

Perspectiva de género en el sistema penal.

El fallo R.E.R. y una pena injusta, innecesaria, tardía y vulnerante

Alejandro Javier Osio

Introducción.

Como primera medida aclaramos que el fin de este trabajo apunta a visibilizar la necesidad de construir dogmática penal no vulnerante y género-sensitiva¹, que luego de deconstruir los contenidos patriarcales de la dogmática penal hegemónica, permita aportar a los pilares de una reconstrucción más igualitaria para todxs lxs seres humanxs, y en especial para las mujeres. Así también resaltar la importancia de llevar adelante investigaciones judiciales género sensitivas para no asentar y reproducir desigualdad desde los estrados judiciales, en este caso hacia las mujeres, y que a la vez se asuman de manera comprensiva y vinculante las condiciones de vulnerabilidad de las personas, en este caso frente al poder penal del Estado.

Trataremos de visibilizar asimismo, que en el caso en comentario se ha prescindido de la racionalidad tanto en el tiempo que demoró el proceso como en torno a la necesidad de habilitar poder punitivo en la forma de privación de la libertad, puesto que la respuesta penal asignada al caso parece asentarse más en un mensaje simbólico de contenido patriarcal sin perspectiva género-sensitiva ni socio-sensitiva, que en la razonabilidad y necesidad de privar de libertad a una persona de acuerdo a los fines normativamente impuestos, relevando su especial situación de vulnerabilidad derivadas de su género y sus condicionamientos socio-económicos-culturales.

El fallo en comentario es el dictado el día 19/02/2020, en el caso R.E.R.² “...POR HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO- EN ARGERICH (PTDO. DE VILLARINO) DENUNCIANTE: COMISARIA PRIMERA DE VILLARINO” por el Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de Bahía Blanca (Bs.As., Argentina), conformado por la Presidenta Dra. Daniela Fabiana Castaño (quien desarrolló los fundamentos), y los Jueces Dres. Eduardo Alfredo d’Empaire y Eugenio Casas (quienes adhirieron), en el cual se condenó a la señora R.E.R. como “*autora penalmente responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO MEDIANDO CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN en los términos del art. 80 inc. 1, última parte del C.P., a la PENA DE OCHO (8) AÑOS DE PRISIÓN, con más la*

¹ Esta denominación la tomamos de Gisela Astocondor Salazar, Andrea Ofracio Sernaxy Tania Raico Gallardo, en “La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH”. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26700.pdf>

² Omitiremos en todo el trabajo el nombre de la persona condenada para no profundizar su estigmatización.

imposición de accesorias legales y costas (Arts. 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 80 inc. 1 última parte del Código Penal y arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal) ”³.

La sentencia que comentaremos recayó el 19/02/2020 sobre un hecho ocurrido entre los días 18-19/05/2005, es decir casi 15 años después de ocurrido, lo cual ya deja un sabor amargo de entrada, pero además de tamaña dilación, tanto la valoración probatoria como la calificación legal, la determinación en concreto del monto de la pena, el rechazo al planteo de prescripción y la falta de consideración de insubsistencia de la acción penal, como la propia investigación del caso sin perspectiva de género ni valoración socio-sensitiva merecerían un largo tratamiento que excedería el marco del presente aporte.

Precisamente por ello nos ocuparemos sólo de algunas cuestiones puntuales: la perspectiva de género⁴ que en el propio fallo se demuestra que no ha existido en toda la investigación; el acogimiento y reproducción de dogmática penal que llamaremos vulnerante, y que además en el caso se presenta imprecisa, inadecuada y violatoria del principio de legalidad; la falta de abordaje judicial de los conflictos penalizados con bases que llamaremos socio-sensitivas, y esto significa que releven y aborden de manera vinculante todas las condiciones de vulnerabilidad de las personas, en este caso de la persona imputada (pero también ha de mantenerse el criterio hacia las víctimas, especialmente en los casos de asimetría de poder como los de violencia de género y maltrato hacia niñas, niños y adolescentes por sólo ejemplificar); y por último la vulneración a los principios de legalidad, buena fe y pro persona, todo lo cual permitió arribar a una sentencia de condena injusta, innecesaria, tardía y vulnerante.

Nos referiremos con mayor detalle sobre esas cuestiones para realizar algunas consideraciones que entendemos derivadas de una dogmática penal acorde con los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente la necesidad de investigaciones género y socio-sensitivas.

Para indicar inicialmente a qué nos referimos con Perspectiva de Género traeremos a colación la cita de Estela Serret Bravo quien indica que “...se refiere a una mirada, a la observación de un fenómeno social o político, que se emplea para explicar un objeto de estudio

³ El fallo completo puede consultarse en el link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/48614-condenan-mujer-8-anos-prision-no-asistir-su-hija-recien-nacida-circunstancias>; y el acta de debate con la sustanciación del juicio en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48532.pdf>

⁴ Sobre la necesidad de una perspectiva o enfoque de género ver CEDAW y su Comité (Conferencia de El Cairo 1994 y Res. Gral.21 -1992-; Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena 1993; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing 1995; Recom.Gral.24; Convención y Comité contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes (Informe de ONU relatoría tortura_mendez_2013 y Comité contra la Tortura Obs. Finales sobre Perú 2006); Comité de Derechos Humanos (Informe Periódico sobre Argentina 2000 y Obs. Gral. 28); Convención Belém do Pará, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y CorteIDH (casos “B. vs El Salvador”, “Masacre de Mapiripán vs Colombia”, “Atala Riffo vs Chile”, “Artavia Murillo vs Costa Rica”, “María Da Penha vs Brasil”, “González y otras (campo algodón) y otras vs México” entre otros). La perspectiva de género en el diseño de las políticas públicas es de observación obligatoria para reducir y erradicar la discriminación contra la mujer en todos los ámbitos en que desarrolle su personalidad.

científico, utilizando como fundamento el concepto género. Es decir, la perspectiva de género hace alusión a una manera de percibir la realidad que toma en cuenta tanto a mujeres como a hombres y las diferencias y posiciones desiguales, socialmente construidas, entre ambos. Así, al aplicar la perspectiva de género, nuestra mirada de un fenómeno consigue: a) Visibilizar a las mujeres, sus actividades, sus vidas, sus necesidades específicas, sus espacios y la forma en que contribuyen a la creación de realidad social. b) Mostrar cómo y por qué cada fenómeno concreto está atravesado por las relaciones de poder y desigualdad entre los géneros características de los sistemas patriarcales o androcraáticos”⁵ y para hacer justicia a la contundente afirmación de Daiana Araya, introduzco aquí su declaración en primera persona pues comparto el objetivo (aun con la conciencia de pertenecer biológicamente al sector privilegiado): “Lo que proponemos entonces desde el movimiento feminista es que el derecho penal no se quede atrás en la revolución social que busca cambiar lógicas patriarcales de un mundo altamente masculinizado.”⁶

En términos de Daniela Zaikoski “Según Marta Lamas (en Ruiz, 2000:65), las feministas conceptualizan el género como: “El conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es “propio” de los hombres (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino)”⁷”, y compartimos su aspiración en ese trabajo porque también compartimos el objetivo “Se procura alcanzar una perspectiva teórica que favorezca las interpretaciones críticas de la ley penal y preserve el sesgo antidiscriminatorio de la teoría de género y del feminismo, en tanto disciplinas contenidas en el paradigma de los derechos humanos.”⁸

En la sentencia que comentamos, el voto argumentado es el de la jueza Castaño, mientras que los jueces d’Empaire y Casas adhirieron, por lo cual todo lo resuelto fue por unanimidad y de la siguiente manera en cuanto a los hechos y responsabilidad de la imputada: “PRIMERO: Que ha quedado acreditado que en horas de la noche, entre el día 18 y 19 de mayo del año 2.005, en el interior de la vivienda ubicada en la calle España nro. 316 de la localidad de Argerich, Partido de Villarino, a sabiendas y con intención, se ocasionó el deceso de una recién nacida, que fuera dada a luz con vida y en término, es decir, luego de habérsela gestado durante aproximadamente nueve meses de embarazo el cual se mantuvo oculto, dándosele muerte mediante conductas omisivas configuradas por la falta de prestación de los cuidados necesarios para evitar su óbito por shock

⁵ Citada por Araya, Daiana en “Feminismo y Derecho Penal. Análisis de fallos para la construcción de un nuevo derecho penal”, p.3/4. Disponible en <http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/48658-feminismo-y-derecho-penal-analisis-fallos-construccion-nuevo-derecho-penal>

⁶ Ob. cit nota anterior, p. 4.

⁷ Zaikoski, Daniela “Género y Derecho Penal. Tensiones al interior de sus discursos”. La Aljaba, Segunda época. Volumen XII, 2008, p. 118/119. Disponible en <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/aljaba/n12a08zaikoski.pdf>. Para profundizar sobre ello puede verse el libro de Salanueva, Olga y Zaikoski Biscay, Daniela “Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual”. EdUNLPam, La Pampa, 2015.

