades sería bastante alto. Por ello, su regulación o no dependerá de la política criminal adoptada (Molina, 2014).

Por lo demás, no se advierten diferencias sustanciales con los delitos de comisión en el análisis de la antijuridicidad, en la medida en que toda omisión, propia o impropia, será contraria al orden jurídico si no se encuentra permitida o justificada por una norma que así lo establezca. Tampoco respecto de la culpabilidad ya que, igualmente, resultan aplicables los preceptos del delito comisivo en lo inherente a la capacidad de culpabilidad y conocimiento de prohibición (Ferro, 2008).

Delitos de omisión impropia - Inconstitucionalidad.

Cierto sector de la doctrina entiende que los delitos impropios de omisión no están todos escritos, por lo que el juez debe completar las características de los autores conforme a los modelos legales de los que sí se hallan escritos; por ende, parecería que los tipos impropios de omisión no escritos serían tipos abiertos y, en consecuencia, inconstitucionales.

Este es el centro de la discusión en la dogmática penal argentina, ya que nadie discute la constitucionalidad y aplicación de las figuras de pura omisión y de omisión impropia escritas en el Derecho. El problema radica en aquellas figuras omisivas impropias y no escritas.

Caramuti (s.f.) señala que existe una tesis amplia, como la que fuera señalada en el acápite anterior, conforme con la cual siempre es equivalente la realización activa u omisiva de los tipos prohibitivos. Como de inicio se advierte la desmedida amplitud que podrían adquirir los tipos, pretenden restringir el círculo de posibles autores -garantes- mediante modalidad omisiva impropia a quienes tengan el deber de actuar en determinadas condiciones de peligro para el bien jurídico y acotando las posibles fuentes de dicho deber (inicialmente la ley y el contrato, para agregarse luego el actuar

precedente).

A su vez, Caramuti señala las tesis restrictivas que, al contrario, niegan que los tipos activos puedan ser ejecutados omisivamente y exigen la formulación de tipicidad expresa para cada tipo omisivo en la parte especial de los códigos. Si dicho tipo no existe, la omisión no resulta punible. Fundan esa posición en la necesidad de respetar el principio de legalidad, tanto en sub principio ley escrita, como en el sub principio *lex certa* –ya que la posición de garantía es de muy difícil precisión–.

Los doctrinarios del primer sector son quienes bregan por la constitucionalidad de los tipos de comisión por omisión. Por ejemplo, Creus (1999) asegura:

Sin duda, lo que más preocupa a la doctrina contemporánea al tratar los delitos de comisión por omisión, es el hecho de que su reconocimiento pueda colisionar con el principio de legalidad en cuanto se trata de tipos “no escritos”: la ley pune al que mata, pero literalmente no pune al que no impide la muerte(...) Por supuesto que la objeción se rebate cuando la omisión impropia es tratada legalmente como una extensión del tipo (...) por lo cual no nos parece violatorio del principio de legalidad la consideración de comisión por omisión -en un significado socialmente adecuado de la acción de matar, tanto mata el que quita la vida a otro, como el que permite que se extinga la vida cuando puede impedirlo- (...). La corrección jurídica de la causalidad permite incluir en ella toda condición típica de un resultado, sea ésta la de producirlo—cuando no se lo debía producir- o la de no impedirlo —cuando se lo debía impedir- (p.178)

Por el contrario, otra corriente de opinión sostiene que los delitos de omisión impropia no escritos en el Derecho Penal argentino son inconstitucionales por ser figuras que no están previstas expresamente en la ley. Entienden que la parte especial del Código Penal sólo se contienen conductas “activas” mientras que las no evitaciones de un resultado típico -por parte de un garante- implican una extensión inadmisibles de las figuras penales. Concluyen que la construcción por analogía de tipos penales de omisión impropia no escrita afecta el principio de legalidad reconocido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En este sentido, Tenca (2010) señala que la conversión de lo comisivo a lo omisivo, con la única salvaguarda de la posición de garante, cuya estructura, ya sea dogmática o codificada, no deja de ser endeble, es un atentado contra el principio de legalidad. Ello toda vez que este principio exige que una persona sepa a ciencia cierta cuáles son las conductas prohibidas, y ello no ocurre fehacientemente en la omisión impropia.

Por su parte, Zaffaroni (2014) en su voto en disidencia en la causa “Rosas, Romina

Mariela y otros s/homicidio calificado^v -en adelante Fallo Rosas y que luego será analizado en detalle- consideró:

(...)pese a todos los esfuerzos de la doctrina contemporánea por justificarlos (...) están violando la exigencia de estricta legalidad”. Agrega que “desde antiguo se ha criticado la pretensión de que existen tipos omisivos no escritos, con el escaso argumento de que agotan el contenido prohibitivo de los tipos activos, expresión que encierra una pretensión de completividad, incompatible con el carácter fragmentario de la ilicitud penal (...). En síntesis la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia no tiene otra explicación que una pretendida etización que retrocede en varios siglos, a la confusión entre moral y derecho.

Volviendo a la clasificación efectuada por Caramuti (s.f.), el autor afirma que existe también una tesis o posición intermedia que no considera necesaria la previsión expresa específica de tipos omisivos paralelos a los activos, cada vez que se quiera penar la omisión, satisfaciéndose en cambio con una fórmula general de equivalencia en la parte general del Código Penal, tal como lo hacen la legislación de Alemania y España.

La cláusula o criterio de equivalencia implica que, por la equiparación efectuada entre la figura activa y la omisiva impropia, el omitente -además de encontrarse en una relación jurídica especial frente al bien protegido- debe realizar una omisión de tal magnitud que equivalga a la realización de la acción del tipo activo.

El Código Penal alemán (1998) reza:

Quien omita evitar la consumación de un tipo será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de una hacer. (artículo 13.1)

Por su parte, el Código Penal Español (1995) determina:

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente” (artículo 11).

v R. 730. XLVI. RECURSO DE HECHO “Rosas, Romina Mariela y otros si p.ss.aa. homicidio calificado.” Sentencia Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20 de Agosto de 2014.

De todas formas, esta cláusula no surge del Código Penal argentino. Autores como Sancinetti, (1991) plantean que la decisión de no introducir ninguna cláusula de conversión o equivalencia, tiene la ventaja de mantener la punición de la comisión por omisión dentro de límites bien estrechos.

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005) consideran que las equivalencias planteadas en códigos de otros países no salvan la inconstitucionalidad, porque no son más que indicaciones habilitantes de la propia construcción analógica de tipos penales. La analogía no deja de ser tal porque la ley la habilite y señale criterios para su ejercicio. No es con la habilitación de la analogía que se satisface la legalidad.

En ello insiste Zaffaroni (2014) en su voto en el fallo Rosas ya mencionado al remarcar:

En la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos y, de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía in malam partem. Por ende, conforme a toda la tradición legislativa, no hay referencia alguna a la omisión que permita inferir la posibilidad de construir analógicamente estos tipos judiciales.

La necesidad de que la ley penal sea escrita -como elemento derivado del principio de legalidad- es el argumento que, con mayor fuerza, han utilizado quienes pregonan la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia.

Pero Molina (2014) efectúa otra propuesta mediante la cual los delitos de omisión impropia pueden ser declarados inconstitucionales porque uno de los elementos que forma parte de su tipicidad objetiva está indeterminado, o al menos, no está determinado con la precisión que exige constitucionalmente el mismo principio de legalidad ya invocado. Tal principio requiere de *lex certa* y así el elemento cuestionado por imprecisión en esta clase de delitos sería la denominada posición de garante. Esta tesis trata de demostrar, entonces, que en el estado actual de la ciencia del Derecho Penal no existe un acuerdo sobre los fundamentos y límites de la posición de garante, lo que llevaría a la inconstitucionalidad en los términos del artículo 18 de la Constitución Nacional de los delitos de comisión por omisión.

En esta línea, Donna (2003) indica que los delitos impropios de omisión no se aplican de manera constante, y que cuando ello sucede se hace

(...)de una manera sumamente flexible, y por qué no decirlo, sumamente peligroso para el principio de legalidad”, ya que “no se sabe bien cuál es el criterio utilizado para la imputación del resultado en estos casos.

3. Mujeres madres condenadas por delitos de omisión impropia.

Habiendo efectuado un breve tratamiento de los delitos de omisión, con especial interés en la omisión impropia, a continuación, se presentarán tres procesos penales incoados contra mujeres madres que, en primera instancia y por el órgano revisor, fueron condenadas bajo tales figuras omisivas por la muerte de sus hijos en manos de sus parejas. Específicamente, todas ellas fueron consideradas como coautoras penalmente responsables –por comisión por omisión- del delito de homicidio agravado en los términos del artículo 80 inc. 1° de Código Penal de la Nación.

Aquí es dable señalar que este análisis pretendió, desde un principio, abordar casos en los que se vislumbrara que la acusada se encontraba en una situación de vulnerabilidad o afrontaba un contexto de violencia de género.

Así, se hallaron tres causas que llegaron hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante CSJN-, por lo que se trabajará con las distintas resoluciones tomadas a lo largo de dichos procesos, los planteos defensistas y los argumentos utilizados por los juzgadores. Todo ello, señalando cómo impacta en desmedro de las mujeres el despliegue de una teoría del delito carente de perspectiva de género.

Romina Rosas.

En el caso de Romina Mariela Rosas -fallo Rosas ya mencionado-, tanto ella como su pareja Claudio Daniel Vega fueron acusados por la muerte de su hijo. La justicia consideró que uno de ellos -probablemente Vega y Rosas permitiendo su accionar- golpeó al niño de forma desenfrenada y reiterada, ocasionándole así la muerte. Desarrollado el juicio oral, la Cámara Décima del Crimen de la ciudad de Córdoba, integrada con Jurados Populares^{vi}, declaró a Claudio David Vega como coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado y autor de tenencia ilegal de arma de guerra en concurso real. En cuanto a Romina Rosas, fue encontrada como coautora penalmente responsable –por comisión por omisión- del delito de homicidio calificado en los términos del inciso 1 del art. 80 CPN; es decir, agravado por el vínculo.

