



C. CCC 7314/2021/TO1

**Jorge Alfredo Joaquín s/homicidio agravado
y tentativa de homicidio agravada**

**INTERPONEN RECURSO DE CASACIÓN E
INCONSTITUCIONALIDAD**

Sres. Jueces:

Señores Jueces integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N°8, Dr. Javier Anzoátegui, quien presidió el debate, y los vocales Dres. Luis María Rizzi y Alejandro Sañudo:

I. OBJETO

Gabriel González da Silva, Fiscal General a interinamente cargo de la Fiscalía Nro. 17, ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, y **Mariela Labozzetta**, Fiscal titular de la Unidad Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), nos presentamos dentro del término legalmente acordado para ello e interponemos recurso de casación contra la sentencia cuyos fundamentos se dieron a conocer el 10 de mayo del corriente año, en el marco la causa CCC 7314/2021/TO1 del registro de este Tribunal, mediante la cual se dispuso:

*“II. **CONDENAR** a **JORGE ALFREDO JOAQUÍN**, de las demás condiciones personales obrantes al principio, a la pena de **PRISIÓN PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por ser autor del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con alevosía (hecho N° 1, cuya víctima fue Gisela Paola Zalesky), en concurso real con tentativa del delito de homicidio criminis causa, éste en concurso ideal con el delito de robo con armas (hecho N° 2, que perjudicó a Dalisa Lisbeth*

Streiches) (arts. 12, 29, inc. 3°, 42, 44, 45, 54, 55, 80, incisos 2° y 7°, y 166, inc. 2°, primer párrafo, del Código Penal; 399, 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)."

Este recurso se encuentra motivado en que en ambos hechos se descartó la aplicación de las agravantes contempladas en el inciso 1°, inciso 2° y el inciso 11° del artículo 80 CP, la cual fue sostenida por esta parte al momento de la instrucción y expuesta al momento del alegato fiscal.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO

La impugnación que por esta vía se deduce es formalmente procedente (C.P.P.N. art. 438) al estar dirigida contra una sentencia dictada por un Tribunal Oral en la que se resuelve en forma definitiva la situación procesal del imputado y obtura la posibilidad de perseguir y castigar de manera adecuada y legal su autoría en estos graves delitos (C.P.P.N. art. 457).

A su vez, se presenta ante el mismo Tribunal que la dictó, se cumplieron las formalidades exigidas por la normativa y dentro del término de diez días hábiles de dados a conocer los fundamentos el pasado 10 de mayo de 2022 (C.P.P.N. art. 463).

III. ADMISIBILIDAD FORMAL

Nos asiste interés directo en la impugnación de la condena impuesta en atención a que, para descartar la aplicación de las agravantes incluidas en el artículo 80 incs 1° y 11° del Código Penal, el Tribunal efectuó una interpretación legal en franca colisión con los instrumentos internacionales suscriptos por la Argentina, que poseen jerarquía superior a la ley (art. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), por cuya vigencia y aplicación este Ministerio Público debe tutelar -y los jueces aplicar, más allá de sus convicciones personales-.



Por otro lado, si bien no ignoramos que el artículo 458, inc. 2°, del Código Procesal Penal de la Nación únicamente nos habilita recurso frente a las condenas que hayan impuesto al acusado una pena inferior a la mitad de la requerida, lo cierto es que en el caso se verifican las circunstancias de excepción que llevaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a dejar de lado aquella restricción, en el precedente registrado en Fallos 338:1021, *“Ortega, Daniel Héctor”* (causa 105/2014, resuelta el 15 de octubre de 2015).

En efecto, la decisión del Tribunal suscita una cuestión federal indirecta (art. 14, inc. 3°, de la ley 48) pues pone en colisión el sentido de la norma cuya aplicación al caso fue solicitada por esta parte (art. 80, incs. 1 y 11°, del Código Penal) con los instrumentos internacionales en los que nuestro país se comprometió a investigar y reprimir la violencia contra las mujeres basada en su género; tratados que expresamente fueron invocados al formular la acusación como pautas centrales de interpretación del agravante que el Tribunal no aplicó.

Al respecto, la ley 26.791, que introdujo en el Código Penal la agravación de la figura de homicidio en aquellos casos en que un hombre mata a una mujer mediando violencia de género (art. 80, inc. 11° del Código Penal), forma parte del proceso de receptación en nuestro ordenamiento interno de los compromisos que el Estado argentino asumió al suscribir la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW, de jerarquía constitucional), y la Convención Interamericana para Prevenir, Investigar, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, “Convención de Belém do Pará”) —aprobada por ley 24.632— en tanto con ella el Estado argentino cumplió la promesa de “...incluir en su legislación interna [las] normas penales (...) que sean necesarias para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (art. 7, inc. c).