⁸ Ob. Cit. Nota anterior, p. 117.

hipovolémico por hemorragia a través del cordón umbilical, según lo consignado en el informe médico de autopsia de fs. 18/22 y, ulteriormente, se introdujo el cuerpo sin vida de la recién nacida en una bolsa de nylon negra, enterrando el mismo durante la jornada siguiente en el patio de la referida finca. SEGUNDO: Que autora de los hechos descriptos es Rosalía Esther Reyes. TERCERO: Que no concurren eximentes. CUARTO: Que se valoran como atenuantes la carencia de antecedentes penales y el buen concepto que registra. QUINTO: Que no se valoran agravantes.”⁹

Los argumentos del voto de la jueza Castaño en relación a la perspectiva de género y la (in) sensibilidad social. Algunos aportes crítico-constructivos.

La jueza al momento de sopesar la situación de R.E.R. y su contexto tanto en lo sincrónico u horizontal (momento del hecho) como en lo diacrónico o longitudinal (historicidad vital de R.E.R.) y aun cuando el caso presentaba ribetes verificados que podían ser analizados de una manera particular, prescinde por completo de hacerlo con perspectiva de género, sesgo que también arrastra por añadidura a los votos adherentes de sus colegas del Tribunal.

De ese modo, se consideran una multiplicidad de cuestiones que no sólo que no logran remover los estereotipos del patriarcado en torno a las cuestiones analizadas sino que profundizan la reproducción simbólica de roles propios de estereotipos discriminatorios hacia la mujer, algunos de manera subyacente o implícita como el rol de buena madre, protectora a como dé lugar e incluso contra su propia vida (debió ser una leona), y otros de manera más a flote o menos implícita, como la ubicuidad en determinado sector de vulnerabilidad social-económica-personal-cultural por su situación de trabajadora en situación de explotación.

Ese androcentrismo como racionalidad legal no es nuevo como dice Cuéllar Camarena, pues en el sujeto masculino de los momentos fundacionales del Estado moderno a la vez que el principio de igualdad adquiere pretensión universal se restringe al conjunto de varones adultos, y ello se ha profundizado en los Estados-Nación de Latinoamérica a lo largo del tiempo¹⁰ y nosotros podríamos agregar que el reducto penal es quizá uno de los ámbitos con mayor enquistamiento a la actualidad, máxime si del cuerpo de la mujer y del “fruto de su vientre” se trata.

Asimismo se invisibilizan las posibles asimetrías o manifestaciones de relaciones consecutivas que posicionaron en clara desventaja a R.E.R. en su historia vital como si fueran meramente desaventuras amorosas o simple mala suerte en el amor, romantizando violencias que consecutivamente una tras otra fue sufriendo R.E.R. y que más que a la mala suerte personal, se

⁹ Págs. 11/12 de la sentencia.

¹⁰ Sobre el androcentrismo como racionalidad legal moderna puede verse el aporte de Cuéllar Camarena, María Andrea “Nuestro cuerpo, un territorio en disputa...” en “Aborto: la marea verde desde el derecho”. Red de Profesoras. Facultad de Derecho UBA. Editores del Sur. Bs.As. 2019, p. 37.

debe a la cultura patriarcal en que se enclava su existencia y que también ha ido delineando su personalidad y los recursos emocionales y afectivos disponibles para afrontar la terrible situación que la llevó a ser criminalizada. Pero el Tribunal en vez de recuperar y destacar esas vivencias para visibilizarlas, contextualizarlas en el Paradigma Patriarcal y merituarlas en consecuencia para determinar la responsabilidad penal de R.E.R., las minimiza, las desacredita y no les asigna efecto alguno, como si las personas fuéramos el momento de un hecho en vez de una historia vital, que en el caso estaba signada por una multiplicidad de violencias, y no sólo personales y de su entorno vincular o afectivo sino también empresariales en su entorno laboral y económico, e institucional en relación a los organismos de protección genéricos en lo laboral y familiar, y más específicos como los de niñez y de la mujer, y así también en lo simbólico de manera transversal tanto en lo personal como institucional y de relaciones.

Queremos significar con ello que los micro-medio-macro machismos que a lo largo de su historia vital ha sufrido R.E.R. no tuvieron ningún efecto en los análisis penales de su caso. Para entender esto que creemos no ha percibido el Tribunal en su análisis, recuperamos a Rita Segato, quien al referirse a una violencia invisible que sostiene y da estructura para el apoyo de la desigual asignación jerárquica entre varones y mujeres, afirma que lo que le parece más notable de la violencia moral no es su amplitud hacia la física sino la característica “...por la que se disemina difusamente e imprime un carácter jerárquico a los menores e imperceptibles gestos de las rutinas domésticas...”¹¹ y en la misma página afirma que “Los aspectos casi legítimos, casi morales y casi legales de la violencia psicológica son los que...prestan la argamasa para la sustentación jerárquica del sistema.”, lo que en el caso puede verse que se formaliza en el discurso judicial.

Ahora bien, y recordando que la sentencia recayó casi 15 años después de ocurrido el suceso ¿Cuál era el hecho bajo juzgamiento? ¿La vida de R.E.R., el acto lesivo en concreto o todo ello? ¿Qué función debe/debió cumplir el análisis sincrónico y diacrónico en casos como éste?

Sobre algunos pasajes de la sentencia haremos algunas observaciones críticas, comenzando por la función de juzgar con perspectiva de género que si bien nos parecen por lo demás loables las exigencias en este sentido, hemos de advertir que también resultan insuficientes. Entendemos que lo realmente necesario, pero además obligatorio para el Estado argentino en virtud de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y por la jurisprudencia de la CorteIDH¹² es desarrollar investigaciones por completo género-sensitivas en el marco de intervenciones

¹¹ Segato, Rita Laura “Las estructuras elementales de la violencia”. Prometeo libros. Bs.As.2010.

¹² Ello puede ampliarse en el libro de Pablo Larsen “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Hammurabi. Bs.As. 2016, y en el siguiente enlace pueden encontrarse todos los fallos completos: <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/decisiones/corteidh.asp>

integrales con perspectiva de género¹³ máxime en investigaciones que puedan incluir violencia psicológica, económica y simbólica, interpersonal e institucional hacia las mujeres, como en el caso en comentario¹⁴.

En particular la CorteIDH ha expuesto a modo señero que: *“el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *“Caso González y otras -'Campo Algodonero'- vs. México”*, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, párrafo 401). A partir de allí, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes pronunciamientos (*“Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”* de fecha 25/11/2006, *“Caso Inés Fernández Ortega y otros vs. México”* de fecha 30/8/2010, entre otros), incorporó la perspectiva de género, introduciendo destacados elementos de análisis fácticos y jurídicos¹⁵

Como lo hemos expuesto en otro aporte¹⁶, una de las diferencias principales que señalamos entre juzgar con perspectiva de género y desarrollar investigaciones género sensitivas, que nos interesa especialmente para este comentario, radica en que lo primero implica valorar con perspectiva de género lo que ya se ha intervenido antes durante determinados procesos formalizados o no (en el caso judicial penal una investigación formal por algún delito determinado). Mientras que lo segundo implica introducir la perspectiva de género desde el principio, durante todos los actos y por todas las personas que cumplan alguna función -pública o privada- y de manera transversal.

¹³ Por ejemplo en los casos *“María da Penha vs Brasil”*, *“Rosendo Cantú y otra vs México”*, *“Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs Costa Rica”*, *“Atala Riffo y niñas vs Chile”*, *“Penal Miguel Castro Castro vs Perú”*, *“Inés Fernández Ortega vs México”*, *“Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs Paraguay”*, *“Masacre Las Dos Erres vs Guatemala”*, *“González y otras (Campo Algodonero) vs México”*. Sobre ello puede profundizarse en CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC, 2007. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/indiceacceso.htm>. También los informes de la CIDH <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/decisiones/cidh.asp> en el sitio de la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la OEA.

¹⁴ No nos detendremos sobre ello en este aporte, pero puede profundizarse sobre ello –entre otros- en los siguientes textos: *“Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual”* de Olga Salanueva y Daniela Zaikoski Biscay. EdUNLPam. Santa Rosa LP 2015; *“Grietas en el Silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado”* de Analía Aucía (et al). EdUNLPam, Mujeres por la Solidaridad y REUN. Santa Rosa LP 2013.

¹⁵ Así aparece citado en el fallo *“R., M. A. P/ HOMICIDIO DOBLEMENTE AGRAVADO EN GRADO DE TENTATIVA - GOYA (T.O.P. NRO. 8922)”* del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, p.5. Disponible en: <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/083/398/000083398.pdf>

¹⁶ Osio, Alejandro Javier *“La necesidad de las investigaciones género-sensitivas y el respeto a la legalidad penal”*. Tomo LA LEY 2020-B, año LXXXIV N° 55, 20/03/2020, p. 3/7.