La defensa de ambos encartados decidió apelar esta resolución. El Dr. Jorge Alberto Furque, en su condición de defensor de Rosas, y los Dres. Carlos Hairabedian y Sebastián Becerra Ferrer, como defensores del Sr. Vega interpusieron recursos de casación ante el Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba -en adelante TSJ-.

A su turno, dicho Tribunal resolvió en junio de 2010^{vii} no hacer lugar a los planteos defensistas. De forma unánime, consideraron que los golpes fueron propinados mientras el niño se encontraba en la vivienda del imputado Vega, estando allí

^{vi} Sentencia n° 13 del 21 de mayo de 2008.

^{vii} "ROSAS, Romina Mariela y otro p.ss.aa. Homicidio Calificado, etc. -Recurso de Casación-" (Expte. "R", 12/08), Sentencia n° 171 del año 2010.

únicamente él y su pareja. En cuanto a Vega, consideraron que intervino activamente y fue él quien ejecutó los golpes contra el niño. Respecto a Romina determinaron que, si bien no pudo afirmarse con el mismo grado de convicción su participación activa, sí es válido extraer certeramente su comportamiento omisivo en relación con el resultado lesivo. Agregaron que, pese a saber lo que ocurría y poder intervenir impidiendo, anulando o morigerando el accionar de Vega, no hizo nada, siquiera verbalmente o propinándole después oportuno auxilio médico. Remarcaron su actitud fría, indiferente, especialmente extraña y sus explicaciones claramente mendaces sobre lo ocurrido.

Asimismo, descreyeron -tal como ocurriera en primera instancia- de la versión de Rosas, quien manifestó encontrarse dormida y con la música alta, lo cual le habría impedido advertir lo acontecido y auxiliar a su hijo ante los golpes propinados por Vega.

Tanto en la sentencia del debate oral como en la resolución del TSJ se excluyó a Rosas de la golpiza que ocasionó la muerte del niño, por lo claros indicios respecto de haber sido esta conducta desplegada por el imputado, aunque se sostuvo que incumplió con su posición de garante respecto de la integridad física de su hijo.

Frente a la resolución del TSJ, la defensa de la Sra. Rosas planteó recurso extraordinario federal y de queja.

Oportunamente, el Procurador ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a los argumentos vertidos por el Tribunal Superior Provincial.

La CSJN, por mayoría (con los votos de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Petracchi), rechazó el planteo de la defensa de acuerdo al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que reza “La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.” (artículo 280)

En disidencia, el juez Dr. Zaffaroni señaló la inconstitucionalidad de la imputación de comisión por omisión, pues la misma opera en franca violación del principio de legalidad. Asimismo, en cuanto al dolo requerido por la figura endilgada a Rosas, indicó que

(...) no parece haber habido ni un concierto ni una voluntad coincidente con el agente activo que puso en funcionamiento la causalidad. La condena con base en un mero conocimiento importa en alguna medida un *versari in re illicita*, sin que pueda evitarse esta consecuencia por alegación de un supuesto dolo eventual, que en estos tipos resulta aún más nebuloso que en la tipicidad activa.

Paola Cejas.

El 30 de junio de 2010 la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de la ciudad

de Córdoba^{viii} condenó a Paola Azucena Cejas como coautora del delito de homicidio agravado por el vínculo y le impuso la pena de prisión perpetua. En este caso, se consideró a Cejas y a su pareja como responsables de la golpiza que le causó la muerte a su hijo. Puntualmente, en primera instancia se sostuvo que uno de los progenitores, sin que a la data se pueda establecer cuál de ellos realizó la acción y cuál permitió y avaló el hecho con su no intervención para evitarlo, o ambos a la vez, comenzaron a golpear al mencionado menor desenfrenadamente y en repetidas ocasiones.

Contra esta decisión, la defensa de la mujer condenada interpuso recurso de Casación ante el Tribunal Superior de Justicia^{ix} cordobés. El mismo fue rechazado por las Magistrados quienes, respecto del primer agravio expuesto por la defensa, sostuvieron que el delito por el que fue condenada prevé la misma pena para la autoría como para la complicidad primaria, por lo que este cambio no traería aparejada ninguna ventaja para Cejas y por ello no interesaba determinar si la misma había actuado o únicamente omitido un accionar.

Asimismo, optaron por no tratar el segundo planteo del defensor vinculado a la concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación por la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba inmersa Cejas -lo que sí implicaría un cambio en el monto de la pena-, aseverando que "la estrategia recursiva podría en todo caso ser eficaz, si a la imputada Cejas se le hubiera achacado solo una conducta omisiva ...".

En resumen, el TSJ convalidó la sentencia condenatoria de primera instancia entendiendo que no era relevante distinguir el accionar desplegado por cada uno de los imputados pues ambos eran responsables del hecho y les correspondía idéntica pena. Ello, en franca contradicción respecto del segundo agravio frente al que sostuvieron no debía evaluarse la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación, ya que solo procederían de haber tenido la imputada un accionar omisivo.

Todo ello motivó la presentación de recurso extraordinario federal cuya denegación originó posterior la queja incoada por la defensa de Paola.

En agosto de 2016 la CSJN^x resolvió asistir razón al apelante, quien cuestionó la fundamentación contradictoria del TSJ que eludió responder sobre la inexistencia de prueba que colocara a Cejas como autora del homicidio sino que podía sólo ser tenida como partícipe primaria con base en la omisión de actuar en resguardo de su hijo, así como debían haber considerado las concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación en atención a la particular situación de vulnerabilidad y de violencia de género que padecía la mujer.

viii Sentencia n° 15 del 30 de junio de 2010.

ix "CASAS, Mauricio Agustín y otra p.ss.aa. homicidio calificado por el vínculo -Recurso de Casación-" (Expte. "C", 71/10). Sentencia n° 313 del 20 de noviembre de 2012.

x CSJ 840/2013 (49-C)/CS1 - RECURSO DE HECHO- "CASAS, Mauricio Agustín y otra p.ss.aa. homicidio calificado por el vínculo" (Expte. "C", 71/10). Sentencia del 23 de agosto de 2016.

De esta forma, la Corte remarcó la contradicción sobre el valor otorgado por el Superior Tribunal Provincial a la conducta omisiva y agregó que tal contradicción impidió analizar un agravio conducente para la correcta valoración del caso.

El máximo tribunal nacional consideró que el fallo recurrido carecía de la debida fundamentación, por lo que reenvió las actuaciones a fines de asegurar una revisión integral, exhaustiva y amplia del fallo condenatorio.

Así las cosas, en junio de 2017 se emitió una nueva resolución de la Sala Penal del Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba^{xi}, esta vez conformada por los Dres. Sebastián Cruz López Peña, María Marta Cáceres de Bollati y Domingo Juan Sesin.

Los magistrados abordaron la tesis defensiva, concluyendo que:

(...)de los hechos probados surge claramente la existencia de dudas acerca de la participación concreta de Cejas, de modo que no puede saberse con ese grado de convicción si ella obró activamente (golpeando al niño) u omisión (no actuando en protección de su hijo y permitir la conducta lesiva de Casas sobre el niño). Y, al no existir prueba que acredite con certeza que su conducta haya sido activa, debe operar en favor de la imputada el principio in dubio pro reo.

Del mismo modo, reconocieron la situación de vulnerabilidad y el contexto de violencia de género en el que estaba inmersa Cejas, lo que redujo sensiblemente sus posibilidades de actuar en protección de su hijo para evitarle la muerte en manos de su pareja y padre del bebé. Todo ello conformando una situación extraordinaria que tornaría arbitrario castigarla del mismo modo que a este último.

En conclusión, el TSJ resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto en favor de la imputada Cejas y, en consecuencia, anular parcialmente la sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de Cuarta Nominación de Córdoba, reenviando las actuaciones al Tribunal de origen para que dicte nuevo pronunciamiento.

Maribel Barrera.

En el año 2011, la pareja de Maribel Barrera mató a golpes a su hijo de dos años. En diciembre del año 2013 la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de la ciudad de Córdoba integrada con jurados populares^{xii}, declaró como autor responsable del delito de homicidio calificado por el vínculo a Marcos Roberto Soria y se le impuso la pena de prisión perpetua. Lo mismo se dictaminó respecto Maribel Alejandra Soledad Barrera a pesar de que la mujer no estuvo presente en el momento del hecho.

Para aquella época, Maribel Barrera estaba embarazada de ocho meses y vivía con

^{xi} "Casas, Mauricio y Cejas, Paola Azucena p. ss. aa. homicidio calificado por el vínculo – Reenvío-". Sentencia del 9 de junio de 2017.

^{xii} Sentencia n° 45, del 19 de diciembre de 2013.

su novio, Marcos Soria, y los hijos de ella, de 2 y 4 años. En fecha indeterminada, entre el 9 y el 11 de octubre de 2011, Soria golpeó fuertemente al menor de los niños provocándole la muerte.

La única testigo presencial del hecho, según consta de las actuaciones, fue la hermana -de 4 años en ese entonces- del niño fallecido. Maribel, según relató la pequeña, se estaba bañando mientras Soria le propinaba golpes al bebé.

De todas formas, un jurado popular cordobés condenó a la pareja por el homicidio. En el caso de la madre, entendieron que ella consintió pasivamente el proceder de su pareja y omitió llevar al niño al médico cuando manifestó síntomas tras la golpiza, para encubrirlo. Por ello se la condenó como coautora del delito de homicidio calificado por el vínculo.

Tal decisión fue apelada tanto por la defensa del imputado Soria como por los defensores de Maribel Barrera que, aunque con diferentes argumentos, cuestionaron la participación de sus representados en el suceso por el que fueron condenados.

A fines de tratar exclusivamente aquello que resulta de interés para el presente, no serán desarrollados los argumentos vertidos por la defensa Soria.

Por su parte, la defensa de Barrera alega dos cuestiones: en primer término, que no existe razón suficiente para afirmar que hubo un acuerdo intencional para cometer el homicidio y, por otro lado, que no se probó que Barrera supiera de los golpes que Soria le había propinado a su hijo.

Como se mencionó, la única testigo presencial fue la hija de la pareja imputada. Ella sostuvo que fue Soria quien golpeó con un cinto al niño mientras su madre se estaba bañando, lo cual evidencia que Barrera nunca pudo omitir su intervención deliberadamente para impedir los malos tratos y golpes vertidos al menor por el otro acusado.