En este sentido, la CSJN ha establecido que existe cuestión federal cuando se pone en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional (artículo 7 de la

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) y lo resuelto es contrario al derecho que el recurrente sustentó en ellas de acuerdo al artículo 14, inciso 3°, de la ley 48 (conf. CSJN G.61.XLVIII, Recurso de hecho “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa n° 14.092”, resuelta el 23 de abril de 2013). Ello se traslada a la situación planteada en el caso ya que, tal como ha ocurrido en dicho precedente, se ha adoptado una decisión contraria a los compromisos consagrados en las citadas convenciones.

Así es como en el caso bajo examen, el Tribunal ha descartado la aplicación de las agravantes contenida en los incs. 1° y 11 del art. 80 CP acudiendo a una interpretación arbitraria de la norma, basada en argumentos peyorativos y dogmáticos, con afirmaciones discriminatorias y sesgadas. Y ello permite encauzar la impugnabilidad objetiva por la vía prevista en el art. 456, inc. 1° del CPPN, en virtud de dirigirse contra una decisión adoptada en inobservancia o errónea aplicación de las leyes sustantivas. Esta interpretación del derecho sustantivo confronta directamente las disposiciones contenidas en los artículos 1°, 2° y 7° incs. b y c de la Convención de Belém do Pará, y con el artículo 2° de la CEDAW, según lo ha interpretado el Comité específico en sus Recomendaciones Generales nros. 19 y 35, vaciando de contenido al inc. 11 del art. 80 del CP.

Por esta razón, el fallo dictado por el Tribunal en el presente caso, al decidir no aplicar la agravante mencionada, realiza una interpretación del concepto de “violencia de género” contraria a aquél expresamente contenido en los artículos 1° y 2° de la Convención de Belém do Pará y se desentiende del contenido que se ha asignado a ese concepto en las Recomendaciones Generales 19 y 35 del Comité de la para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (pauta ineludible de interpretación del artículo 2 de la Convención CEDAW, la cual además posee jerarquía constitucional).

De este modo, el fallo desnaturaliza el proceso legislativo que, en cumplimiento del artículo 7° inc. C de la



Convención de Belém do Pará, ha desarrollado nuestro país, y suscita una cuestión federal (art. 14, inc. 3 de la Ley 48). Además pone en juego la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de sus compromisos internacionales.

Asimismo, la necesidad de que la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional intervenga en el caso se deriva de su ineludible carácter de “tribunal superior” de la causa, en los términos del artículo 14 de la ley 48. Tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes publicados en Fallos 328:1108 (“Di Nunzio”) y 329:6002 (“Martino”) *“...sin perjuicio de la validez de las restricciones a las facultades recursivas del Ministerio Público según lo decidido en el precedente de Fallos 320:2145 (“Arce”) respecto de cuestiones de derecho común o meros errores in procedendo, cuando está en juego el examen de un agravio de carácter federal no es posible soslayar la intervención de la Cámara Federal de Casación Penal como tribunal intermedio”*.

En ese marco, se ha sostenido la existencia de cuestión federal vinculada a la interpretación y aplicación de la ley en tanto reglamentaria de la Convención de Belem de Pará, en cuanto a la especial significación que adquieren esos compromisos en la revisión de sentencias arbitrarias de acuerdo con la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer que surge de dicha Convención¹, siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH en este aspecto².

En tales condiciones, corresponde dejar de lado la limitación establecida en el artículo 458, inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación, y conceder el presente recurso, para permitir de este modo que la cuestión federal que el Ministerio Público Fiscal pretende, eventualmente, llevar ante la

¹ Fallos: 343:354, dictamen del PGN al que remitió la CSJN.

² Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 16 de noviembre de 2009; “Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160; “Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 20 de noviembre de 2014, serie C No. 289; y “Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, entre otros.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea tratada previamente por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en su carácter de “superior tribunal de la causa”, en el ámbito de la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional (Fallos 328:1108).

Por todo lo señalado, lo decidido por el Tribunal suscita cuestión federal, como consecuencia de su inobservancia a las disposiciones constitucionales y convencionales (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 7 inc. “f)” de la Convención de Belem do Pará).

Amén de todo lo expuesto, aquí nos encontramos frente a una sentencia palmariamente inconstitucional, pues el criterio dos de los tres integrantes del Tribunal fue el de apartarse de la norma legal y supralegal -sin disponer expresamente la inconstitucionalidad a las que se aludieron- pero efectuando una interpretación personal, valga la redundancia, absolutamente subjetiva que descalificó no sólo las agravantes de los delitos propuestas en base a criterios personales, puramente ideológicos (que, paradójicamente, fue lo que los magistrados cuestionaron para no aplicarlas), que se dan de bruces con la norma penal citada, pero sobre todo, con los instrumentos internacionales a los que se hiciera referencia, violando de este modo lo que de manera manifiesta prescribe el art. 75 inc. primer párrafo segundo supuesto de la CN -en cuanto conforma la pirámide jurídica argentina- determinando que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”

Esta misma norma, establece a continuación que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (y con ello quedan comprendidos tanto los que poseen jerarquía constitucional, y los de esa materia que no la tienen pero que pueden alcanzarla en cualquier momento, a través del procedimiento especial que la manda regula al efecto) “(…) en las condiciones de su vigencia, (…), no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.