Esto se relaciona directamente con las obligaciones concernientes a detectar con debida diligencia las vulneraciones que permitan un abordaje compatible con la tutela judicial efectiva¹⁷ pero más allá de lo normativo, se relaciona muy especialmente con garantizar el relevamiento y abordaje de la especial afectación que los hechos calificados como delitos por la legislación vigente tienen sobre las mujeres, máxime cuando se trata de sus cuerpos como dice Paolini Pecoraro¹⁸, más allá del rol en que se las ubique procesalmente y a romper con el paradigma que indica no inmiscuirse –ni el Estado ni los particulares- en el ámbito privado de las parejas, aunque como dice Carbajal esto esté cambiando en los últimos tiempos en los ámbitos de formación y judicial¹⁹.

Si bien el caso en comentario comenzó por el hecho punible imputado a R.E.R. respecto de la muerte de su hija recién nacida, la investigación –aún con sus falencias y extensión- produjo material que reveló de manera evidente, aunque insuficiente, la existencia de una historia de vida signada por la pobreza, la explotación laboral y condiciones de vida no compatibles con las prestaciones a cargo del Estado para el desarrollo de una vida digna, y también signada por condiciones de desigualdad por su género al haber sido violentada y abandonada por los padres de sus hijos, que además incumplían con sus responsabilidades parentales, incluyendo las de sustento propio y de sus hijxs. Ello claramente implicaba una subjetividad atravesada por la violencia física, psicológica, económica y simbólica por razón de su género, reproducida tanto en lo interpersonal como desde lo institucional, lo cual al no ser relevado de manera género-sensitiva por el Tribunal aparece reforzado simbólicamente con la sentencia en comentario, máxime teniendo en cuenta la fuerza performativa del derecho y del Poder Judicial en su papel decisor de derechos.

Ahora bien, cuando la posible víctima de violencia aparece como victimaria ya no contra sus agresores sino hacia a unx de sus hijxs, como en este caso, suelen aparecer en los discursos formales, y entre ellos los judiciales, arquetipos y estereotipos problemáticos que obstaculizan o dificultan el desarrollo de investigaciones género-sensitivas. Tales estereotipos y arquetipos exhiben mayor presencia en determinados estamentos socioeconómicos que a su vez exhiben mayor presencia en la conformación de los Tribunales y Juzgados de nuestra región (con excepciones a salvo como en todo ámbito)²⁰, y que adecuan sus respuestas conforme a convicciones religiosas, culturales y de clase que dificultan el análisis integral y no discriminatorio de los hechos puestos a examen en clave empática. El producto, como es de suponer, son resultados de conformidad a esos estereotipos y arquetipos asignados por lxs judicantes conforme a sus convicciones, en vez de la

¹⁷ Astocondor Salazar Gisela, Ofraio Sernaxi Andrea y Raico Gallardo Tania “La judicialización de la violencia sexual en el conflicto armado en Perú: a propósito de los recientes estándares internacionales de derechos humanos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH”. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26700.pdf>

¹⁸ Paolini Pecoraro, Alejandra “Judiciabilidad de los delitos sexuales en el marco de las causas de lesa humanidad” en Aucía, Analía (et.al.) “Grietas en el silencio”. EdUNLPam, Mujeres por la Solidaridad y REUN. La Pampa, 2013, p. 260.

¹⁹ Carbajal, Mariana “Maltratadas. Violencia de género en las relaciones de pareja”. Aguilar. Bs.As. 2013, p. 45.

²⁰ Para profundizar sobre esto Bourdieu, Pierre “Las estrategias de la reproducción social”. Siglo XXI. Bs.As. 2011, p. 183 y ss.

valoración desde el relevamiento género y socio-sensitivo, igualador, empático y no discriminatorio que prepondere el contenido de justicia que requiere la respuesta estatal sobre los hechos de cada caso particular de manera situada (con ubicuidad en el contexto y caracteres del conflicto).²¹

Si bien sobre aquello nos hemos ocupado en otros aportes²² y no ingresaremos en detalle aquí, debemos mencionarlo para visibilizar el marco problemático que suele resolverse como en este caso de manera dicotómica: o se es víctima o se es victimaria, cuando en realidad el abordaje es más complejo que ello, y posicionarse de ese modo desde el inicio en una investigación penal puede acarrear resultados falaces y/o revictimizantes²³. El análisis de los conflictos sociales complejos con reduccionismos a categorías o conceptos procesales dicotómicos no puede más que producir respuestas inadecuadas.

Deben entonces maximizarse las medidas para garantizar tanto los fines del proceso penal para con la persona lesionada como también una investigación género-sensitiva si el caso presenta alguna violencia o desigualdad contra una mujer, pero con herramientas que puedan abarcar la diversidad de cada conflicto social “procesado”. Recordemos que la introducción de las conceptualizaciones propias de los hechos lesivos con relevancia penal cuando es necesario verificar si existe violencia contra la mujer u otras personas en situación de vulnerabilidad (para usar la terminología de las Reglas de Brasilia²⁴), obliga a una redefinición de las dicotomías del derecho penal clásico, incluido por supuesto lo procesal y por sobre todo lo valorativo. Es decir, los aspectos normativos, interpretativos (doctrinales y jurisprudenciales), fácticos, simbólicos y axiológicos del campo jurídico penal²⁵ deben ser complejizados y redefinidos para incluir lo que en sus bases no fue incluido (las perspectivas de género y social).

En esos marcos, es necesario también conjugar saberes en interrelación e interdependencia para producir resultados integrales y no sólo jurídicos, pero nos referimos a incluir saberes disciplinares que luego no sean sometidos a una reducción jurídicista, y a que si sólo se introduce la perspectiva de género en el momento de juzgar, se corre el riesgo de ratificar judicialmente vulneraciones ocultas o de invisibilizar violencias no exhibidas en los procesos, aún desde la mejor buena fe. Para que las intervenciones puedan ser efectivas en relación a la detección y visibilización de las violencias, necesariamente los procesos deben incluir dinámicas inter, multi e intra

²¹ Un gran estudio empírico sobre todo ello puede verse en Deza, Soledad; Iriarte, Alejandra y Alvarez, Mariana S. “Jaqué a la reina”. Cienflores y Católicas por el Derecho a Decidir. Tucumán, 2014.

²² Por ejemplo nuestro trabajo “¿LA VIOLENCIA DOMÉSTICA PUEDE SER UN MECANISMO DE TORTURA? ¿Y ELLO COADYUVAR A REDUCIR EL PODER PENAL SOBRE VÍCTIMAS? EL CASO Y.P. DE LA PAMPA.” En Revista “Perspectivas” Vol.6.Núm.2.EdUNLPam, 2016. Disponible en: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/1645>

²³ Ello puede profundizarse en el estudio de Bodelón, Encarna “Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales”. Ediciones Didot. Bs.As. 2012.

²⁴ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008. “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Disponibles en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

²⁵ Como también sostuvimos en el trabajo citado en nota 8.

disciplinarios de manera transversal y relevar el plexo valorativo que la consecución de actos de un proceso judicial y las respuestas penales consecuentes aportan al mundo.

En torno al plexo valorativo nos falta mucho por avanzar en todos los estamentos de capacitación, formación, intercambio, ejercicio de la profesión y funciones, etcétera en el campo jurídico²⁶. Nos referimos a la necesidad de recuperar y poner en primer grado el plexo valorativo que contiene cada norma o conjunto de normas, decisiones judiciales y/o ejecutivas y conceptualizaciones doctrinales y/o de opinión utilizadas en la construcción de esos discursos, puesto que lxs abogadxs solemos ser mayormente formadxs en los contenidos literales de esos discursos, y en sus posibles análisis lógicos, exegéticos y hasta históricos (y casi siempre desde el patriarcado), pero no se nos enseña a desentrañar el complejo valorativo que los informan o la axiología que contienen tales discursos en relación a cómo distribuyen y ordenan a los seres humanos en sus ámbitos de interrelación en función de las diversidades que la humanidad implica.

Para ejemplificarlo con el viejo ejemplo de los anteojos rojos, si todo el proceso ha transcurrido sin que sea introducida debidamente la cuestión de género (lentes de vidrio rojo), es claro que al momento de juzgar las/os sentenciantes (profesionales o jurados) no encontrarán vulneraciones en ese sentido, salvo que sean muy groseras (verán todo rojo salvo que algún otro color se manifieste muy estridente), pero no porque no existan o no hubiesen existido en el caso tales vulneraciones, sino simplemente porque han sido invisibilizadas, redefinidas o reemplazadas por acreditaciones propias de estereotipos patriarcales que el propio discurso jurídico contiene y tiende a reproducir, si no es redefinido. En definitiva, los cristales con que se mira marcan el color de lo que se ve, aunque la realidad contenga otros matices. En cambio, si se interviniera desde el inicio con anteojos de género y derechos humanos, como dice Erica Montaña²⁷, de seguro todo lo relevado y el resultado final serán diferentes.