Afirmaron que el a quo puso el acento en comprobar el aspecto objetivo de la estructura típica endilgada, olvidando lo relativo a la existencia de un acuerdo entre ambos condenados, es decir a la cuestión subjetiva, toda vez que ni del miedo que el niño le tenía al acusado -mencionado por otros testigos-, ni de una actitud supuestamente negligente de rol de madre, se puede inferir que la imputada actuó en connivencia con Soria y que conocía que lo había golpeado.

Explican que, al presentarse Maribel en el lugar, luego de ducharse, constató el estado en el que se encontraba su hijo y le hizo ingerir los remedios para los vómitos y la fiebre.

En septiembre de 2016 la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia^{xiii}, por

xiii "BARRERA, Maribel Alejandra Soledad y otro (SORIA, Marcos Roberto) p.ss.aa homicidio calificado

unanimidad, rechazó los recursos interpuestos por ambos imputados.

Los integrantes del órgano revisor alegaron que, pese a las evidencias claras y contundentes de violencia física ejercida en el cuerpo del menor, Barrera deliberadamente omitió su traslado a un centro médico, lo cual trajo aparejado un aporte esencial al desenlace fatal.

Aseguraron que la imputada no podía desconocer los malos tratos de los que fue objeto su hijo por parte de su concubino. Y resaltaron el actuar negligente de Barrera en el rol de madre, haciendo hincapié en las conclusiones de la pericia psicológica efectuada sobre la misma en cuanto precisó, entre otras cosas, que la imputada presentaba deficiencia para ejercer la maternidad.

Contra esa sentencia la defensa de Maribel interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación dio origen a la queja.

Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió^{xiv} señalando que el órgano revisor convalidó la condena del jurado popular sin abordar ni refutar los planteos de la recurrente que cuestionaban que se hubiera demostrado la existencia de un acuerdo intencional para cometer el homicidio, que la acusada supiera de los golpes que había sufrido la víctima, así como también que se había ignorado su "historia de vulnerabilidad" en el análisis de los hechos.

Sostuvo la CSJN que:

(...)la mera repetición de los fundamentos dados en el juicio, sólo formalmente satisface la revisión (...) pero no demuestra el tratamiento de las cuestiones llevadas a estudio". Y agregaron "en consecuencia, y sin abrir juicio sobre el fondo del asunto, se concluye que el tribunal revisor omitió analizar agravios conducentes para la correcta resolución del asunto planteados por la defensa de Barrera, lo que implicó, en definitiva, que no se cumpliera con la revisión integral y exhaustiva del fallo condenatorio en los términos establecidos en el precedente "Casal".

Por ello, hicieron lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario y dejando sin efecto la sentencia apelada. Los autos regresaron al tribunal de origen para que se dicte un nuevo fallo.

-Recurso de Casación-" (S.A.C. N°1072271). Sentencia n° 418 del 19 de septiembre de 2016.

xiv 14 CSJ 825/2017/RH1 "Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Barrera, Maribel Alejandra Soledad y otro s/ homicidio culposo". Sentencia del 5 de julio de 2022.

4. Procesos penales carentes de perspectiva de género y enfoque diferenciado.

En los procesos expuestos -que casualmente se desarrollaron en la Provincia de Córdoba-, a su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expidió respecto a la aplicación de figuras omisivas -salvo Zaffaroni en su voto en disidencia en el fallo Rosas. Ya sea porque se declaró inadmisibile el recurso o porque se limitaron a responder otros agravios, los magistrados no realizaron consideración alguna sobre las figuras omisivas impropias no escritas endilgadas a estas mujeres siendo que en las instancias anteriores se produjo, como se verá a continuación, un despliegue de la teoría del delito absolutamente carente de enfoque de género y sin consideración alguna sobre el contexto en el que sucedieron los hechos fatales.

En este sentido, ante el silencio del máximo tribunal, continúa vigente la lucha de los feminismos por una justicia que trabaje desde el paradigma de la perspectiva de género y la interseccionalidad.

Puntualmente, la perspectiva de género no se encuentra formalmente definida en la legislación argentina pero, por lo clara y acabada de su conceptualización, podríamos remitirnos a la normativa mexicana. La Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres^{xv} la define como:

(...)concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad de género. (artículo 5 fracción IV)

Por su parte, un abordaje interseccional, se refiere aquel que sostiene la necesidad de comprender a la opresión de género como proceso social constituido en articulación indisoluble con otros vertebradores de desigualdad. En el contexto de la violencia contra las mujeres, la omisión de la diferencia es problemática, fundamentalmente porque la violencia que viven muchas a menudo se conforma por otras dimensiones de sus identidades, como son la raza o la clase. (Crenshaw, 1991, p.88).

La insistencia respecto a la aplicación de perspectiva de género y un enfoque interseccional, en aquellos casos en los que se encuentran involucradas mujeres, surge por el histórico abordaje diferenciado y discriminatorio que ha efectuado el Derecho. Es que, como señala Hopp (2019):

xv Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 2006. Última reforma publicada DOF 21-10-2021

Existen abundantes y variados ejemplos en la jurisprudencia que evidencian la persistencia de estándares diferenciados al momento de juzgar mujeres y varones cuando se encuentran acusados de haber cometido un delito, basados en estereotipos que fundan expectativas de conducta al momento de enjuiciar a una mujer (p.16).

Así las cosas, la incorporación de tales enfoques no significa dotar a las mujeres de un estatus especial o de un privilegio por sobre los varones, sino entender que, dado que el derecho no es neutral y que vivimos en una sociedad desigual, es preciso atender los efectos que el derecho penal en particular puede tener sobre determinados grupos –en el caso, las mujeres–, ya que su aplicación supuestamente “objetiva” puede resultar discriminatoria (Pique-Allende, 2016).

Sucede que incluso después de la paulatina derogación de las normas que tenían carácter abiertamente sexista, y de su reemplazo por normas redactadas en términos neutrales, éste “tiene género”, en tanto está atravesado por estructuras androcéntricas o relaciones de género (Bodelón, 2009).

En palabras de Larrauri (s.f.):

Incorporar la variable género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no sean ‘idénticos’. Así, el género produce una diferencia no sólo en los casos en que explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal y también en los castigos. (pp.43-44).

Así las cosas, el Derecho penal y la práctica jurídica, que dicen ser llevadas adelante de forma justa y equitativa, deben comenzar a poner en contexto los hechos dando valor a la violencia por motivos de género o vulnerabilidad previa al suceso bajo análisis. De no hacerlo así al momento de juzgar, se opera en contra de la normativa internacional que ampara a las mujeres como colectivo en situación desventajosa y a la que ha adherido la República Argentina.

En materia de género, nuestro país ha ratificado la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)^{xvi} y La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)^{xvii}.

Las obligaciones internacionales asumidas de combatir y erradicar la violencia y la

xvi Adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ratificada por Argentina en 1985 mediante Ley n° 23179.

xvii Sancionada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la OEA y aprobada por la República Argentina por Ley N° 24.632 el 13 de marzo de 1996

discriminación contra las mujeres que surgen de estos instrumentos, se complementan con los compromisos asumidos en torno a la igualdad y no discriminación incluidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)^{xviii}, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP)^{xix}. Puntualmente, la CEDAW, el PIDCyP y el CADH ostentan jerarquía constitucional, en tanto que la Convención de Belém do Pará posee jerarquía superior a las leyes, ubicándose en segundo lugar de la pirámide normativa del sistema jurídico argentino.

A modo de ejemplo, en cuanto a los incumplimientos acaecidos en los casos aquí esbozados por el sesgo machista de los magistrados, pueden mencionarse:

-El deber de asegurar a las mujeres el acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género, que surge del artículo 16 Constitución Nacional, los artículos 8, 24 y 25 de la CADH, artículos 2.1, 3, 14 PIDCyP y arts. 2.c y 15.1 CEDAW.

-El derecho de las mujeres a ser valoradas libre de patrones estereotipados de comportamiento que nace de los artículos 5.a CEDAW, 6.b Convención de Belém Do Pará y el 2.e Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres n° 26.485

-El deber a tener en consideración el contexto de violencia generalizada sobre las mujeres, lo que hace a la buena calidad de los sistemas de justicia, y requiere que estos “se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a la cuestión de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres”, formulado en la Recomendación General n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia emitido por el Comité CEDAW en agosto de 2015.

Por su parte, la jurisprudencia emitida por la Corte Internacional de Derechos Humanos también exige procesos libres de estereotipos de género^{xx}, entendidos como una preconcepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Dicho tribunal internacional entiende 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

xviii Suscripta el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y ratificada por Argentina mediante Ley n° 23.054, sancionada el 1 de Marzo de 1984.

xix Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Argentina mediante Ley n° 23.313 Sancionada el 17 de Abril de 1986.

xx Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 400-401; Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 213; López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 236; y Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 173

explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de la policía judicial. 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.

A mayor abundamiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2018) tiene dicho:

La perspectiva de género es una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas, y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural de las mujeres a los hombres en razón de su género

Aquí es dable aclarar que siempre que haya mujeres involucradas en procesos penales debe efectuarse un abordaje con enfoque de género -ello por la desigualdad estructural vigente en nuestras sociedades-. Pues, si bien en los casos aquí bajo análisis las mujeres fueron investigadas y condenadas como coautoras, al anoticiarse los operadores judiciales de las situaciones de violencia y vulnerabilidad en las que se encontraban inmersas es que se torna aún más relevante llevar adelante el proceso desde este paradigma con mirada de género y enfoque diferenciado.

Como se verá a continuación, estos procesos incumplieron con la normativa y jurisprudencia señalada, pues aplicaron la teoría del delito sin perspectiva de género. Ello en franca contradicción con los estándares internacionalmente fijados que requieren que siempre que se invoque una situación de violencia de género, se debe activar el deber de debida diligencia reforzada para investigar, esclarecer y sancionar ese tipo de conductas^{xxi}.