De manera que aquí no sólo se denegó aplicar mandas expresas penales (con sus agravantes pertinentes) que reprimen los delitos por el que el propio Tribunal condenó a Joaquín, sino que, además se vulneró el derecho de las víctimas de obtener una respuesta jurisdiccional válida. Ello así, porque aunque hubiesen entendido que la ley penal vulneraba la Constitución, cuando existe una colisión entre ella y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, debe aplicarse el principio *pro homine*, derivado del *pro debilis*, que tiende a preferir la aplicación de la manda que más favorezca a la persona humana y, en su caso, frente al enfrentamiento de derechos entre dos particulares, a la que se encuentre en más débil posición; en la hipótesis que nos ocupa, las dos víctimas de los accionares delictivos de un hombre -Joaquín-, una hoy muerta por esa razón y la otra con severos daños en su salud que casi, lo mismo provocan su deceso. Dos mujeres -que el propio derecho en estos casos- las entiende en condición de vulnerabilidad y, por ende sus derechos deben prevalecer frente a cualquier impedimento que se oponga a la obtención de justicia.

De modo que, a nuestro entender, aquí también procede el remedio previsto por los arts. 474 y 475 que habilita a interponer -del mismo modo que la casación y en las formas y términos aquí cumplidos- el recurso de inconstitucionalidad "(...) contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 457 si se hubiere cuestionado la constitucionalidad de una ley, ordenanza, decreto o reglamento que estatuya sobre materia regida por la Constitución, y la sentencia o el auto fuere contrario a las pretensiones del recurrente". No caben dudas, así que la interpretación que le dieron los jueces a las normas aplicables -cuestionando su validez- es absolutamente inconstitucional y debe ser declarada como tal.

IV. ANTECEDENTES

IV.a. Los hechos contenidos en el requerimiento de elevación a juicio

Hechos que damnificaron a Gisela Paola

Zalesky:

Se ha podido probar que, con fecha 19 de febrero del año 2021, en el interior del inmueble identificado como casa "45", manzana "15 bis", de la Villa 31 de la Capital Federal (ubicado debajo de la Autopista Illia), precisamente en la planta alta, Jorge Alfredo Joaquín, mediando violencia de género, dio muerte a Gisela Paola Zalesky, con quien tuvo una relación de noviazgo o al menos de pareja.

En las circunstancias de tiempo y lugar descriptas, en ocasión en que la damnificada y el imputado estaban en el interior de esa finca y luego de haber mantenido relaciones sexuales con ella -posiblemente vía anal- intentó ahorcarla y al no haber logrado su objetivo, la maniató de pies y manos, con lo que, aprovechándose de la indefensión de la primera, la ahogó, colocando su cabeza dentro de un balde con agua hasta provocarle la muerte.

Gisela Zalesky fue encontrada sin vida por personal policial tras la confesión del acusado de haberla matado al ser detenido por la comisión de otro hecho ilícito, en el interior de la aludida vivienda en estado de abandono con sectores derrumbados, boquetes y escombros, en decúbito ventral sobre un colchón en el piso, con la región cefálica dentro de un balde con agua y elementos sólidos, atados tanto sus miembros superiores como inferiores con una tela color blanquecino.

Hechos que damnificaron a Dalisa Lisbeth

Streiches:

También se atribuye a Jorge Alfredo Joaquín haber intentado dar muerte con el uso de un cuchillo a Dalisa Lisbeth Streiches el 19 de febrero del 2021, entre las 23.00 y las 23.30 horas, en la propiedad ubicada en Montevideo 1280 piso 1° departamento "B" de esta ciudad, para apoderarse de sus bienes de valor, aprovechando su condición de varón y mediando violencia de género.



En la fecha indicada, alrededor de las 23.00 horas, Dalisa, tras descender del vehículo de su entonces pareja en la intersección de la Avda. Santa Fe y Montevideo de esta ciudad, observó al imputado sentado en el escalón de un local ubicado sobre esta calle y comenzó a dialogar con él.

Añadió que en ese momento se hallaba ebria y estaba mal porque se había peleado con su novio, situación que puso en conocimiento del inculpatado, al tiempo que lloraba, por lo que lo invitó a ir a su departamento en búsqueda de dinero para comprar cigarrillos y seguir hablando.

Así fue que caminaron por la calle Montevideo hasta el inmueble donde vivía y subieron juntos por la escalera hasta el primer piso. Una vez en el interior de la vivienda, aprovechándose de la indefensión de la víctima, el imputado sacó un cuchillo tipo "tramontina" con hoja metálica y mango de madera que tenía consigo, y se lo colocó en el cuello, al tiempo que le gritaba, exigiendo que le diera dinero. Con dicho elemento punzante, le produjo una herida cortante profunda debajo del mentón a la altura del cuello.