El fallo en comentario, y aun con la reserva de que no hemos accedido al expediente, es un buen ejemplo para pensar estos puntos, pues de la lectura de la sentencia se advierte que la perspectiva de género aparece inexistente y que las condiciones de vulnerabilidad, victimización, pobreza y género tampoco han sido relevadas, lo cual nos lleva a pensar que la sentencia se ajusta simbólicamente al paradigma del patriarcado que, necesario es recalcar, en la modernidad y posmodernidad ha sido delineado de manera perfectamente compatible con el capitalismo en lo económico-social-cultural, por lo que en el decisorio que aquí se comenta se puede ver muy claramente esa fusión de compatibilidades en la interrelación patriarcado-capitalismo que

²⁶ Campo jurídico en el sentido de Bourdieu, Pierre y Teubner, Gunther “La Fuerza del Derecho”. Siglo del Hombre Editores Facultad de Derecho de los Andes. Ediciones Uniandes e Instituto Pensar. Bogotá, 2000.

²⁷ Montaña, Erica “¿Las políticas públicas integrales tienen perspectiva de género?”. Diario Digital Femenino: <https://diariofemenino.com.ar/las-politicas-publicas-integrales-tienen-perspectiva-de-genero/>. Recuperado el 03/07/20.

simbólicamente se ven reproducidos²⁸ y que se conforman en la estructura de distribución de las diferentes especies de capital económico, cultural y social como dice Bourdieu, reproduciendo a partir de una “matriz generadora de respuestas adaptadas de antemano”²⁹.

Puede verse en la sentencia que la meticulosidad crítica con que se ha valorado la reacción y las supuestas posibilidades de acción de R.E.R. en el hecho en concreto no ha tenido la misma profundidad de análisis en torno a su historia vital y de relaciones, que aparece en el decisorio como si se hubiera tratado sólo de mala suerte en el amor y exigentes condiciones laborales.

El análisis del Tribunal respecto del hecho concreto que derivó en la muerte judicializada en el caso, aparece atravesado por el estereotipo femenino patriarcal que conduce linealmente al arquetipo de “buena madre” cuyo mandato inexorable indica que nunca, sin importar las circunstancias, ha de producir daño alguno al “fruto de su vientre”, pese a las circunstancias que sean, aún en un complejo situacional como el del caso que desgarró de sólo imaginarlo: una mujer víctima de una multiplicidad de violencias personales e institucionales con un cuerpo malnutrido y exhausto que afronta un parto intempestivo en el inodoro del baño de su humilde casa, que entra en inconsciencia coetánea al parto desmayándose, lo cual también afecta la consciencia posterior que confluye multicausal con la pérdida de sangre. Una mujer con sus otrxs hijxs allí presenciando la escena; una de sus hijas que le ayuda a cortar y atar el cordón umbilical para que no se desangre, la lleva hasta la cama convaleciente donde terminó por despedir la placenta que todavía colgaba de su interior y volvió a perder consciencia hasta varias horas después. Todo ello relevado por el Tribunal, aunque a esto último lo puso en palabras como “dormirse”, lo que así exteriorizado remite a como si hubiera sido una actividad desaprensiva y relajante en vez de fisiológica ante tamaño suceso.

Si bien en una primera lectura de la sentencia y con las argumentaciones normativas y conceptuales de la Magistrada que desarrolla los fundamentos, pareciera que no hay relevancia en un análisis con perspectiva de género, cuando se escudriña con mejor cuidado se advierte que el análisis longitudinal o diacrónico de la historia vital de la imputada ha generado la presunción de un estereotipo propio del patriarcado, que luego tiñe todo de rojo y obstaculiza en la valoración el mismo grado de meticulosidad y crítica sobre el hecho en concreto de manera sincrónica u horizontal, y lo mismo sucede con la ausencia de empatía en torno a los condicionantes socio-económico-culturales.

²⁸ Sobre ello pueden verse muchos estudios como el libro “Patriarcado y capitalismo” de Cynthia Luz Burgueño y Josefina Luzuriaga Martínez (Editorial Akal, España, 2019), y algunos de fácil lectura y rápida consecución como pueden ser los Denise Comanne “¿Cómo el patriarcado y el capitalismo refuerzan en forma conjunta la opresión de las mujeres” en <https://www.cadtm.org/Como-el-patriarcado-y-el>; y Cinzia Arruzia “Reflexiones sobre el género ¿Cuál es la relación entre el patriarcado y el capitalismo? Se reabre el debate” en <https://www.sinpermiso.info/textos/reflexiones-sobre-el-genero-cual-es-la-relacion-entre-el-patriarcado-y-el-capitalismo-se-reabre-el>; por sólo enunciar algunos.

²⁹ Bourdieu, Pierre “Las estrategias de la reproducción social”. Siglo XXI. Bs.As. 2011, p. 112 y ss.

Puede verse en la sentencia que la versión de R.E.R. se desacredita rápidamente aún ante prueba objetiva inconsistente tanto para la acusación como para la defensa (que sólo se valora como inconsistente para la defensa), aún con pericias sobre la psiquis y subjetividad de R.E.R. tanto en lo sincrónico como en lo diacrónico, con las falencias que ello conllevó debido a las inexactitudes de estudios temporalmente muy posteriores al hecho sobre la condición psíquica de R.E.R. al momento del parto, sin que se hubieran incluido en el análisis judicante variables que pudieran sostener la razonabilidad de exigir un relato sin ninguna inconsistencia luego de traumas en su diacronía vital y relacional que performaron la subjetividad de R.E.R. a lo largo de su vida, y tamaño trauma en lo particular del caso que la llevó a ser criminalizada sin que conste la realización y progresividad de algún abordaje psicoterapéutico y/o multidisciplinar para abordar y poder superar todo ello. Llama poderosamente la atención la ausencia de análisis sobre lo traumático del hecho para R.E.R.

Es necesario agregar, que lo resuelto se exhibe como suficiente y consistente en sentido condenatorio aun cuando la prueba (al menos la valorada en la sentencia) en relación al suceso en particular dentro de la casa de R.E.R. ha sido escasa, y con ello significamos que lo era tanto para acreditar la versión acusatoria como la exculpante, y allí lo simbólico del patriarcado cobra vigencia el inclinar la balanza hacia el poder punitivo ejemplarizante.

Nos referimos con todo lo reseñado a que de relaciones de R.E.R. que el Tribunal tuvo al pasar como simétricas, voluntarias y como de mala suerte por su discontinuidad con los padres de sus hijos, incluido el padre de la persona fallecida, sin indagar en las asimetrías y violencias que fueron performando la subjetividad de R.E.R. en su decurso, como así también que del hecho de contar con hijos anteriores conocía plenamente lo que debía y no hacer en un parto como el del caso en concreto, y aun el contenido eminentemente no situado del Tribunal en lo concerniente al hecho en concreto que pese a todas sus notas dantescas y de una emergencia irreproducible, se colocan en una posición de exigencia de acción de acuerdo a posibilidades supuestas, al modo de un parto regular cuya única nota particular hubiera sido su imprevisión.

Y aun en ese contexto y con todo lo aquí reseñado, se concluye en la prisionización prolongada de una mujer luego de casi 15 años de ocurrido el hecho, en las condiciones y con los aditamentos reseñados, lo cual sinceramente cuesta mucho poder ubicarlo dentro de los fines normativamente expuestos para la pena privativa de la libertad en el ordenamiento jurídico vigente en Argentina, por lo que suena más a sanción disciplinante patriarcal, económica y simbólicamente a modo ejemplar, con un gran mensaje a la generalidad más que a la propia R.E.R. que aparece nuevamente como medio para fines trascendentes, como ha sido durante su existencia de interrelación interpersonal, laboral, social e institucional, y dentro de esta última se suma ahora lo judicial, por lo que podríamos afirmar que la sentencia marca una continuidad real y simbólica en el proceso de mediatización del cuerpo y entidad de R.E.R. que, necesario es desatacar, no resulta una

excepcionalidad en nuestra región en que los paradigmas patriarcal y del capitalismo imperan confluyentes, siendo ello más pronunciado en el ámbito judicial.

La necesidad de construir Dogmática Penal No Vulnerante y Género Sensitiva.

En otra arista del mismo análisis podríamos también poner en crisis las categorías dogmáticas utilizadas en la sentencia y las posibilidades de resolución con perspectivas de género y sensibilidad social que permiten o dificultan. Claramente la doctrina penal clásica, y también gran parte de las modernas, no contienen estructuras género-sensitivas, por ejemplo en torno al consentimiento o a los parámetros de la legítima defensa en el ámbito de violencia doméstica o familiar, entre muchos otros temas de la dogmática penal puestos en crisis por la pretendida igualdad -en general- en términos de derechos humanos, y la perspectiva de género -en particular- respecto de las mujeres.