5. Teoría del delito con perspectiva de género.

En el sentido planteado en el acápite precedente, existe el deber de los sistemas penales de incorporar perspectiva de género, enfoque diferenciado e interseccional y antirracista, como componentes del enfoque de derechos humanos, lo cual involucra tanto a las defensas penales como a la acusación y a los juzgadores. (Sanchez, 2022).

Así las cosas, a continuación, se pretende abordar los mismos casos con el objetivo de evidenciar cómo desde con tal abordaje estos pueden trabajarse y resolverse en pleno respeto y cumplimiento tanto del derecho y la dogmática penal como de los derechos y garantías internacionalmente reconocidos para las mujeres.

xxi Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258; Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146; Artículo 7 inciso

b) de la Convención de Belém do Pará

Del mismo modo, indican Pique y Allende (2016) que:

Un análisis de casos penales a partir de una mirada feminista que comprenda la dinámica de los roles tradicionalmente asignados a las mujeres -fundamentalmente, los roles de cuidado- junto con la experiencia del maltrato en el ámbito doméstico, también puede contribuir a la disminución del poder punitivo estatal (p. 11).

Posición de garante y “buena madre”. Estereotipos de género.

La persecución penal, tal como se dio en los casos esbozados, se ampara en la figura típica del "homicidio en comisión por omisión" o por violación de un deber de cuidado desde la posición de garante, lo que lleva a preguntarse cómo se valora el ser mujer dentro del sistema penal, qué discursos componen una sentencia y sus fundamentos, si se pueden identificar en ella tratos o sesgos discriminatorios y si en la sentencia se reproducen estereotipos de género (Fernández Segovia, 2018).

En tal sentido, primero debe entenderse de dónde proviene o cómo se construye la posición de garante de las madres y cuál es su límite. En concreto, la posición de garante de los padres y las madres surge de la protección de determinados bienes jurídicos frente a todos los peligros que los amenacen, es decir, son *garantes de protección*.

Su deber se deriva de determinadas instituciones del derecho de familia y se apoya fundamentalmente en el instituto de la “responsabilidad parental”.

Al respecto, el Código Civil y Comercial de la Nación establece, entre otros, que “son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo” (artículo 646).

Por ello, la doctrina ha entendido que los miembros más próximos de la familia - particularmente los padres y las madres- son quienes se encuentran obligados a evitar los peligros para la vida e integridad de sus hijos e hijas.

Sin embargo, resta ver cuál es el límite a este deber positivo, determinando las condiciones necesarias e imprescindibles para su imputación. Y aquí surge el problema en relación con las figuras de omisión impropia: cómo construir y delimitar el rol de garante impuesto, en estos casos, a las mujeres madres.

En este sentido, hay que resaltar que la búsqueda de las fuentes debe hacerse en el ámbito del Derecho y no en el de la moral. Si bien muchos están convencidos que las fronteras entre el Derecho y la moral están ya definidas, la advertencia no está demás en relación a este tema pues si se exagera exigiendo una mayor solidaridad, se puede caer fácilmente en posturas de base puramente ética que ponen en riesgo los derechos individuales (Terragni; 1997).

Ello implica comprender que no toda mujer que sea madre está penalmente obligada en forma incondicional, y bajo cualquier circunstancia, a impedir y controlar los peligros a los que se vean expuestos sus hijos o hijas.

De todas formas, pareciera que eso es lo que les reprocha a las mujeres imputadas en los procesos presentados: no haber salvado a sus hijos frente a las agresiones del hombre conviviente; ello sin tener en consideración el contexto propio del hecho.

Al respecto, sostiene Hopp (2017):

Se trata de evaluar los niveles de exigencia al momento de determinar bajo qué circunstancias una persona tiene capacidad –y eventualmente deber– de evitar un peligro, pues nadie sostiene en forma explícita la imposición de una responsabilidad objetiva por el resultado. Son estos criterios de ampliación extraordinaria del ámbito de la posición de garante los que en la práctica se aplican preponderantemente a las mujeres (p.34).

La posición de garante implica un grado de exigibilidad acorde a dicho deber, pero no por eso es ilimitado. Sin embargo, continúa señalando Hopp (2017), frecuentemente:

(...)al determinarse la amplitud del deber de garante de las mujeres frente a situaciones de riesgo para sus hijos/as, se filtran prejuicios asociados al papel de madre-cuidadora que extienden de forma exagerada su deber específico de salvaguarda, hasta el punto de exigirles conductas casi heroicas. (p.35)

En este sentido, es criticable cuando las exigencias planteadas a las madres son desmedidas y contienen sesgos sexistas y morales discriminatorios, al formularse en base a lo que el estereotipo vigente demanda.

El lugar de subordinación de las mujeres explica en buena medida este tipo de imputaciones: en un contexto donde los roles de cuidado suelen estar distribuidos de forma desigual, se considera que ellas son las responsables exclusivas de los hijos/as, y en consecuencia responsables por lo que a ellos/as les suceda, sin importar qué es lo que efectivamente pueden hacer en cada caso para evitar la violencia ejercida por un tercero contra ellos/as, y mucho menos evaluar si lo que hicieran hubiera podido impedir que el resultado se concrete (Piqué-Allende, 2016).

En esta línea, la imputación endilgada en los casos reseñados se desprende directamente del estereotipo de “buena madre” del cual, según el criterio sostenido por el sistema de justicia, estas mujeres se desviaron.

Lo cierto es que, para poder comenzar a analizar el problema de lo que se considera “desviación”, correspondería, en principio, determinar cuál es el estereotipo de mujer “normal” y cuáles son los procesos, formales e informales, que lo producen y reproducen (Larrandart, 2021). Pero, por el contrario, y puntualmente en las sentencias

analizadas, los operadores de justicia parecen partir del estereotipo para fundamentar su respuesta al caso, en lugar de desarmar y erradicar preconceptos machistas -tal como lo exige la normativa nacional e internacional en la materia-.

Así las cosas, en el caso Romina Rosas, su defensa alegó ante el TSJ cordobés - como lo hizo también en el debate oral- que su asistida manifestó que esa misma fecha, antes del hecho, había rendido una materia de “*recursos humanos*” y que, por esa razón, la noche anterior había dormido sólo tres horas, lo que determinó que se encontrara muy cansada y que por ese motivo se quedara dormida, situación que le impidió escuchar lo ocurrido con su hijo -además del fuerte volumen en el que estaba la música-. Frente a su versión, el sentenciante no intentó corroborar ninguna de esas circunstancias y, sin más, consideró que la imputada no podría haberse encontrado dormida durante los hechos. Los magistrados agregaron que tal aserto era falso y obedecía sólo a su pretensión de desvincularse de los hechos.

Así, no sólo en primera instancia sino también el órgano revisor, descreyeron de su versión y, sin más elementos para rebatirla, la consideran omitente en su debido accionar -sin definirlo detalladamente-; remarcando su actitud fría, indiferente, especialmente extraña.

Esta valoración respecto a la reacción de Rosas frente al fallecimiento de su hijo, remite a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”^{xxii}, donde se rechazaba el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales, considerando que al respecto la misma Corte ya había aseverado que valoraciones de esa naturaleza mostraban “un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres”. En cuanto a Paola Cejas, en primera instancia y luego la Sala Penal del TSJ de Córdoba decidieron, además de no valorar el contexto de absoluta vulnerabilidad y violencia en el que la mujer se encontraba, mencionar y tener en consideración cuestiones tales como su personalidad “como de animalito”, según la definió una perito psicóloga. También remarcaron que en el proceso se tuvo por probado el rumor y la creencia del imputado de que él no era el padre biológico de la víctima. Ambas cuestiones que en nada aportan a su participación en el homicidio de su hijo -u omisión-, sino que apuntan a construir su perfil como “mala madre”.

El empleo de este estereotipo es una forma de discriminación que debe obviarse pues, de lo contrario, vicia de legitimidad la fundamentación vertida por los jueces. En casos como el de Paola, instalar la idea vacía de “buena madre” descontextualiza el rol de la garante, planteando expectativas que no consideran su victimización por el mismo

xxii Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

agresor en el ámbito intrafamiliar.

Tal como señala Hopp (2022):

Al intervenir en casos en que una niña o niño fue agredido/a, el ideal de la buena madre que debe mantener a salvo a sus hijos e hijas ubica a las mujeres que no logran evitar daños en el lugar de la 'mala madre' y genera su posicionamiento como victimaria, a la vez que la invisibiliza como víctima de la misma situación. El derecho penal impone simplificaciones y genera descontextualizaciones, recortes de hechos, para poder delimitar delitos (p.194).

En cuanto a Maribel Barrera se valoraron en primera instancia y en el TSJ indicios en relación con su personalidad que explicarían su participación -aunque pasiva- en el hecho.

La Sala Penal del órgano revisor resaltó:

el actuar negligente de Barrera en el rol de madre y, por otro lado, las conclusiones de la pericia psicológica efectuada sobre la misma en cuanto precisaron, entre otras cosas, que la imputada presentaba deficiencia para ejercer la maternidad, como características compatibles a los hechos que se le imputan; todo lo cual evidencia que la condenada no evitó que Soria siguiera adelante con la golpiza cuando podía y debía hacerlo.

De esta forma, surgen de todos los procesos analizados observaciones en torno a las formas o prácticas que como madres asumieron las mujeres imputadas. Sucede que sus comportamientos, según entienden los jueces en cada caso en particular, justamente no cumplen o cubren el estándar de cuidado socialmente fijado que ellas como madres de las víctimas debieron alcanzar. En otras palabras, incumplieron con el rol de "buena madre" que, aunque no lo detallan en las resoluciones- pareciera ser aquella que en todo momento y situación no permite que nada dañe a su hijo.