Ya encontrándose la víctima tirada en el piso sin poder moverse, aquél sustrajo del interior de su departamento las llaves de la casa; un teléfono celular marca "Samsung 8" que se hallaba en un armario del dormitorio, sin SIM; un reloj de mujer marca "Swatch" color rojo, guardado en el mismo placard de la habitación; y una cadenita metálica con un dije de piedra color celeste con forma de corazón.

Aproximadamente a las 23.25 horas, el agresor abandonó el domicilio y cerró con llave la puerta de ingreso, dejándola sola y gravemente herida. Por fortuna, la víctima logró abrir la vivienda y pidió auxilio desde la ventana, arribando tiempo después al lugar la policía y una ambulancia, que la trasladó al hospital.

Al día siguiente, en horas de la mañana, el imputado se presentó en la sede de la Comisaría Comunal "1 A" y confesó haber sido el autor de la comisión del presente hecho haciendo lo propio tiempo después con relación al primer suceso, a

consecuencia de lo cual se procedió a su inmediata detención y al secuestro en su poder del reloj y cadenita metálica reseñadas [...].

IV.b. Los hechos acreditados en la sentencia que se impugna

Hechos que damnificaron a Gisela Paola Zalesky:

El 19 de febrero del año 2021, en horas de la tarde, en el primer piso del inmueble identificado como casa "45", manzana 15 bis, de la Villa 31 de esta ciudad (ubicado debajo de la Autopista Illia), dio muerte a Gisela Paola Zalesky, con quien mantenía una relación de noviazgo o de pareja. En dichas circunstancias, mientras consumía droga con la nombrada y haber mantenido relaciones sexuales con ella (aunque esta situación si bien fue determinada, no pudo dilucidarse si lo hizo bajo su consentimiento o luego de haberla reducido y maniatado, acorde a las circunstancias que fue encontrada la víctima, con su pantalón y prendas íntimas bajas y con un profundo orificio anal dilatado) Joaquín se enojó con ella y, primeramente, trató de ahorcarla, pero al ver que seguía con vida, la maniató de pies y manos y luego colocó su cabeza dentro de un balde con agua, logrando así que muriese a causa de asfixia por sumersión. El cadáver de Gisela Zalesky fue encontrado por personal policial aproximadamente a las 14.30 del 20 de febrero de 2021, tras haber recibido la confesión del crimen por parte del acusado en la Comisaría Vecinal 1ª, repartición en la cual se había entregado voluntariamente por la comisión del hecho identificado con el N° 2.

Hechos que damnificaron a Dalisa Lisbeth Streiches:

El mismo 19 de febrero del 2021, poco antes de la medianoche, en la propiedad donde residía la damnificada, ubicada en Montevideo 1280 piso 1° departamento "B" de esta ciudad, el acusado Joaquín trato de dar muerte a Dalisa Lisbeth



Streiches, atacándola con un cuchillo y provocándole una lesión que seccionó en forma completa el músculo que recubre cuello, dejando a la vista la laringe, que también resultó lesionada.

En la fecha indicada, cerca de las 23, Streiches bajó del automóvil de su novio –con quien acababa de tener una disputa– en las inmediaciones de la plaza Vicente López, de esta ciudad. Allí se encontró con Joaquín –a quien no conocía– y seguramente por su estado de ebriedad y por su situación emocional, comenzó a hablar con él, tras lo cual lo invitó a ir a su departamento con el fin de buscar dinero para comprar cigarrillos y cerveza.

Una vez dentro de la vivienda, apenas ingresado, el imputado sacó un cuchillo tipo "Tramontina" con hoja metálica y mango de madera que tenía consigo, y lo colocó en el cuello de Streiches, al tiempo que le exigía que le diera dinero. Como la víctima se resistió al atraco, Joaquín le provocó la herida ya descripta (en el cuello, de lado a lado) con el cuchillo que tenía en la mano. La joven todavía pudo seguir forcejeando, hasta que logró quitarle al asaltante el cuchillo, lo cual le produjo cortes en sus manos.

Con Streiches tirada en el piso, semi desvanecida por la gran pérdida de sangre ocasionada por la lesión sufrida, Joaquín sustrajo del interior de su departamento las llaves de la casa; un teléfono celular marca "Samsung 8" que estaba en un armario del dormitorio; un reloj de mujer marca "Swatch" color rojo, guardado en el mismo placard de la habitación; y una cadenita metálica con un dije de piedra color celeste con forma de corazón.

Tras ello, el acusado se retiró del lugar, cerrando con llave la puerta de ingreso y dejando a la joven gravemente herida. Streiches logró abrir una ventana de la vivienda y pidió auxilio, lo que permitió que llegara al lugar la policía y una ambulancia, que la trasladó al hospital.

Al día siguiente, en horas de la mañana, el imputado se presentó en la sede de la Comisaría Vecinal 1ª de la Policía de

la Ciudad y confesó haber sido el autor de los hechos identificados con los N° 1 y 2, a la vez que entregó parte de las cosas sustraídas a Streiches.