Entre las categorías problemáticas se encuentran sin duda los conceptos de consentimiento para la tipicidad de determinadas conductas que implican violencia sexual, las causas de justificación como la legítima defensa y hasta de inculpabilidad, por lo cual todo ello requiere de revisión para deconstruir de la dogmática penal los pilares y la grandes porciones de patriarcado que aun contiene y por qué no, construir estamentos o categorías propias.

Convengamos que el campo jurídico en general, el penal en particular y el judicial en especial, no han sido ajenos al paradigma cultural del patriarcado (y tampoco al del capitalismo), sino que por el contrario han significado más bien su reproducción y fortalecimiento. Incluso frente a las reivindicaciones feministas, en muchas ocasiones han presentado resistencias activas y pasivas.

Por tales razones, se maximiza la necesidad de construir bases más igualitarias para una Dogmática Penal No Vulnerante, en general, y que para el caso de incorporar la perspectiva de género podría denominarse Género Sensitiva o Feminista en particular, aunque aquélla denominación más genérica es necesaria también porque las vulneraciones desde la dogmática y prácticas penales implican a todas las personas en situación especial de vulnerabilidad y/o minoría, por ejemplo en relación a la niñez, salud mental, ancianidad, procedencias étnicas, identidades de género, orientaciones sexuales, y otras diversidades y disidencias frente al poder penal del Estado.

En el caso en estudio, por ejemplo, aparecen como problemáticas las categorías conceptuales de culpabilidad concernientes a la vulnerabilidad y a la reducción del espacio de autodeterminación, sobre las cuales haremos algunos análisis.

Si consideramos todo ello y entendemos además que el propio discurso jurídico que utilizamos en las normas, doctrinas y jurisprudencias penales contiene patriarcado y capitalismo, se nos aparece muy clara la obligación de revisar y deconstruir andamiajes que suelen presentarse

como “dogmáticos” para dar lugar a conceptualizaciones más igualitarias, pues lo contrario llevará al razonamiento circular inevitable de tratar de resolver las problemáticas de las personas oprimidas acudiendo a las armas de su opresor/a, lo cual es tierra fértil para la redefinición reproductiva de las opresiones o en el mejor de los casos para una especie de paradigma de la ambigüedad, y esto es, que con el discurso jurídico-formal nuevo se mantenga la facticidad existente, por lo cual el orden simbólico consecuente se mantendrá desigual y opresor.

Podemos avanzar en la crítica revisionista hacia las conceptualizaciones propias de las figuras dogmáticas mencionadas (art. 34CP), pero también en la emoción violenta y en las circunstancias extraordinarias de atenuación de los artículos 80 y 81 del mismo Código Penal Argentino, vigentes aún hoy pese a sus aristas claramente contrarias a la perspectiva de género en sus orígenes³⁰, tal como lo era también el avenimiento del artículo 132 vigente hasta hace pocos años (2012) y cuya derogación se conquistó como consecuencia detonante de la muerte de la pampeana Carla Figueroa a manos de Marcelo Tomaselli en 2011, así como se conquistaron otras modificaciones, creaciones y derogaciones de normas penales que también han sido consecuencias de muertes que sin embargo siguen ocurriendo.

Nos pareció adecuado incluir estos comentarios atinentes a la falta de perspectiva de género en el fallo, puesto que ello debe visibilizarse de algún modo para generar las bases necesarias para su inclusión de manera transversal como cualquier perspectiva de derechos humanos, que además permita la remoción de las prácticas que la invisibilizan, máxime en las agencias que definen al derecho, en el propio discurso jurídico pero también en las conceptualizaciones dogmáticas que se utilizan para la interpretación normativa en el ámbito penal.

Sobre la fuerza del discurso jurídico como performador de derechos y subjetividades explica claramente Alicia Ruiz que “*El derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder*”³¹. Es decir, que en la distribución de roles de acuerdo al decir de lo que el derecho significa para cada persona en particular, dependiendo del sector-poder en el que se encuentre situado, dependerá el conjunto de atribuciones, facultades y posibilidades con que cuente la persona llevada al estrado judicial para “la justicia” en un momento y lugar dado. Y en definitiva, los derechos que “tienen” unas/os y otras/os en términos de realidad y quiénes y cómo son reconocidas/os como sujetas/os de derecho.

³⁰ Ello aparece muy claro en el aporte de Adolfo Prunotto Laborde en la obra colectiva y de compilación dirigida por David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”. Tomo 3. 2da.ed. Arts. 79/96. Hammurabi. Bs.As. 2010, págs. 606/614 en el cual incluso utiliza los viejos ejemplos de encontrar a la mujer en adulterio como circunstancia extraordinaria de atenuación –p. 607-, y el que teniendo un sentimiento amoroso sorprende juntos a los amantes como emoción violenta –p. 612-.

³¹ Ruiz, Alicia “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres” en Birgin, Haydee (comp.) “El Derecho en el Género y el Género en el Derecho”. Editorial Biblos. Bs.As. 2000, p. 21.

Ahora bien, aun cuando sabemos que la inclusión de la perspectiva de género por sí sola y en este caso en particular no introduce a R.E.R. en una causa de justificación o de inculpabilidad, cuando esa perspectiva de género se aúna, entrelaza, conforma con la que denominamos socio-sensitiva, concerniente a la incorporación de un análisis situado en torno al complejo de circunstancias y condiciones de vulnerabilidad de R.E.R. también sincrónico y diacrónico, entonces sí se rellena de contenido el concepto sintético de culpabilidad que el profesor Zaffaroni denomina culpabilidad por la vulnerabilidad³², y que coloca a R.E.R. en una especie de círculo concéntrico que entrelaza a las cuestiones de género con las cuestiones socioeconómicas como oposición que debería ser vinculante frente a la criminalización estatal que, por el contrario, al no asimilarla reproduce patriarcado disciplinante.

Pero además, en este caso, y siempre respetando los hechos que tuvieron por probados desde el Tribunal, el proceso del nacimiento de la persona fallecida pasa por tránsitos que configuran distintos episodios que se ubican de manera distinta en el análisis trófico de la teoría del delito en relación a la capacidad psíquica de R.E.R. comenzando por una incapacidad físico-psíquica al comienzo del proceso, una inconsciencia lisa y llana por desmayo al momento del nacimiento y en un tiempo indeterminado posterior, una reducción del espacio de autodeterminación de manera exculpante al momento de desarrollar la salvación propia con ayuda de una de sus hijas, que se extiende al momento en que se produce la omisión típica que se le imputa, o quizá se produce al ser acostada en la cama una nueva renovación de la inconsciencia por desvanecimiento sobre la cual no se indagó casi nada pese a que la parábola horaria presuntiva de la muerte de la niña recién nacida según los forenses caía en ese lapso, todo lo cual merecería una severa y profunda revisión dogmática y con perspectiva de género, en la cual no ahondaremos por la extensión y marco que nos hemos propuesto para el presente, pero que no por ello dejamos de destacar.

La pena privativa de la libertad en un proceso penal de casi 15 años. Algunas consideraciones crítico-constructivas y también género-sensitivas.

En este acápite, trataremos de visibilizar que en el caso en comentario se ha prescindido de la racionalidad en torno a la necesidad de habilitar poder punitivo en la forma de privación de la libertad, puesto que la respuesta penal parece asentarse en consideraciones propias del patriarcado y con tintes elitistas, omitiéndose la fundamentación en torno a la necesidad de privar de libertad a una persona humana con fines de apego a la ley y readaptación social, como mandan los artículos 5.6CADH, 10.3PIDCP, 18 y 75.22CN y 1 de la Ley 24660. Asimismo, como primera barrera a derribar incluyó el fallo una interpretación inconstitucional en relación a la prescripción de la acción

³² Zaffaroni, Eugenio R.; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General.” Ediar. Bs.As., 2008, p. 514 y ss.

penal, y por supuesto en ausencia de perspectiva de género y socio-sensitiva como ha sido constante en todo el resolutivo.

Como hemos sostenido en otros trabajos “Más allá de las numerosas críticas que podrían hacerse desde perspectivas ideológicas, sabido es que el fin que legitima discursivamente la pena de privación de la libertad en nuestro ordenamiento jurídico positivo no puede ser otro que el de la reforma o readaptación social de las personas condenadas, pues ello es exigido en el máximo nivel normativo por los artículos 18 de la Constitución Nacional, 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.”³³

La readaptación social, como indica Eugenia VALLEJOS citando al profesor y Juez de Ejecución de Catamarca, Luis GUILLAMONDEGUI, (...) representa un proceso que se inicia con la estancia del condenado en prisión, mediante el cual el equipo interdisciplinario profesional, con la colaboración del personal penitenciario y previo consentimiento del interno, procura que éste pueda tomar conciencia de la génesis de su comportamiento delictivo pretérito y de sus implicancias personales, familiares y sociales presentes y futuras con el propósito de fomentar y consolidar su capacidad de convivir en sociedad respetando la ley penal en lo sucesivo; proceso en el que se debe respetar su dignidad humana y favorecer su contacto activo con la comunidad en aras de mitigar la desocialización propia del encierro carcelario permitiendo que la interacción del mismo en el establecimiento penal se asemeje lo más posible a la vida en libertad y, en la medida de su ubicación dentro del Régimen y Tratamiento Penitenciarios, promover y estimular las actividades compatibles con dicha finalidad. (VALLEJOS, 2012: p. 5). Por ende, y más allá de las críticas doctrinarias que puedan formularse al concepto, podríamos decir con esta primera aproximación, que aparece actualmente como un derecho constitucional de los condenados y, por contrapartida, como una obligación estatal.