En rigor, "los procesos sociales y culturales instauran numerosos mandatos de subjetividad, expresión, comportamiento y desempeño. Y el alineamiento o no con esos mandatos, determinará ventajas y desventajas, así como las condiciones de acceso a derechos" (Defensoría General de la Nación, 2015, p.15). En el caso en particular, se obstaculiza el acceso a la justicia de estas mujeres. Justamente, la falta de acceso a la misma que se da por el sesgo machista de los juzgadores y la aplicación de estándares carentes de contextualización. Así, explica Hopp (2017):

El problema de la vaguedad de la imputación cobra importancia particular en el caso de las mujeres omisivas, dada la tendencia a ampliar de manera extraordinaria la posición de garante de las madres respecto a riesgos que no pueden ser evitados en circunstancias concretas. (p.31)

Así las cosas, la aplicación de estereotipos de género opera en desmedro de las mujeres sometidas a la ley penal. Por ello, es necesario rechazar en la imputación la inclusión de circunstancias que no se vinculan con una conducta u omisión reprobada penalmente y que constituyen juicios de valor moral o sesgos de género y clase. Cuando se permean los estereotipos de buena/mala madre en la construcción del reproche, las eventuales fallas en el cuidado materno convierten a esas mujeres en culpables. (Asensio, Di Corleto y Gonzalez, 2020).

A mayor abundamiento, cuando se afirma en una acusación —o en una condena— que no es posible determinar qué integrante de la pareja asumió cada rol, se refuerza una idea errónea acerca de la imposibilidad de investigar hechos de violencia ocurridos en el ámbito familiar (Hopp, 2017b), contrariando el deber de diligencia reforzada en la investigación de hechos de violencia contra las mujeres.

Aquí cabe recordar que tal postura fue la erróneamente asumida por el tribunal de primera instancia al condenar a prisión perpetua a Paola Cejas, en cuanto sostuvo que uno de los progenitores, sin que a la data se pueda establecer cuál de ellos realizó la acción y cuál permitió y avaló el hecho con su no intervención para evitarlo, o ambos a la vez, comenzaron a golpear al mencionado menor desenfrenadamente y en repetidas ocasiones. Por su parte, el órgano revisor tampoco consideró relevante distinguir el actuar de cada imputado.

Lo expuesto permite comprender cuán importante se hace exigir una descripción precisa y circunstanciada de la omisión reprochada que detalle cuál es la participación concreta de la mujer que se considera vinculada al resultado. La explicación acerca de cuál es el peligro concreto que debió evitar la mujer y cuál es la conducta que se desprendía de su deber de garante permite vislumbrar si estaba en condiciones reales de responder por el resultado. En este sentido, es importante que se distinga si lo que se está imputando es: a) no haber intercedido en el momento de la agresión para evitarla; b) haber dejado al niño o niña bajo el cuidado de su pareja violenta; o c) no proporcionar atención médica a su hijo/a inmediatamente después de la agresión. (Asensio, Di Corleto y Gonzalez, 2020).

En cuanto a la responsabilidad atribuida a Romina Rosas, los juzgadores aseguran sin más -y descreyendo de la versión de la imputada- que conocía lo que ocurría por encontrarse en el hogar y que pudiendo intervenir impidiendo, anulando o morigerando el accionar de Vega optó por no hacerlo, siquiera verbalmente o propinándole después oportuno auxilio médico.

Lo mismo sucede en el caso de Maribel Barrera, donde se determinó que ella consintió pasivamente el proceder de su pareja y omitió llevar al niño al médico cuando manifestó síntomas tras la golpiza, para encubrirlo.

A ambas mujeres se les reprocha de forma genérica no haber auxiliado debidamente

a sus hijos y, puntualmente, no haberles proporcionado atención médica. Pero lo cierto es que tanto Romina como Maribel al ver que sus hijos se sentían mal les facilitaron medicación por los vómitos y dolores y/o llamaron a emergencias. En esta instancia es que los tribunales no tienen en cuenta que, tal vez, los cuidados proporcionados- aunque deficientes- eran los que estaban al alcance de estas mujeres desde su punto de vista económico y cultural.

Por otro lado, debería haberse dado en estos procesos la discusión en torno a si estas mujeres contaban con las herramientas suficientes para dimensionar el peligro de muerte que corrían sus hijos -cuestión que será tratada más adelante-.

De todas formas, como fuera señalado, el problema sobre la imputación resulta insalvable porque, más allá de supuestamente no haber conseguido atención médica inmediata, se les reprocha no haber salvado la vida de sus hijos, sin detallar qué conductas podrían haber desplegado para hacerlo -sobre todo en el caso de Barrera que, como fue probado, ni siquiera se encontraba en el lugar al momento del hecho-.

En resumen, los operadores de justicia ya no pueden permitir que se filtren en el proceso estereotipos de género que demandan una “buena madre” que todo lo sabe, todo lo puede y todo lo debe.

Contexto de vulnerabilidad. Estadio de análisis.

La existencia de violencia de género no implica directamente que la mujer que la padece se vea eximida de la responsabilidad por un hecho delictivo, pero sí se hace necesario tenerla en consideración. Y ello debe realizarse de acuerdo a los estándares previamente señalados, que requieren que se actúe con la debida diligencia, se conceda amplitud probatoria y se evalúe la prueba con perspectiva de género.

A mayor abundamiento, no solo los magistrados deben valorar la prueba desde este enfoque, sino que, siempre que se alegue violencia de género -y existan elementos que acompañen esta referencia- al Ministerio Público le corresponde refutar con pruebas tal situación de violencia. En este sentido, si esa investigación del fiscal fuese inexistente, deberá operar el principio *in dubio*.

En el caso de Paola Cejas, su defensa alegó que su asistida no tenía capacidad de auto determinarse, pues no se encontraba en condiciones de poner un freno a la conducta de Casas -su pareja y coimputado-, de enfrentarlo. Señalaron un cúmulo de circunstancias que surgían de las actuaciones y pusieron en evidencia que Cejas se encontraba desbordada. Entre ellas, indicaron violencia física ejercida por Casas, la mala relación con la familia de aquel, la duda que habían instalado acerca de la paternidad de la víctima, sumado a la atención que Paola realizaba de sus tres hijos, las características especiales de este niño, las constantes amenazas de que no vería más a sus hijas. A lo que se suma que se encontraba sola, sin contención familiar, su dependencia total (económica, afectiva, psíquica), el estado de pobreza, su escasa

instrucción (analfabeta).

De todas formas, Paola fue condenada como coautora del homicidio agravado de su hijo en primera instancia y esto fue confirmado por el TSJ.

En casos como este, al reparar en cuáles son las experiencias vitales de las acusadas, se encuentra que la violencia de género suele ser una constante cuando el acto lesivo contra los niños o niñas lo cometió de propia mano la pareja de la mujer. Sin embargo, sucede que, si bien el contexto de violencia logra probarse, la violencia de género no es considerada como un factor relevante para la solución jurídica del caso (Asensio, Di Corleto, 2020).

Idéntica situación se replica en el proceso contra Maribel Barrera. De hecho, el TSJ cordobés reconoció, tal como surge de las actuaciones, que el coimputado Soria solía cometer actos de agresión y que el mismo registraba causas anteriores por hechos de violencia familiar, conforme el Sistema de Administración de Causas Penales (SAC Penal). Agregó “el maltrato de niños que se imprime en este caso, presenta características, entre otras, el de ser intra familiar, es decir, todo ocurre en el seno del hogar y de la familia(...)”, lo que incluye a Maribel como víctima de esos malos tratos.

Así las cosas, si bien el propio Tribunal reconoce el marco de violencia en el que se imprimió la muerte del niño, no hace foco en la situación desventajosa en el que se encontraba Maribel para cumplir con su rol. Además, desconoce la responsabilidad estatal que debería existir en esta situación, por la falta de intervención que a su tiempo pudo haber efectuado la justicia frente a las denuncias registradas.

En relación con ello, es dable remarcar tal como señala Hopp (2022) que cuando una sentencia advierte que la mujer acudió a alguna institución y expuso la situación de peligro y solamente valora esa intervención como un dato que corrobora su conocimiento acerca del deber de impedir el daño, afirma que la responsabilidad solamente le atañe a ella y desgrava a los sistemas de protección de los deberes de protección que constituyen su misión institucional.

Volviendo a los casos seleccionados, pareciera que en ninguno de ellos se examinó si el contexto de violencia y vulnerabilidad operaba como límite en las mujeres imputadas para la realización de la conducta mandada.

Es que aquí las mujeres madres debieron contar con la capacidad de realizar las acciones de salvamento y, para confirmar su existencia, en cada caso se debió analizar si la situación de violencia imposibilitó que realizaran conductas protectoras para sí y para terceros, lo que implicaría que el requisito del tipo no se verifique.

Con apoyo en la doctrina penal que sostiene que la capacidad de actuar está ligada a los medios disponibles en la situación concreta y a las capacidades del autor individual es pertinente reparar en la constricción de los medios salvadores que tienen las víctimas de violencia de género. (Asensio, Di Corleto y González, 2020).

En concreto, la definición descontextualizada del rol de garante -criticada en el punto anterior- ignora abiertamente que la violencia desplegada por el agresor es ejercida sobre todos los integrantes de la familia, incluida la mujer. En este sentido, Walker (2009) señala que, usualmente, la condena a una madre por no “proteger” a su hijo pasó por alto su incapacidad de controlar el comportamiento violento ejercido por el hombre contra sus hijos/as e incluso contra ella misma.

Por el contrario, aún estando la violencia probada mediante informes, denuncias y pericias, por lo que la mujer cumple el doble rol de víctima y de madre, solo se espera que ella trascienda su victimización y actúe a favor de sus hijos/as, con independencia de su propia situación (Trillo-Carlin Sanchez, 2019).

En el caso de Barrera, el accionar judicial empeora pues no solo se le exigen actitudes heroicas, sino que las mismas debieron ser desplegadas, aún no estando presente al momento del hecho -ya que el Tribunal reconoció que se estaba duchando mientras su hijo era golpeado-. Pareciera que consideraron que quebrantó el deber de salvaguarda, sin tener en consideración el concepto de la dogmática penal de “*la posibilidad de realización de la acción mandada*”, pues así hubiesen concluido que Maribel Barrera no contaba con una chance real de actuar en protección del menor.

Por todo lo expuesto, es que, en casos similares a los trabajados, se observan pocos planteos realizados con relación a la falta de acreditación de los diferentes requisitos de la tipicidad objetiva de los delitos de omisión.

En un estudio de campo efectuado por Asensio, Di Coletto y González (2020), excepcionalmente, encontraron en la instrucción del caso Bonorino González^{xxiii} que la defensa planteó que la mujer no tenía la posibilidad de adoptar una conducta destinada a evitar el resultado lesivo por encontrarse en una situación de violencia de género, lo que operaba en el campo de la tipicidad. De todas formas, el planteo no consiguió ninguna respuesta judicial, pues la resolución de la Cámara de Apelaciones se limitó a evaluar la culpabilidad de la acusada.