IV.c. La significación jurídica de los hechos en el alegato acusatorio.

En el alegato acusatorio, y luego de enumerar todas las evidencias y testimonios reproducidos en debate, se tuvo por probado, respecto del hecho identificado con el nro. 1, que Gisela Zalesky fue maniatada y luego asesinada por Joaquín, y se tuvo en cuenta que fue hallada en un colchón, con las extremidades atadas, en una situación desnudez forzada -con los pantalones y ropa interior baja-, y la zona anal dilatada, demostrativo de una violencia sexual, en una escena claramente sexualizada, descriptiva de una situación de cosificación y sometimiento sexual.

Atendiendo a dicha situación, se entendió que nos encontrábamos frente a un femicidio, conforme se encuentra dispuesto en el art. 80 inc. 11° CP. Para ello, se tuvo en cuenta que el autor actuó con dolo, y que el tipo penal no pide otra motivación especial. De este modo, la satisfacción de los elementos del tipo estaba clara: el sujeto activo es un varón, el sujeto pasivo es mujer, mientras que se verifican los requisitos a que alude la convención Belem Do Pará en su art. 1°, en la ley 26.485, y en el decreto reglamentario 1011/2010 -donde se habla de una relación desigual cultural e histórica que existe entre hombres y varones propia de la sociedad patriarcal-.

Se agregó que el inciso 11° del art. 80 CP alude a este tipo muy específico de violencia, por ser las mujeres blanco de ella en función de los roles predeterminados que les asigna esta sociedad; que se trata de un requisito del tipo penal que puede extraerse de distintos elementos: la condición de mujer, la violencia previa, la saña en la acción, la finalidad del ataque sexual, el aprovechamiento del estado de indefensión y el aprovechamiento de la inferioridad física. En este sentido, se



indicó que tales circunstancias también se advertían en el hecho identificado como nro. 2. Se reparó en que no cualquier homicidio de una mujer es femicidio, sino que solo si se demuestran estas características concomitantes que abarcan estos hechos: cuando el varón mata a una mujer aprovechándose de la diferencia cultural y desigualdad histórica que afectan a las mujeres.

En cuanto al aspecto subjetivo, se señaló que no se exige más que el conocimiento por el sujeto pasivo de los elementos objetivos del tipo. Justamente se reparó en que no se pretendía que Joaquín conociera los parámetros históricos de la sociedad patriarcal; por ello la doctrina califica la agravante por cuestiones de índole objetiva. Además, se enunciaron los compromisos del Estado que están por encima de la ley común, con jerarquía constitucional y supralegal, que implican responsabilidad internacional cuando no se verifican estas circunstancias y no se sopesan adecuadamente en la valoración.

En tal sentido, se citó al caso “Campo Algodonero”, de la Corte IDH, en cuanto allí se sostiene que existe un deber de investigar diligentemente y debe hacerse en todos los casos. Asimismo, se citó el Modelo de Protocolo Latinoamericano elaborado por Naciones Unidas, que indica cómo tiene que investigarse y valorarse el homicidio de mujeres, y el protocolo del MPF elaborado por la UFEM.

Seguidamente, se analizó el agravante del inciso 1º, en tanto se mantenía una relación de pareja, noviazgo o sexoafectiva entre la víctima y el imputado. Se hizo referencia a que la redacción de este inciso extendió la agravante cuando hay una relación de pareja aunque no haya convivencia, y abarca una variedad de situaciones diferentes a la convivencia e independientemente de la relación y orientación sexual. Se recordó que se trata de un hecho netamente fáctico, y se citó jurisprudencia de la CNCCC, particularmente del caso “Mossuto”. Es así que en el presente caso, el imputado habló de que a quien había atacado era a su “pareja” y todos los policías

confirmaron que habló de pareja (si convivían, si se iba de noche o no, no se sabe, aunque resulta indistinto para la configuración del delito).

A su vez, se tuvo por verificada la alevosía, pues la forma en que la mató demuestra una crueldad inusitada.

No había manera de que pudiera defenderse y se valió de mecanismos alevosos. La indefensión puede proceder de la inadvertencia de la víctima y puede haber sido provocada o aprovechada por el autor. Esta inadvertencia de la víctima se ve en el segundo caso muy claro. Entonces, está claro que la relación era de pareja, habitual y que no era solo de verse esporádicamente y compartir una pipa. Se encontró la pipa porque se la llevó Joaquín. Se probó que revisó su billetera y que siguió consumiendo luego de encontrar el cuerpo, y si dijo él que Giselle amaba a su pipa, no se explica por qué apareció en poder de Joaquín, que además dijo que fumó una pipa cuando apareció esta joven llorando. La pipa era la que se llevó de Zalesky. El frasco de perfume Kenzo también resultaba llamativo, y de allí encontraron la huella. Asimismo, el término de la muerte coincide con los hechos que se produjeron después.