A partir de ello, podría afirmarse que el Estado se ha comprometido convencionalmente ante la comunidad internacional a aplicar en su territorio únicamente penas privativas de la libertad que posean una finalidad resocializadora del condenado, lo que por exclusión deja fuera de todo viso de legalidad a las sanciones penales que persigan un fin distinto, tales como la inocuización o la exclusión o segregación social con motivos de peligrosidad o únicamente de castigo, lo que aparece prohibido expresamente en la letra del art. 18 de la Constitución Nacional.

En lo relativo al acogimiento jurisprudencial de la resocialización como derecho humano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado el derecho a la resocialización en una multiplicidad de fallos. Sin embargo, más allá de la prolífica delimitación de este concepto, en el

³³ Osio, Alejandro y Torroba, Rodrigo “La readaptación social como derecho Humano. Situación en la Provincia de La Pampa”, publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/08/doctrina43973.pdf>

marco de este aporte, sólo traeremos a colación algunas de sus consideraciones que creemos pueden sintetizar la opinión de la Corte en el punto que intentamos dilucidar.

En el Caso “Mendoza y otros contra Argentina”, sentencia del 14 de Mayo de 2013, indicó: “B.3. Finalidad de la pena privativa de libertad (...) 165. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Debemos recordar, por último, que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por aplicación de los artículos 62.3 y 68.1 de la CADH, son obligatorios -en el caso concreto- para los Estados Parte.

Por su camino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado su propia jurisprudencia de recepción de la finalidad de readaptación social o resocialización de las personas condenadas a pena privativa de la libertad. En el Caso “Verbitsky”, sentencia del 3 de Mayo de 2005, sostuvo: “34. Que el art. 18 de la Constitución Nacional al prescribir que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que ella exija, hará responsable al juez que la autorice”, reconoce a las personas privadas de su libertad el derecho a un trato digno y humano, como así también establece la tutela judicial efectiva que garantice su cumplimiento. El alcance de este texto ha sido puesto en discusión, dudándose si abarcaba a los condenados, pues tiene un claro origen histórico iluminista referido a la prisión cautelar, como que parece provenir de Lardizábal: “Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos (...)” (Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma, Madrid, 1782, pág. 211, ed. con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Fundación Sancho El Sabio, Vitoria, 2001). Sin embargo, ha quedado superada la discusión después de la reforma constitucional de 1994, en cuanto a que los fines reintegradores sociales de la pena de prisión están consagrados en virtud del inc. 22 del art. 75 constitucional...”

“En el Caso “Maldonado”, sentencia del 7 de Diciembre de 2005, sostuvo: 23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial...”

En el fallo en comentario puede verse muy claramente que la pena impuesta, aun teniendo en cuenta las consideraciones del voto principal para reducir el monto punitivo conforme a la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación, de la pena perpetua a los 8 años

finalmente impuestos, es meramente con fines de castigo. Es decir, que la finalidad expuesta en la decisión es exclusivamente retribucionista, puesto que en la determinación de la pena no se advierte absolutamente ningún argumento que indique ni la necesidad ni el efecto útil que la sanción penal puede acarrear a una persona luego de 15 años en libertad, como así tampoco las razones por las cuales resulta necesaria y útil ahora la privación de libertad y no lo fue en todo ese tiempo, ni qué es lo que puede aportar semejante pena impuesta a una persona que se encuentra integrada en la comunidad. Mucho menos se indica de qué manera puede compensarse el daño no sólo a R.E.R. sino también a sus hijxs, teniendo especialmente en cuenta los principios de trascendencia mínima de la pena (Art. 19CN y 5.3CADH) y de interés superior (Art. 3CDN y 3 Ley 26061) atento a la edad de algunxs de ellos.

Ese dato de la sentencia, consistente en la carencia de fundamentación y justificación racional sobre la necesidad de la sanción penal sobre R.E.R. y en particular sobre que sea privativa de la libertad, luego de casi 15 años del hecho analizado, nos hace pensar de nuevo sobre el carácter no sólo aflictivo sino disciplinante de la respuesta estatal que se aplica, que funciona más como ejemplarizante para quienes simbólicamente la perciben, conocen y puedan verse en situaciones similares que como respuesta de un Estado de Derecho democrático y republicano.

Y véase que nunca se consideraron alternativas especiales como perforar el mínimo legal u otras alternativas minimalistas, por lo cual encima es una pena de 8 años de prisión, lo cual aparece totalmente desconectada con los principios de culpabilidad y proporcionalidad como dice Uriburu³⁴; y una muestra más de que en cada momento en que el Tribunal podía tomar una decisión, lo hizo en el sentido maximizador del poder punitivo, y ello también es una constante en el fallo.

Legalidad de la interpretación frente al pedido de prescripción ¿y la insubsistencia de la acción penal?

En esta parte del comentario, nos centraremos en la crítica hacia la construcción conceptual realizada en el fallo sobre el pedido de extinción de la acción penal por prescripción que realizó la defensa, y que el Tribunal con argumentos que prescinden de la letra de la ley y de los principios de buena fe y pro homine configuró un razonamiento oblicuo para rechazarlo y de ese modo abrir el camino para la posibilidad condenatoria en contra del principio de última ratio, entre otros.

La vulneración al principio de legalidad constitucional-convencionalmente dispuesto en los artículos 18, 19 y 75.22 de la CN, 9 de la CADH, 15.1 del PIDCP, XXV DADDH, 11 DUDH y 40.2.a CDN conforme la interpretación que del principio ha realizado la CorteIDH en relación a la

³⁴ Uriburu, “La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos Guffanti y Ríos”, p. 1. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8641/1/perforacion-topes-minimos-escalas.pdf>. Sobre las posibilidades de condenar por debajo de los mínimos legales pueden verse los fallos disponibles en el siguiente link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/etiquetas/condena-debajo-del-minimo-legal>

precisión normativa tanto de la conducta punible como de la pena prevista como consecuencia, por ejemplo en los fallos “Kimel vs Argentina”³⁵, “Castillo Petruzzi y otros vs Perú”³⁶, “Yvon Neptune vs Haití”³⁷, “Cantoral Benavides vs Perú”³⁸, “De la Cruz Flores vs Perú”³⁹ y “Ricardo Canese vs Paraguay”⁴⁰ por ejemplo, y por la CSJN⁴¹ en los casos “Musotto” (Fallos 310:1909), “Cristalux” (Fallos 329:1053), “Torea” (Fallos 330:5158), “Estévez” (Fallos 333:866), “Rizzo” (Fallos 336:760) y “Maggi” (Fallos 316:2797), por sólo ejemplificar con algunos, entendemos que se da en el caso por la consideración de una norma penal que no existe mediante analogía extensiva del poder punitivo.

De todos los aspectos del principio enunciado, el que nos aparece vulnerado, en primer lugar, es la manifestación que implica un mandato limitador de la habilitación del poder punitivo a los intérpretes, entre ellos los Tribunales de Justicia, denominado Máxima Taxatividad Interpretativa⁴², y en segundo lugar su conjunción con los principios de Buena Fe y Pro Persona. Veamos.

El delito de homicidio agravado por el vínculo en circunstancias extraordinarias de atenuación como ha sido el tipo penal finalmente escogido en el fallo en comentario, prevé en su literalidad que “...*el juez podrá aplicar prisión de ocho a veinticinco años...*” (Arts. 80.1 y 80 último párrafo) y esa es la letra expresa de la norma jurídica vigente. Sin embargo el Tribunal entiende que al estar inicialmente imputada por homicidio agravado sin atenuantes, el plazo de prescripción es el de 15 años y no el de la escala que habilitaba de manera única la imputación de homicidio agravado en circunstancias extraordinarias de atenuación, lo cual como veremos viola el principio acusatorio, resulta in malam parte, implica vulneración al principio de legalidad, y además aún en el razonamiento del Tribunal resulta vulnerante de los principios de Buena fe y Pro Persona.

El planteo defensivo sostiene que al ser acusada R.E.R. por el MPF por el homicidio agravado en circunstancias extraordinarias de atenuación (Art. 80.1 en relación al 80 último párrafo, del CP) la pena habilitada legalmente es de 8 a 25 años y por ende el plazo de prescripción es el del art. 62.2. Como desde la citación a juicio pasaron más de 12 años, la acción penal prescribió.