Tal como entienden Pitlevnik y Zalazar (2017):

Si bien la respuesta que se ofrece desde la dogmática o la jurisprudencia es variada, parece ser la afectación de la culpabilidad el espacio que tiene mayores posibilidades de éxito dentro del modelo dogmático continental. Cuando no se recurre a la imputabilidad, se atribuye a esa subordinación, sujeción o temor la restricción de la capacidad de obrar de manera diferente (p.75).

Exactamente, eso es lo que suele suceder, al menos en el estudio previo efectuado

xxiii González Bonorino, Bárbara (causa CCC n.o 33440/2015/TO1, Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 13 de la Capital Federal, rta.: 22/06/2017; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala de feria B, rta.: 23/07/2015)

para el presente: ante un contexto de violencia de género, si la misma llega a ser tenida en consideración, ello sucede en el estadio de la culpabilidad.

En el plano de la culpabilidad puede retomarse el argumento de la inexigibilidad en aquellos casos en los que la acción debida implica para la mujer exponerse a un riesgo directo de sufrir ella misma la agresión. Entonces, en los casos en los que realizar el deber de cuidado implica un costo muy alto para la mujer, no es exigible que opte por ese camino, por lo tanto, la omisión no puede reprocharse (Asensio, Di Corleto y González, 2020).

En situaciones como las presentadas, las mujeres imputadas pudieron haber entendido que existía una amenaza concreta de sufrir un ataque en caso de realizar la conducta de cuidado, lo que puede entenderse como una *“amenaza de sufrir un mal grave e inminente”* en los términos del artículo 34 inciso 2 del Código Penal de la Nación.

Para que una conducta -o en estos casos la omisión- encuadre bajo tal estado de necesidad disculpante tienen que concurrir necesariamente tres cuestiones: una amenaza, inexistencia de autor de la obligación de soportarla y el mal que causa dicha amenaza debe ser grave, inminente y actual.

Basta con la configuración de esos elementos para que la conducta no sea considerada culpable. Esto se debe justamente al *“interés del legislador (...) por contemplar la situación de aquella persona que se encuentra amenazada de sufrir un mal grave o inminente y, por lo tanto, esa situación le restringe su posibilidad de autodeterminación.”* (Cibulskas-Minervino Foltin;2021). Así, el incumplir con su -indeterminada- posición de garante no coloca a las mujeres madres necesariamente en autoras en comisión por omisión, sino que podría llegar a exculparlas.

Ello, toda vez que 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 (Copello, 2020).

De todas formas, difícilmente se alcanzará esta solución pues en estos casos suele operar la idea que las madres deben necesariamente dar la vida por sus hijos, como si su integridad o su propia vida valiesen menos. En este orden, Bustos Ramírez (como se citó en Falcone -h-; 2021) considera:

El sistema no puede exigir al sujeto aquello (...) que en definitiva sería no respetar su dignidad de persona y estimarlo un mero engranaje del

sistema, al cual se le puede manipular de cualquier modo, prescindiendo de su persona en cuanto tal al momento de actuar. Y en ese sentido entonces el sistema tiene que considerarlo con sus miedos, sus cansancios, sus necesidades básicas, etcétera (s/p).

En esta línea, y a modo de ejemplo, puede señalarse lo resuelto por el Tribunal de Juicio de Concordia-Entre Ríos que, en el año 2013 en la causa seguida contra Andrea Zapata^{xxiv}, eximieron de la pena a la mujer acusada por el homicidio en comisión por omisión de sus dos hijos, que habían sido brutalmente golpeados por su progenitor. En su resolución, aplicando la figura regulada en el art. 34 inc 2 del CP, los magistrados señalaron que la violencia física y psíquica, malos tratos crueles y crónicos, que implicaban la posibilidad actual e inminente de que se efectivicen en cualquier momento de la convivencia, llevaron a una despersonalización de la imputada, que la indujeron a la paralización, lo cual importa una causa de inexigibilidad o no exigibilidad para que obrara en forma distinta a la infracción. Tal decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de la provincia.

Por el contrario, en los procesos aquí abordados, los tribunales de primera instancia y la Casación no valoraron el marco de violencia en el que se imprimieron las muertes de los niños. Únicamente se vislumbró un interés de la justicia en torno a tener presente la violencia de género en el caso de Paola Cejas. Y ello recién fue valorado en la resolución tomada por la Sala Penal del TSJ cordobés luego del reenvío efectuado por la CSJN. Así, entendieron que existía una menor culpabilidad de la imputada, la cual reconocía su origen en el de violencia de género en que se encontraba. Esto tiene un impacto directo en la escala penal, pues la situación debe ser considerada al momento de determinar la pena.

Contrario al obrar usual de la justicia penal, los contextos de violencia habitual o de vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género, que juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres, deberían influir de forma determinante en los juicios de antijuricidad y culpabilidad, aunque actualmente suelen operar al momento de la graduación de la pena (Copello, 2020).

Mínimamente, en el análisis de la culpabilidad, no deben permanecer ocultos los contextos, la existencia de otros intervinientes, la supuesta neutralidad de un estado que mediante su no intervención favorece determinados procesos y, finalmente, la evaluación de las situaciones que atraviesan determinadas personas y que las llevan a “elegir” la comisión de un delito (Pitlevnik y Zalazar, 2017).

En resumen, si entendemos que un sujeto es culpable cuando le era exigible en el momento del hecho que obrara en forma distinta a la infracción de la norma (Righi y

xxiv "Alvarez, Victor J.; Zapata, Andrea S. s/homicidio calificado" 12/06/2013

Fernández, 1996), un análisis del principio de culpabilidad por el acto con perspectiva de género nos permitirá concluir que la violencia es un fenómeno que afecta la libertad y ámbito de autodeterminación de las mujeres y ello necesariamente debe ser valorado a lo largo de toda la teoría del delito en los procesos penales que las tengan como víctimas e imputadas.

Tipo subjetivo.

En cuanto a la tipicidad subjetiva, pueden hacerse varios señalamientos en torno a los argumentos vertidos por los magistrados en las resoluciones analizadas.

En primer término, resulta clave mencionar el voto en disidencia del Dr. Zaffaroni en el caso Rosas, toda vez que es el único juez que se abocó al estudio del tipo subjetivo de la figura endilgada a la imputada. Así señala:

Retomando un concepto más clásico y difundido de dolo como voluntad realizadora de los elementos del mundo requeridos por el tipo objetivo, cabe entender que no basta que el omitente conozca la causalidad que se está desplegando en la realidad, sino que precisamente no quiera interferirla con el objeto de que sobrevenga el resultado.

En otras palabras, Zaffaroni considera que la omisión que se reprocha debe probarse intencionada, es decir, que la falta de intervención para, en este caso, frenar la agresión debe ser absolutamente deliberada a fines que se alcance el resultado lesivo. Continúa:

En el caso presente este objetivo no está probado a juzgar por las constancias de la causa, pues no parece haber habido ni un concierto ni una voluntad coincidente con el agente activo que puso en funcionamiento la causalidad. La condena en base a un mero conocimiento importa en alguna medida un *versari in re ilícita*, sin que pueda evitarse esta consecuencia por alegación de un supuesto dolo eventual, que en estos tipos resulta aún más nebuloso que en la tipicidad activa.

Un planteo similar efectuó la defensa de Maribel Barrera ante el TSJ alegando que el a que puso el acento en comprobar el aspecto objetivo de la estructura típica endilgada, olvidando lo relativo a la existencia de un acuerdo entre ambos condenados, es decir a la cuestión subjetiva, toda vez que ni del miedo que el niño le tenía al acusado, ni de una actitud supuestamente negligente de rol de madre, se puede inferir que la imputada actuó en connivencia con Soria y que conocía que lo había golpeado.

A su turno, el Tribunal Superior respondió:

La postura defensiva que postula que no existió convergencia intencional entre ambos imputados como causal excluyente de culpabilidad

desconoce que, en materia de coautoría –en este caso, por omisión impropia-, rige el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones. Y es en virtud de este principio, que todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable (es extensible) a todos los demás. Por ello, puede considerarse a cada co-autor como autor de la totalidad del hecho, aunque parte del mismo no haya sido por él ejecutado.

Pero, en este caso, debemos recordar que Maribel estaba en el baño tomando una ducha. A mayor abundamiento, tampoco resultaron de las actuaciones constancias que permitieran probar un acuerdo previo entre los coimputados para perpetrar el hecho. De allí puede concluirse que el hecho no fue ejecutado por ella ni tampoco que estuviese en conocimiento de lo que ocurría en otra habitación de su vivienda.

Lo que ocurre en el caso de la mujer acusada por no haber frenado la agresión en curso, es que el tipo subjetivo no puede verificarse si ella no estaba presente en el lugar y en el momento de los hechos, pues el dolo exige un conocimiento concreto y directo sobre el resultado lesivo (Asensio, Di Coletto y Gonzalez,2020).

En resumen, pareciera que la respuesta incoada por los magistrados sigue sin probar o explicar cómo construyen el dolo requerido por la figura endilgada, toda vez que solo hacen aplicación del principio señalado y, por ende, le hacen extensible el resultado sin más, sin un desarrollo de la faz subjetiva.

Más adelante, los integrantes del TSJ sólo dan una explicación que podría entenderse como la existencia de un dolo eventual, al señalar que en lo que respecta al restante agravio –ausencia de conocimiento por parte de Barrera de los golpes que recibió su hijo-, que la existencia visible del cúmulo de lesiones que presentó M.E.B. en distintas partes de su cuerpo, junto con los síntomas que evidenció durante varias horas –vómitos, llantos- a partir de los golpes que recibió los cuales eran conocidos por ambos imputados, no dejan margen a dudas en cuanto a que la imputada comprendió la magnitud y trascendencia de la golpiza que recibió su pequeño hijo y, por ende, se representó también la posibilidad concreta del resultado letal omitiendo desarrollar las conductas que le eran debidas. Pero, tal como explica Zaffaroni en el fallo Rosas, la aplicación del dolo eventual se hace aún más dudosa en el caso de las figuras omisivas.