Respecto del hecho identificado como nro. 2, por un lado los motivos resultan coincidentes a lo ya expresado de por qué también debe ser considerado inmerso en un contexto de tentativa de femicidio -no íntimo en este caso- *criminis causa*-, en concurso ideal con el delito de robo. El imputado llegó y atacó a Dalisa Streiches por el cuello, en estado de indefensión (por la espalda). Es decir, sin solución de continuidad, ingresó a la vivienda y la degolló. Ella, no obstante logró reaccionar y defenderse y este finalmente no la pudo matar pese a que le siguió dando cuchillazos, pues presentó tres cortes distintos en el cuello además de un “puntazo” en el ojo. Este hombre no eligió a una persona cualquiera cualquiera, y recordó que en la Comisaría dijo que mató a la pareja y salió queriendo matar a



alguien, y no eligió a un hombre sino a una mujer, vulnerable en ese momento.

Se reparó en que Joaquín se aprovechó de la relación de confianza que se instauró y de que ella lo invitó a entrar a la casa, y le clavó un cuchillo que terminó doblando pronunciadamente con motivo de la agresividad que ejerció. Se aprovechó de que era una mujer. Señaló que hubo un forcejeo y que no es casual que haya elegido como víctima a otra mujer, lo que demuestra la elección del sexo femenino porque se apoya en factores de índole cultural y no solo en factores biológicos. Ello permite afirmar que también existió violencia de género, porque vislumbra una estrategia de dominación de un varón sobre una mujer, pues lo demuestra el hecho de violencia anterior, en el que mató a su pareja -mujer- horas antes.

Lo relevante, se destacó, es que la agresión homicida se produjo en un contexto de dominación de un género por sobre el otro y expresa los estereotipos de dominación cultural que rigieron en la sociedad durante cientos de años.

La figura no requiere un elemento subjetivo distinto al dolo. No es discutido que Joaquín es varón y Streiches mujer, y que la acción tiene un significado comunicativo de matar. Se reparó en que el tipo penal de femicidio no deja de ser aplicable porque no se haya podido probar la motivación del autor, pues de ser esto correcto, deberíamos admitir que el legislador modificó sustancialmente el modo en que se requiere verificar los requisitos del dolo en cuanto a la motivación. Así, el artículo 80 agrava algunos supuestos del homicidio en cuanto a los fines, agregando la preposición “por”, es decir, alude a la motivación, lo que no se exige en el inciso 11°, sino que solamente aludió a “mediando violencia de género”, es decir, no se exige la motivación.

Así también, se señaló que quienes declararon dijeron que Streiches tenía una personalidad vulnerable, era vulnerada por su propia ex pareja; que el sujeto entró a matar y, si bien pudo salvarse, no se puede soslayarse la entidad de la

herida que sufrió –de oreja a oreja que la dejó en estado de coma otra. Y si Joaquín estaba preocupado era para conocer cuál iba a ser su suerte, pues la dejó encerrada, sin recurso, sin celular, se cambió la ropa y estaba en uso de sus facultades mentales. Esto, de acuerdo al itinerario recorrido y a lo que surge del art. 78. La cantidad de detalles que dio al declarar lo demuestran.

Luego se analizó el homicidio *criminis causa*, y se concluyó que no había dudas que el crimen fue para facilitar u ocultar otro delito. No fue una tentativa de homicidio culposamente ocurrido en el fragor de un robo. En este caso, entró con la idea de matar (a una mujer), además de robar. Si bien no logró ultimarla, la dejó en condiciones en que prácticamente estaba muerta, asumiendo el riesgo de su deceso, pues la dejó absolutamente encerrada, desvanecida, prácticamente sin poder hablar (debido a la zona en donde se produjo la mayor lesión) y sin ningún medio de comunicación para pedir auxilio, pues se robó un celular que, supuso, era propiedad de la víctima y el único que tenía consigo.

Por ello, se consideraron acreditados los hechos descriptos, que encuadran en los delitos de homicidio triplemente agravado, en virtud de los incisos 1°, 2°, y 11° (hecho 1), en concurso real con homicidio calificado *criminis causa* y mediando violencia de género, en concurso ideal con el delito de robo en perjuicio de Dalisa Lisbeth Streiches (hecho 2), por los que deberá responder como autor penalmente responsable.

IV.d. La sentencia impugnada

En la sentencia impugnada, los hechos que damnificaron a Paola Zalesky y Dalisa Streiches fueron calificados como homicidio agravado por haber sido cometido con alevosía, para el primero de los casos, en concurso real con tentativa de homicidio *criminis causae*, el cual concurre idealmente con el delito de robo con armas, para el segundo de



los casos (arts. 42, 44, 45, 54, 55, 80, incisos 2° y 7°, y 166, inc. 2°, primer párrafo, del Código Penal).