El Tribunal para rechazar ese planteo sostiene que la reducción de la pena en el 80CP es facultativa, pues la norma refiere “podrá” y no “deberá”. Citando a Creus⁴³ sostienen que al

³⁵ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf

³⁶ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf

³⁷ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf

³⁸ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf

³⁹ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_115_esp.pdf

⁴⁰ Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf

⁴¹ Sobre todo ello puede profundizarse en el trabajo de María Luisa Piqué “Artículo 9 Principio de Legalidad y de Retroactividad”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/009-pique-legalidad-y-retroactividad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

⁴² Principio central del derecho penal que puede verse con esa denominación en Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte General”. 2da ed. 2da. reimpr. EDIAR, Bs.As. 2008, pág. 106.

⁴³ Creus, Carlos “Derecho Penal. Parte Especial.” Tomo I. Editorial Astrea. Bs.As. 1998, p. 17.

imponer pena en un homicidio agravado en circunstancias extraordinarias de atenuación se puede imponer tanto la pena atenuada de 8 a 25 años como la pena perpetua del inicio del 80CP, lo cual llevado a un caso en concreto en el cual el Tribunal entiende que se encuentran comprobadas las circunstancias atenuantes, es una contradicción insalvable con el principio de culpabilidad pues implica sostener que aún en situaciones de reducción del ámbito de autodeterminación o disminución en la capacidad psíquica de delito, cabría la misma pena perpetua que si esa culpabilidad disminuida no existiera.

Es llamativo observar que se prescinde de la lógica en el análisis realizado, pues al sostener que en el caso estaban comprobadas las circunstancias extraordinarias de atenuación, el verbo “podrá” habilita la imposición de pena dentro de la escala de 8 a 25 años y no la alternativa libre entre la pena perpetua y la temporal, análisis que se supera al considerar si se dan o no las atenuantes. Véase que reconoce la jueza votante que en el caso existen circunstancias extraordinarias de atenuación que obligan a disminuir la pena a imponer y que en caso de escoger la pena perpetua se obraría con arbitrariedad, afirmando que “...*la negativa a aplicar la escala más benigna, además de absurda, devendría arbitraria, en el sentido de carente de motivación...*” y concluye que se determinará una pena dentro de esa escala.

Entonces una pregunta se impone ¿Si no había dudas que la pena a imponer al hecho punible en evaluación es la atenuada de 8 a 25 años, por qué no se consideró prescripta la acción penal por aplicación literal del art. 62.2CP? La respuesta no puede ser más que absurda si se contrasta con esa norma en tanto refiere que “*La acción penal se prescribirá...Después de transcurrido el máximo de la pena señalada para el delito, si se tratare de **hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años...***” –negrilla agregada.

Puede verse muy claramente que la norma se refiere literalmente a “hechos” y no a tipos penales o delitos (palabra esta que en el Código se utiliza varias veces también), por lo que es necesario respetar la legalidad en la indicación y atenerse a los hechos punibles y no a los tipos penales técnicamente o a los delitos en su conformación completa, por lo cual si en relación a los hechos del caso, el Tribunal consideraba aplicable de manera obligada la pena temporal (como lo dejó en claro), entonces debió aplicar el art. 62.2CP, pues de lo contrario la viola de manera palmaria al contradecir la referencia a hechos y a que en ningún caso puede exceder de doce años el plazo de prescripción, cópula de elementos que en conjunto le imponían al Tribunal declarar extinguida la acción penal por prescripción.

Por el contrario, para resolver sobre la prescripción tuvieron en cuenta la pena perpetua que el Código Penal prevé para hechos distintos a los imputados a R.E.R. por el MPF, pues la dispone para el homicidio agravado sin atenuantes, y descartan la pena temporal que sí está prevista para los

hechos finalmente imputados a R.E.R. y que el propio Tribunal consideró aplicables, lo cual aparece como lógicamente insostenible. Ese razonamiento configura una arbitrariedad⁴⁴ de imposible anclaje normativo en nuestro ordenamiento jurídico pero además insostenible desde las reglas básicas de la lógica en materia de racionalidad y razonabilidad (Arts. 1 y 28 de la CN) en el ámbito de las facultades de interpretación judicial de una norma penal por parte de un Tribunal que habilita poder punitivo, por lo cual debería ser jurisdiccionalmente invalidado en aplicación de la doctrina de la CSJN por ejemplo en "Cerámica San Lorenzo S.A." (Fallos 307:1094), "Villamea" (Fallos 320:2662); "Mazza" (Fallos 324:3839); "Baratti" (Fallos 329:1436); "Sabio" (Fallos 330:3092), "Tarditi" (Fallos 331:2077) y "De los Santos" (Fallos 331:1090), aunque no profundizaremos sobre ello en este aporte.

Desde la regla de compatibilidad legal⁴⁵, la interpretación además de adecuada a la onticidad preexistente debe respetar la letra de la ley formal, y con ello nos referimos no sólo a la norma emanada del Congreso de la Nación sino al ordenamiento jurídico de manera integrado desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) hasta el derecho interno aplicable de manera desfragmentada y de acuerdo a la especificación con que las conceptualizaciones aparecen en el DIDH⁴⁶, y me parece que allí está la principal problemática de este argumento del fallo en comentario, puesto que la interpretación plasmada no aparece compatible ni con la literalidad de los artículos aplicados ni con el complejo de normas formales de superior jerarquía que la enmarcan, pero tampoco da respuesta adecuada al complejo valorativo resultante del hecho analizado con todos sus ingredientes.

En el ámbito jurisprudencial, la CorteIDH en los fallos "Yvone Neptune vs Haití" y "De la Cruz Flores vs Perú" ha considerado que "...*el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática...Corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta...*"⁴⁷, y la propia CSJN ha declarado como actos jurisdiccionalmente inválidos a las resoluciones judiciales que se aparten de la letra de la ley como primera fuente de exégesis interpretativa como luego veremos.

El fallo que comentamos, en esta parte, genera una interpretación bifronte para justificar la apertura del camino hacia la condena, porque en primer lugar aplica el método gramatical para rechazar la prescripción al sostener que el término "podrá" que prevé el art. 80 in fine del CP lo

⁴⁴ Maier, julio B.J. "Derecho Procesal Penal. III. Parte General. Actos Procesales". 1ª edición. Editores del Puerto. Bs.As. 2011, pág. 340.

⁴⁵ Ob.cit. Nota 8, p. 69 y ss.

⁴⁶ Sobre esos efectos de los tratados de derechos humanos y otros, véase Arballo, Gustavo "Los tratados de derechos humanos como fundamento del derecho privado: su vinculación con el dispositivo penal: nueve efectos concretos" en Zaffaroni, Raúl Eugenio y Herrera, Marisa (Dir.) "El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal". Hammurabi. Bs.As. 2016, pág. 53 y ss. Lo indicado no es más que el modo de interpretación impuesto por el artículo 75.22 de la CN y los primeros artículos del CCyCN vigente.

⁴⁷ Del libro de Pablo Larsen citado, p. 258.

faculta a escoger las penas previstas en toda la norma (tanto la fija o perpetua como la relativa o temporal), pero luego sin exposición de motivo alguno descartan la literalidad del artículo 62.2 del CP en tanto se refiere a “hechos” para los cuales se prevea pena temporal y a que “en ningún caso” puede exceder de doce años su prescripción aun cuando entienden que corresponde la pena temporal.

Sumado a ello, el Tribunal exhibe en su razonamiento que dentro del marco de decisiones posibles toma una –la imposición de la pena temporal en vez de la perpetua-, en cambio invisibiliza la parte siguiente de la doctrina que utiliza, puesto que si era facultativa la posibilidad de escoger entre pena perpetua o temporal, entonces también era facultativa la posibilidad de aplicar el tiempo de prescripción fijado para una o el fijado para la otra, por la sencilla razón de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Es decir, si se opta por la pena fija o perpetua, el tiempo de prescripción es el del art. 62.1CP, pero si se opta por la pena relativa o temporal, el tiempo de prescripción es el del art. 62.2CP. Lo que no tiene lugar dentro del marco de legalidad es optar por la pena relativa o temporal pero aplicar el tiempo de prescripción previsto para la fija o perpetua, porque esa correlación normativa no existe en el CP vigente.

El Tribunal oculta esta segunda faceta de la doctrina que utiliza para justificar su condena, con lo que vulnera el principio de Buena Fe en la interpretación de la normativa que considera aplicable, y cuando pese a la invisibilidad de la elección que si bien toma el Tribunal, no exterioriza los fundamentos, se puede ver claramente que vulnera también el principio pro homine o pro persona, pues de dos posibilidades escoge de manera oblicua la que amplía el poder punitivo en vez de la que reduce su habilitación, como sí lo había hecho antes al escoger la pena temporal en vez de la perpetua y dentro de aquélla el mínimo.