Por otro lado, surge en dos de los procesos estudiados el reclamo respecto a la falta de atención médica de los niños golpeados. En este sentido, tanto en el fallo Rosas como Barrera, los magistrados entendieron que no conceder el auxilio médico necesario de forma inmediata, luego de los golpes, reflejaba en las madres de su voluntad de alcanzar el resultado muerte.

En estos casos, se debe indagar cuánto conocía la mujer imputada respecto de la gravedad de la agresión para poder juzgar si tuvo la oportunidad de realizar un pronóstico real del riesgo en curso y de la situación fáctica que la obligaba a actuar. Es

que en aquellos escenarios donde se identifique la existencia de violencia de género, debe evaluarse realmente cuán conscientes de los riesgos fueron las madres. Pues cabe tener presente que una característica habitual en las víctimas de violencia de género es la naturalización del maltrato o la minimización de la gravedad de las agresiones (Asensio, Di Coletto y Gonzalez, 2020). En una línea similar, la defensa de Maribel Barrera alegó ante órgano revisor que el supuesto desempeño negligente no resulta un indicio de actitud tal que indique, precisamente, que Barrera deliberadamente no auxilió oportunamente a su hijo siendo que la misma con toda su historia de vulnerabilidad, a su modo, atendió a su hijo horas antes de su fallecimiento, bajo el convencimiento de que el niño padecía –como era habitual– un cuadro de gastroenteritis, desconociendo los golpes que le había propinado Soria.

Esta valoración tajante que realizaron los jueces sobre el deber que tenía Maribel suele anclarse en la falta de análisis de los operadores judiciales sobre el contexto de violencia, lo que les impide evaluar si la madre efectivamente conocía el grado de peligro al que estaba expuesto su hijo. Los jueces, señalan Pitlevnik y Zalazar (2017) no terminan de comprender que:

Si alguien vivió un historial de violencia en contra de su propia persona sin haber sufrido daños serios, entonces su experiencia concreta puede impedirle pronosticar aquello a lo que quizá otras personas sí puedan anticiparse, esto es, que sus propios hijos sufrirán daños o serán víctima de violencia por parte de terceros (p.90).

En resumen, es importante comprender que, en contextos de vulnerabilidad, donde las mujeres han vivenciado vastas experiencias de maltrato, después de un tiempo bajo ese escenario, las víctimas pierden registro de los eventos violentos y la gravedad de los mismos, haciéndolos parte de su cotidianidad. Ello puede derivar en un error en la ponderación del riesgo. Pitlevnik y Zalazar (2017) entienden que tal situación fáctica puede traducirse, jurídicamente, al concepto de “habitación (no reprochable) al riesgo”, apoyándose en el concepto de “habitación al riesgo en los delitos de resultado” de Gunther Jakobs. Explican aquellos autores que una ‘normativización’ del dolo, serían los supuestos en los que se relativizan las categorías psicológicas habituales sobre las cuales se determinan la imputación por dolo y su contracara, el desconocimiento o error de tipo. Se considera que las circunstancias subjetivas que responsabilizan o exoneran a un ciudadano en el contexto de la comisión de un hecho objetivamente típico tienen que ser, a su vez, reprochables al acusado.

Así las cosas, si se traslada esta idea de Jakobs, los autores entienden que en los casos de mujeres que han padecido de forma sostenida violencia de género y son imputadas por no haber impedido los delitos contra sus hijos, se produciría una “habitación (no reprochable) al riesgo”, ya que el hecho de haber aprendido a vivir en un determinado escenario de constante violencia impide que se les reproche

subjetivamente lo ocurrido en ese marco.

El problema radica en que el sistema de justicia suele resolver partiendo de la presunción, que las madres todo lo saben, cuando se trata de sus hijos. Por lo que se torna urgente trabajar erradicando la idea del *“instinto materno”*, que coloca en cabeza de las mujeres el deber de conocer todas las situaciones de peligro que atraviesan sus hijos, para comenzar a analizar en cada caso en particular si efectivamente existió tanto un conocimiento como la intención que se efectivice tal peligro y se dé el resultado disvalioso.

6. Algunas reflexiones finales.

Con el paso de los años puede verse cómo la perspectiva de género fue permeando las decisiones tomadas por la CSJN y demás órganos inferiores. En el caso Rosas, en agosto de 2014, los integrantes del máximo tribunal rechazaron por mayoría el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente. Únicamente el Dr. Zaffaroni en un voto en disidencia trabajó la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia y, aun así, lo hizo sin adentrarse en la cuestión de género, sino someramente tratando la falta de dolo -siquiera eventual- en la conducta atribuida a la encartada.

En el año 2016, en el caso Cejas la Corte Suprema de Justicia resolvió que la revisión efectuada por el TSJ de Córdoba frente al recurso defensivo por la sentencia condenatoria de primera instancia carecía de la debida fundamentación, por lo que reenvió las actuaciones al revisor.

Fue la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, con una nueva conformación, la que reconoció la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba inmersa Cejas, lo cual redujo sus posibilidades de autodeterminación. Haciendo lugar al recurso de casación, incoado por la defensa, reenvió las actuaciones al tribunal de origen para un nuevo juzgamiento.

En estas instancias, he de resaltar que desconozco si se efectuó un nuevo juicio, pues no resulta sencillo acceder a las sentencias -sobre todo de otras jurisdicciones-. De todas formas, poco tiene que ver con la debida diligencia, exigida por la normativa internacional en materia de género, el dejar a una persona vinculada al proceso penal durante tantos años y sin analizar su situación con la debida perspectiva de género durante las primeras instancias del proceso. No fue hasta el año 2022, con el caso Barrera, que nuestro máximo tribunal nacional remarcó la gravedad de abordar esta clase de hechos sin una mirada de género. De todas formas, si bien reconoció el contexto de vulnerabilidad en el que se hallaba la encartada, solo concluyó que el tribunal revisor omitió analizar agravios conducentes para la correcta resolución del asunto planteado por la defensa. Todo ello, y como efectivamente reconocieron, *“sin abrir juicio sobre el fondo del asunto”*.

Es importante identificar la postura de la CSJN pues cumple un rol institucional clave. No solo define los criterios que tribunales inferiores vayan a asumir, sino que fija los estándares constitucionales que deben ser cumplidos, en estos casos, en materia de derechos de las mujeres.

Si los órganos jurisdiccionales no profundizan este camino, asumiendo un abordaje respetuoso de la problemática de género, se continuará reforzando la desigualdad estructural que la aplicación rígida de la teoría del delito conlleva. Es que la misma no puede estar por encima de los postulados constitucionales y descartar, en pos de una supuesta racionalidad, principios fundamentales como los de igualdad y no discriminación.

En este sentido, no se pretende erradicar la implementación de la teoría del delito sino complementarla con la herramienta que la perspectiva de género representa. Por ello, el objetivo de este trabajo no radicó en demostrar que en los casos estudiados necesariamente correspondiere absolver a las mujeres investigadas, pero sí se pretendió remarcar cómo la aplicación de estándares diferenciados y construcciones estereotipadas pueden acarrear a decisiones con fundamentos injustos. Ocurre que cuando el derecho penal es aplicado desprovisto de una visión de género, sigue reforzando estereotipos sexistas y legitimando, de esta manera, la desigualdad (Piqué-Allende, 2016).

De todas formas, y más allá de lo resuelto por la Corte y otros órganos judiciales en estos procesos que sirvieron de base para el presente análisis, se torna indispensable que la justicia delimite en cada caso en particular cuál es efectivamente el rol de garante que asumen las mujeres madres como, asimismo, que comiencen a valorar el contexto de vulnerabilidad en el que pueden llegar a encontrarse las mujeres sometidas al proceso penal.

Al ser las mujeres al mismo tiempo madres opera sobre ellas una doble opresión. No solo la condición de mujeres puede ponerlas en una situación de desventaja -si los casos no son trabajados con la perspectiva de género que vasta normativa nacional e internacional exige-; sino que, sumado a ello, la maternidad pone sobre su persona el deber de cumplimentar con el rol socialmente esperado. Esto se trata de la criminalización de las "malas madres", lo que responde a un estereotipo social de madre abnegada, sacrificada, que antepone el derecho de los hijos, incluso, ante los propios, el ya mencionado "instinto maternal".

Deben dejarse de lado los preconceptos de género que expanden el deber de garantía de las madres. En tal sentido, para evitar un trato sesgado, las respuestas institucionales deberían revisar que en cada caso se especifique cuál es la conducta obligada incumplida, el conocimiento cierto del riesgo, la posibilidad real de realizar la conducta exigida -valorando que no se encuentre en riesgo su integridad física- y los condicionamientos que podrían haber limitado su capacidad de respuesta. Esos

aspectos deben respaldarse en hechos comprobados en el expediente y no en presunciones de género.

En rigor, no corresponde exigirles a las madres que, primero personas y mujeres, pongan en riesgo su propia vida. No solo por lo arriesgado y audaz, sino porque para configurarse la imputación por omisión impropia la acción requerida por la norma debe ser posible.

Por otro lado, mientras se les exige a las mujeres madres actitudes heroicas a fines de salvaguardar la vida de su descendencia, la justicia parece no comprender que en algunos casos la violencia que sufren los hijos también pesa sobre las madres y la misma condiciona severamente la capacidad de las madres de proteger a sus hijas e hijos (Laurenzo Copello, 2020)."

Esas mismas madres son tan victimizadas por sus parejas violentas como sus hijos, y su entorno de violencia de género les impide cortar con el vínculo de dependencia y preservarse a ellas mismas. Tal estereotipo exige esfuerzos imposibles de realizar materialmente en ciertos contextos socioeconómicos, esfuerzos desiguales que solo les son exigidos a las mujeres en razón de su género, y que responden a la estructura patriarcal de poder (Larrandart, 2021).

En ciertos casos, no solo impera el rol de garante extendido - *por el deber de madre que todo lo puede por la vida de sus hijos*- sino que, en aquellos donde el componente de la violencia jugó o pudo jugar, un rol central en la resolución del caso, la evaluación por parte de la magistratura resulta insuficiente o tardía.