En este sentido, de los votos de los Dres. Anzoátegui y Rizzi, que conformaron la mayoría y el curso del decisorio, se desprende un desarrollo argumentativo sobre la inconstitucionalidad de la figura agravante dispuesta en el inciso 11° del art. 80 del Código Penal, y toda la normativa nacional e internacional que fue invocada por esta representación para fundar su aplicación

Sin embargo ninguno de los dos declaró expresamente su inconstitucionalidad.

El Dr. Anzoategui, por un lado, afirmó que la formulación de tipos penales y obligaciones generadas a partir de convenciones y leyes era tan defectuosa, que ni siquiera resultaba necesario apelar al recurso de inconstitucionalidad para evitar aplicarlas, y el Dr. Rizzi desarrolló argumentos en el mismo sentido, indicando que dichas normas afectan al principio de máxima taxatividad legal y propuso como remedio lo que él entiende como una interpretación restrictiva para evitar la inconstitucionalidad.

A su vez, y no obstante lo anterior, de aquellos argumentos se desprende que para ambos Magistrados la agravante prevista en el inc. 11 del art. 80 del C.P. exige para su configuración un elemento subjetivo que definieron como “odio hacia el sexo femenino”, “odio a las mujeres”, “basada en su pertenencia al sexo femenino”, entre otras.

Todo ello, tal como se desarrollará en detalle a continuación, representa una multiplicidad de agravios para esta parte y motiva por ello la interposición de los presentes recursos.

En efecto, el primero de los magistrados inició su desarrollo sobre las consideraciones de este Ministerio Público sobre la configuración de la figura agravante del homicidio dispuesto en el inciso 11 ° del art. 80 CP. Al atender a dichas razones, expresó que *“La primera parece una verdad de Perogrullo y no tiene específicamente que ver con el giro*

utilizado por la ley, relativo a que debe mediar “violencia de género”. Si el autor no hubiese sido un varón y la víctima una mujer, seguramente no estaríamos hablando del tema. Es cierto que la ideología de género abre la puerta para que también en este elemento del tipo objetivo haya discusión. Porque, me pregunto, ¿qué habría ocurrido si Joaquín hubiese dicho en el juicio que se autopercibía mujer? O, del otro lado, ¿se ha probado acaso que las víctimas verdaderamente se autopercibían mujeres? ¿No podría aquí instalarse un escenario de duda? Porque es evidente que toca a la acusación acreditar que se verifican en el caso todos los elementos del tipo objetivo. Pero dejemos estas disquisiciones para otra oportunidad”.

Continuó su razonamiento aludiendo a la remisión efectuada por esta acusación sobre la normativa que define a la violencia de género, y su aplicación en la configuración del inc. 11° del art. 80 CP. Al respecto, expresó que la Convención de Belem do Pará no define a la violencia de género, sino que se refiere a la violencia contra la mujer, de modo que dicha norma no resulta aplicable. En igual sentido, hizo referencia a lo establecido en el art. 4° de la ley 26.485, que también explica el término violencia contra la mujer, y su decreto reglamentario nro. 1011/2010, en tanto allí se explica lo que significa la relación desigual de poder.

Luego, avanzó sobre su desacuerdo del término “género” para lo cual refirió *“Hay que hacer algunas aclaraciones. Las dificultades que suscita el inasible concepto “violencia de género” no sólo guardan relación con la vaguedad del tipo penal, que viola en forma flagrante el principio de legalidad en su vertiente de “lex stricta”, sino también con una cuestión semántica. En efecto, ya el término “género” ha sufrido un trastocamiento impulsado por esta ideología falaz, pues se pretende que suplante al concepto “sexo”. Digo ideología falaz no gratuitamente, sino con toda intención. Porque el trasfondo de esa mutación lingüística es la inútil pretensión del hombre de desconocer “lo dado” (la realidad natural) y reemplazarlo por una “construcción” (la*



autopercepción humana divorciada de lo que las cosas son). (...) Desde el origen, pues, hay aquí una disputa inconciliable, pues el mismo término “género” encierra un propósito de neto corte ideológico, ciertamente contrario a toda la tradición jurídica occidental y, con ella, a la Constitución Nacional. En este sentido, concibo a la ideología como un conjunto sistemático y coherente de ideas falsas, encerrado sobre sí mismo, que desde su parcialidad pretende dar una interpretación total de la realidad, del sentido de la vida, de la sociedad y de la historia” (el subrayado es propio).

Seguidamente, comparó a la perspectiva de género con medidas de regímenes tiránicos, al expresar “Sé que hay personas que consideran que la “perspectiva de género” no es una ideología, porque suponen que una política de Estado establecida democráticamente no puede considerarse ideología. Es un argumento que me llena de perplejidad, no por su originalidad, sino porque me parece un argumento muy débil. En efecto, el hecho de que una ideología sea impuesta coactivamente a los ciudadanos no convierte a esa ideología en una aséptica e inocua “política de Estado”. La ideología impuesta coactivamente a los ciudadanos es una verdadera tiranía. ¿O acaso el régimen soviético, con ser legal, resultaba por ello menos ideológico y tiránico?”.