Todo ese razonamiento va francamente de bruces con la doctrina que la CSJN ha sentado en materia interpretativa, en una multiplicidad de casos, algunos de los cuales han sido famosos como “Arriola” (Fallos 332:1963) y “FAL” (Fallos 335:197), pero en especial ha sido breve y contundente en el considerando 6 del también reconocido fallo “Acosta” (Fallos 331:858), en el cual ha indicado:

“6°) Que para determinar la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304:1820; 314:1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769). Este propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho

(Fallos: 310:937; 312:1484). Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.”

Conforme lo expuesto, la contradicción entre lo resuelto y lo interpretado por el Máximo Tribunal del País aparece como palmario, por lo cual debería someterse a consideración y redefinición el criterio sostenido en el fallo comentado, puesto que según se informa en los fundamentos, tal interpretación es de “*sincera y razonada convicción*” de todos sus integrantes, aunque claro está, la fuerza de convicción interna del criterio no lo hace por ello compatible con los mandatos del orden constitucional y convencional. Es más, el complejo valorativo que contiene es el que lo hace incompatible con el plexo valorativo del máximo nivel jerárquico del ordenamiento jurídico vigente tanto en general como en particular sobre la habilitación de poder punitivo.

Por último, y si bien las críticas ensayadas en este trabajo no son de índole procesal, no podemos dejar de pasar por alto que la decisión del Tribunal afecta también los mandatos del principio acusatorio conforme ordenan los artículos 120 y 75.22 de la CN y los artículos reglamentarios del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires aplicado al caso, y como lo ha delineado la CSJN en varios fallos, pero muy claramente en “Tarifeño” (Fallos 325:2019) en tanto sostuvo como inválida la sentencia que en violación de la garantía del art. 18 CN que exige observación de las reglas concernientes a acusación, defensa, prueba y sentencia por jueces naturales, se dicta sentencia sin excitación por el MPF, ya sea de manera extra, ultra o citra petita, lo que de suceder vulnera la imparcialidad del Tribunal.

En el caso puede verse que pese a que el MPF limitó al Tribunal con su acusación en torno al homicidio agravado en circunstancias extraordinarias de atenuación para lo cual se prevé una pena temporal que faculta al Tribunal a determinar una pena dentro de la escala de 8 a 25 años de prisión o reclusión. El Cuerpo se apartó de ello y consideró la pena perpetua a los fines de rechazar la prescripción, lo que claramente lo ubica por fuera de los límites que le impuso el contenido de la acusación Fiscal, pero luego regresó sobre sus pasos para ubicarse dentro de esos límites al determinar la pena finalmente impuesta en torno al tipo penal atenuado. Aquella parte en que excedió los límites de la acusación Fiscal claramente extralimitó las posibilidades del Tribunal y por ende debería ser objeto de la misma consideración que la sentencia en el caso de “Tarifeño” (ser declarada inválida) porque no tiene sustento en la acusación Fiscal, y por ende, no estaba a disposición del Tribunal para resolver conforme al principio acusatorio y las reglas del debido proceso constitucional-convencionalmente impuesto.

Y en segundo lugar también podríamos visibilizar que al menos del contenido de la sentencia no surge que algunx de lxs efectores judiciales hubiese considerado la posibilidad de prescindir de la sanción penal por insubsistencia de la acción penal derivada de la irrazonable duración del proceso penal llevado a cabo contra R.E.R., y aunque su profundización excedería el marco impuesto para el presente aporte queríamos dejarlo expuesto⁴⁸.

Conclusiones.

Si bien hemos volcado algunas conclusiones parciales a lo largo del comentario, a modo de corolario diremos solamente lo que adelantamos en el título. El caso en comentario aparece como de especial interés para comentar las deficiencias que el Estado Argentino aun presenta para desarrollar políticas públicas género-sensitivas en general, e investigaciones penales género-sensitivas en particular, pero también la necesidad de construir dogmática penal género-sensitiva y no vulnerante con sensibilidad social a fin de poder avanzar en la remoción de prácticas, normativas y órdenes simbólicos que reproducen estereotipos o patrones propios del patriarcado y, como en este caso, además en confluencia con el capitalismo.

Para ello es necesario valorar de modo especial los mandatos del DIDH, puesto que tales interpretaciones son vinculantes en el ámbito interno de nuestro país debido a que los tratados internacionales de derechos humanos deben aplicarse “*en las condiciones de su vigencia*” (Art. 75.22CN) y ello implica tal y como rigen en el ámbito internacional, lo que ha sido receptado desde el caso “Giroldi” (Fallos 318:514) en adelante por la CSJN, pero también fortalecer las decisiones políticas en la senda igualitaria y deconstructiva de los paradigmas a derribar.

En la revisión deconstructiva y reconstructiva debemos ubicar a la dogmática de los tipos penales que contienen entre sus elementos violencias contra las mujeres u otras personas en especial situación de vulnerabilidad, pero también a las demás categorías conceptuales del Derecho Penal como la prescripción, las facultades de los Tribunales para escoger entre distintos institutos previstos en las normas, etcétera, y para ello debemos aproximarnos desde lógicas más empáticas y menos punitivas hacia las vulnerabilidades y con perspectiva en el Derecho Penal Humano⁴⁹ para la cuota de habilitación que pueda resultar inexorable.

Es necesario partir por desentrañar la antropología constitucional redefinida por los instrumentos internacionales de derechos humanos, con el fin de delimitar los estándares filosóficos que deben servir de base de sostén y justificación tanto al poder de castigar, como a la antropología

⁴⁸ Quien desee profundizar sobre ello puede verse Gouvert, Juan Fernando “La insubsistencia de la acción ante la irrazonable duración del proceso penal”. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/01/doctrina44782.pdf>; y La Rosa, Mariano “La insubsistencia de la acción penal y la declaración de prescripción como límite a la potestad punitiva”. Disponible en <http://defensapenal-larosa.blogspot.com/2013/05/la-insubsistencia-de-la-accion-penal-y.html>

⁴⁹ Término de Zaffaroni, Raúl Eugenio “Derecho Penal Humano”. Hammurabi. Bs.As. 2017, también en “Derecho penal Humano y Poder en el siglo XXI” disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/10/doctrina44188.pdf>

que debiera ser infranqueable en el marco normativo sustancial en materia de derechos humanos y poder penal, pero también contrastarla permanentemente con el mundo del ser en el que se enclavan tamañas ideas fuerza, a fin de concluir sobre algunas directrices que además de jurídicamente válidas puedan ser útiles para la materialización de los derechos humanos de las personas diacrónica y sincrónicamente oprimidas o vulneradas. Especialmente en dirección hacia la deconstrucción del contenido patriarcal y capitalista del Campo Jurídico en general, del Penal en particular, y de su materialización en lo Judicial.

Ahora bien, es necesario comprender que para avanzar en ello no basta con revisar la normativa y prácticas del sistema penal en reducción juricista pero tampoco abordándolo desde la multi e inter disciplina, sino también desentrañar el plexo valorativo e ideológico tanto de las categorías conceptuales en los discursos como en las prácticas que las utilizan y contrastarlas con el plexo valorativo impuesto desde posturas más igualitarias que incluyan a la diversidad con todas sus aristas en clave de Derechos Humanos, con anclaje laico y especial énfasis en discriminaciones más enraizadas culturalmente como la de género por ejemplo.

Asimismo, estudiar las consecuencias que el entendimiento desde la lógica de los derechos humanos se derivan en las agencias del sistema penal y especialmente en el Estado en tanto sujeto obligado internacionalmente y hacia su interior en materia de derechos fundamentales, desde la promoción y enseñanza, pasando por la protección, garantía y no violación de derechos humanos, hasta la prevención con debida diligencia de violaciones a cargo del propio Estado o de particulares como así también garantizar su no repetición, removiendo las prácticas e instituciones que corresponda, y tomando las medidas políticas, económicas, legislativas y de las índoles que sean necesarias y adecuadas para ello, teniendo especialmente en cuenta la prioridad de la población a que está dirigido (en este caso mujeres) según los mandatos internacionales. Lo cual implica claramente deconstruir el contenido patriarcal y capitalista de las categorías dogmáticas utilizadas en el ámbito penal y reemplazarlo por contenidos más igualitarios, igualadores y empáticos.

En ese marco, tienen una función central las agencias judiciales, y especialmente los Tribunales del Fuero Penal, que en casos como el comentado no hacen más que recrudecer la desigualdad que dispone el paradigma patriarcal en confluencia con el capitalista utilizando para ello la herramienta más violenta de la cual dispone el Estado y la que simbólicamente produce mayor efecto intimidatorio sobre las personas en situaciones similares a R.E.R. como suele suceder en mayor medida respecto de la legítima defensa de mujeres violentadas⁵⁰.

⁵⁰ Para mayor detalle, de ello nos hemos ocupado en Osio, Alejandro “¿La violencia doméstica puede ser un mecanismo de tortura? ¿y ello coadyuvar a reducir el poder penal sobre víctimas? El caso Y.P de La Pampa”. Revista PERSPECTIVAS, vol.6, núm.2. Facultad de Ciencias Económicas de la UNLPam, EdUNLPam, 2016. Disponible en <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/view/1645>