Incluso se ha visto que en aquellos casos en donde se efectuaron tales planteos, la defensa, no obtuvo ninguna respuesta por parte de los tribunales, quienes en ocasiones hicieron caso omiso a su evaluación o se restringieron a analizarlo únicamente a la hora de determinar el monto del reproche penal. Al respecto, dado que estas situaciones pueden afectar diferentes estadios del análisis dogmático, no hay un criterio unificado sobre la etapa de la teoría del delito en que deben analizarse estos factores.

Lo cierto es que la solución de la inculpabilidad hace que el Estado continúe afirmando la ilicitud de cada uno de esos actos, pero se abstiene de penar en el caso concreto. El Estado disculpa el hecho ilícito cometido que, en cuanto ilícito, queda intacto (Pitlevnik y Zalazar, 2017). Esta es la decisión por la que mayoritariamente, optan los tribunales al momento de fallar respecto de mujeres que, en contexto de violencia machista, no logran impedir el asesinato de sus hijos en manos del progenitor o pareja al momento del hecho.

En resumen, los magistrados tienden a dejar indemne la tipicidad y la antijuridicidad al analizar el hecho delictivo, dando paso a la perspectiva de género al momento de definir el grado de culpabilidad endilgado a estas madres. La explicación y consecuente disculpa de la comisión de delitos a partir de la historia de sometimiento o privaciones

vividas por el autor, o experiencias traumáticas que le han generado un déficit, a partir del cual se comprende o minimiza su infracción, puede erosionar la culpabilidad al punto de neutralizar el castigo (Pitlevnik y Zalazar, 2017).

De todas formas, no siempre corresponde alegar la falta de culpabilidad, porque ello implicaría reconocer que la mujer se comportó de forma incorrecta, por ello, aseverar que contaba con los medios suficientes para defender a sus hijos. Ocurre que, en algunos casos, la violencia de género puede convertirse en un límite, para que las mujeres puedan desplegar la conducta mandada por la norma. En otras situaciones simplemente resulta difuso el límite a la posición de garante o muy exagerada o extendida la construcción sobre lo que debería ser y hacer una “buena madre”. Más allá de existir un encuadre de violencia de género, no se le debería exigir a las mujeres una defensa de sus hijos, que ponga en riesgo su propia vida o la de otros menores convivientes.

Otro elemento que la dogmática penal ha pretendido normativizar es la representación que debe tener “la buena madre” respecto de los peligros que amenazan a sus hijos. Pero lo cierto es que la percepción de ese riesgo, puede aparecer afectado por el sometimiento de una persona a violencia de forma habitual o por razones socioculturales (Hopp, 2017)

En los casos analizados, y en todos aquellos en los que las mujeres investigadas jueguen a su vez un rol de víctima o se encuentren sometidas, la violencia se encuentra naturalizada y forma parte de una cotidianidad que otras personas podrían entender riesgosa.

A fines de tener por acreditado el dolo, previamente debe analizarse si la mujer contaba con las condiciones sociales y/o culturales que le permitieran comprender el grado de peligro al que se encuentran expuestos sus hijos -como también ella misma-.

En síntesis, se hace urgente aplicar perspectiva de género a lo largo de toda la teoría del delito. Juzgar desde tal paradigma, nos permite acercarnos a una efectiva igualdad prevista tanto en el mandato constitucional como en el convencional.

A pesar que la erradicación de la violencia de género y los esquemas desiguales de poder anclados en la sociedad no le corresponden al derecho penal, sí es cierto que la justicia puede asumir una función transformadora teniendo una mirada en beneficio de los grupos vulnerables, respetando sus derechos fundamentales. Así, de forma indirecta, combatir la desigualdad y la injusticia.

En conclusión, podría afirmarse que el primer paso hacia procesos más justos sería eliminar la implementación de estereotipos de género, tales como el de “buena madre”, a fines de construir un estándar, respecto del cuidado que tenga que ver con las condiciones propias de cada caso en particular, y ya no, con una abstracción de la realidad que lleve a un rol idealizado.

Debe analizarse la particularidad de cada hecho y su contexto. Entendiendo que, en algunos procesos, corresponderá exculpar a estas mujeres por las circunstancias extraordinarias de violencia en la que se encuentran inmersas. Mientras que, en otros casos, sólo habría que desarmar la idea que se comportaron por fuera del rol, cuando este es creado a priori, y solo se encontraría cubierto si la mujer hubiese asumido una conducta heroica. Requerir que las mujeres al ser madres se despersonalicen dando la vida por sus hijos, sin que exista otra respuesta correcta o aceptable, opera en desmedro de su dignidad como personas.

Referencias bibliográficas

- Asensio R., Di Corleto, J. y González, C. (2020). Criminalización de mujeres por delitos contra las personas. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad: Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Eurosocial,
- Asensio R., Di Corleto, J. y González, C. (2020). Metodología feminista y dogmática penal. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad: Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Eurosocial.
- Bacigalupo, E. (1994). *Lineamientos de la teoría del delito*. Hammurabi.
- Bodelón, E. (2009). La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. En *Género, violencia y derecho*, por Patricia Lorenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio. Editores del Puerto.
- Caramuti, C. (s.f.). La omisión impropia en el Derecho penal Argentino Ámbitos de aplicación y relación de los artículos 106, 107, 79 y 80 C.P. Criterios interpretativos para delimitar los supuestos de omisión impropia dolosa punibles. En *El Derecho penal en tiempos de cambio*. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Disponible en <https://cuba.vlex.com/vid/omision-impropia-derecho-penal-651556221>
- Cibulskas, C., y Minervino Foltin, S. (2021). Mujeres trans y narcotráfico: (re) pensando el estado de necesidad disculpante con perspectiva de género. *Revista Jurídica*, (8). Disponible en <https://www.amfjn.org.ar/2021/07/12/mujeres-trans-y-narcotrafico-re-pensando-el-estado-de-necesidad-disculpante-con-perspectiva-de-genero/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (16 de noviembre de 2018). *Visita de trabajo en Perú* [Comunicado de prensa]. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/243.asp>
- Copello, P. (2020). La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema. En *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad: Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Eurosocial.

- Crenshaw, K. (1991). *Cartografiando los márgenes: Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color*. Originalmente publicado como: Crenshaw, Kimberlé W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. Stanford Law Review.
- Creus, C. (1999). Derecho Penal, Parte General. Editorial Astrea.
- Defensoría General de la Nación (2015). *Femicidio y debida diligencia: estándares internacionales y prácticas locales*. Amnistía Internacional.
- Donna, E. (2003). *Prólogo al libro de Gimbernat Ordeig: La causalidad en la omisión impropia y la llamada omisión por comisión*. Rubinzal-Culzoni editores.
- Falcone, R.(h) (2021). El estado de necesidad en la Cámara Federal de Casación Penal: apuntes para la formulación de una objeción. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89068-estado-necesidad-camara-federal-casacion-penal-apuntes-formulacion-objecion>
- Fernández Segovia, M. C. (2018). La resolución judicial como violencia de género. *Revista Pensamiento Penal*. Disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46778-resolucion-judicial-violencia-genero>
- Ferro, A. H. (2008). *Autoría y participación criminal en la omisión*. La Ley, Jurisprudencia Argentina.
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia*. Didot.
- Hopp C. (2017). Buena madre, buena esposa, buena mujer: Abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En *Género y Justicia Penal*, compiladora Di Corleto Julieta, Editorial Didot.
- Hopp, C. (2017b). Delitos de comisión por omisión: la “mala madre” como víctima invisible. En *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 22*. Hammurabi.
- Hopp, C. (2022). Maternidades enjuiciadas: criminalización de las madres por delitos de omisión y (des)protección de la niñez. En *Jornadas justicia penal, géneros y enseñanza del Derecho*, compilación de Ileana Arduino y Julieta Di Corleto, primera edición, INECIP y Doctrina Penal Feminista.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (2ºed.). Marcial Pons.
- Larrandart, L. (2021). *Derecho Penal y perspectiva de género: Los límites del poder punitivo*. Hammurabi.
- Larrauri. E. (s.f.). *Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y Derecho Penal*. Disponible en <https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/13/desigualdades->

[sonoras-elena-larrauri.pdf](#)

- Molina, G. J. (2014). *Delitos de omisión impropia*. Rubinzal-Culzoni editores.
- Muñoz Conde, F. (1975). *Introducción al derecho penal*. Bosch Casa Editorial.
- Piqué M. L. y Allende M. (2016). *Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo*. Disponible en https://proletarios.org/books/Pique_y_Allende-Hacia-una-alianza-entre-el-garantismo-y-el-feminismo.pdf
- Pitlevnik, L. y Zalazar, P. (2017). Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. En *Género y Justicia Penal*, compiladora Di Corleto Julieta, Editorial Didot.
- Righi, E. y Fernández, A. (1996). *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Hammurabi.
- Righi, E. (2008). *Derecho penal: parte general*. Lexis Nexis Argentina.
- Sanchez, L. (2022). Coordinadas para pensar la defensa penal efectiva con perspectiva de género y enfoque diferenciado. En *Defensa Penal efectiva con perspectiva de género en América Latina: Análisis y Recomendaciones para el abordaje de defensas penales en contextos de violencia contra la mujer*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)
- Sancinetti, M. (1991). *Casos de Derecho Penal*. Hammurabi.
- Schunemann, B. (2009). *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Marcial Pons.
- Tenca, A. (2010). *Dolo eventual*. Editorial Astrea.
- Terragni, M. A. (1997). *Omisión Impropia y posición de garante*. Disponible en <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf000106-terragni->
- Trillo, V. S. y Sánchez, J. A. C. (2019). El derecho penal como herramienta de castigo contra las mujeres que se apartan de su rol: ¿Buenas o malas madres?. *Derechos En Acción*, 13(13), 347. <https://doi.org/10.24215/25251678e347>
- Walker, L. (2009). *The battered woman syndrome* (3ªed.). Springer Publishing Company.
- Welzel, H. (1987). *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica Chile.
- Zaffaroni, E. R. (1999). *Tratado de Derecho Penal Parte General, tomo 3*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Slokar, A. y Alagia, A. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Ediar.