Asimismo, y sin declararlo en el caso concreto a pesar de que podría haberlo hecho *ex officio*, postuló que las “leyes de género” en su generalidad, y el inciso 11° del artículo 80 CP en particular, son inconstitucionales. Al respecto indicó que la formulación de tipos penales y obligaciones generadas a partir de convenciones y leyes eran tan defectuosas que ni siquiera resultaba necesario apelar al recurso de inconstitucionalidad para evitar aplicarlas.

A lo anterior sumó que, en el hipotético caso que reconociera a la violencia de género como medio agravante o, en sus términos, la “ideología de género”, tampoco encontraba relación con los hechos cometidos por Joaquín, ni se encontraba evidenciado un odio hacia el sexo femenino. Así, señaló “¿Qué

de todo esto tenemos en nuestro caso? ¿Qué de todo esto tiene que ver con el acusado Joaquín? ¿Acaso se ha podido probar que en los hechos traídos a juicio confluyen estos elementos, que el propio Fiscal ha considerado constitutivos del tipo objetivo del art. 80, inc. 11, del Código Penal? ¿De dónde ha surgido la convicción de que Joaquín mató a Zalesky y trató de matar a Streiches sencillamente porque eran mujeres? ¿De qué galera fue extraída la idea de que el acusado cometió los delitos porque odia a las mujeres? ¿Qué tiene que ver con Joaquín la discutible afirmación de que existe una “histórica relación desigual de poder propia de la sociedad patriarcal”? En el debate no se ha introducido constancia alguna que probara estos extremos. En el juicio sólo ha podido acreditarse que Joaquín mató a su amiga Zalesky por una razón banal, más propia de adictos que de supuestos misóginos, y que intentó matar a Streiches para robarle. (...) Del hecho que el acusado atacara a dos mujeres no puede inferirse sin más que ha actuado por odio al sexo femenino, o que ha cometido los delitos por una idea de superioridad del varón sobre la mujer. Zalesky era su amiga, y sólo sabemos de su historia previa por aquello que contó el propio imputado. Por cierto, no hay en el expediente constancia alguna de que con anterioridad Joaquín la hubiese agredido. Streiches se cruzó con el acusado por esas fatalidades de la vida. Pero si algo hay claro, es que -según sus propios dichos en el debate- fue ella la que inició la conversación y quien invitó al acusado a entrar en su departamento. Esto, por cierto, no justifica en modo alguno el terrible ataque que la tuvo por víctima. Pero, nuevamente: la motivación de Joaquín para agredirla fue consumir el robo y obtener la impunidad. Ninguna de las pruebas introducidas al juicio indica otra clase de ultraintención o cosa por el estilo.”

Destacó también que en ningún momento se le explicó al imputado en qué consistía la violencia de género, pese a lo cual infirió “(...) Y si lo hubieran hecho, presumo que no habría entendido ni “mu” (...). El hombre de a pie -y Joaquín lo es- sabe que está mal amenazar, lesionar y/o matar a cualquiera



y, más todavía, a una mujer. Lo sabe porque sus padres le enseñaron que es de cobarde pegarle –y mucho más matar– a una mujer. Y sus padres lo sabían, porque a su vez habían recibido esa enseñanza de sus mayores, y así siguiendo. Pero el hombre de a pie poco conoce de la retórica vana de los ideólogos, de “relaciones desiguales de poder”, ni de “sociedades patriarcales”. Nadie pone en cuestión que lo que hizo Joaquín es una salvajada incalificable. Pero se trata de crímenes que nada tienen que ver con los abstrusos conceptos antedichos, que evidentemente la dañada mente del acusado no ha podido, ni quizás pueda jamás, comprender o abarcar”.

Por otra parte, sobre las consideraciones de esta acusación relativas a la responsabilidad internacional que puede conllevar desoír toda la normativa internacional en materia de género, con claras exigencias hacia los Estados, el Magistrado expresó que, en tanto se condenó a Joaquín a prisión perpetua, difícilmente se pueda alegar la responsabilidad internacional. Agregó que, sin perjuicio de ello, tampoco “habrá que temer” una reprimenda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que mediante el precedente “Fontevicchia”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió el criterio mantenido hasta el momento, al establecer “una doctrina acorde con la soberanía nacional y con la razonabilidad”. De esta manera, concluyó que “El Tribunal no encuentra manera más clara y contundente de reafirmar la vigencia de la norma respecto de las víctimas mujeres. Y para hacer eso, para hacer justicia a las víctimas, no considera necesario fundar el fallo en las premisas de una ideología que reputa manifiestamente errónea, porque su función es dar a cada uno lo suyo, y no convertirse en una usina de propaganda del error y de la mentira”.

A su turno, el Dr. Rizzi expresó que compartía el razonamiento de su colega, aunque deseaba ampliar los argumentos sobre el agravante del inciso 11° del art. 80 CP, solicitado por la Fiscalía. Al respecto, señaló que la acusación no fundó, en ningún momento del proceso, su pertinencia, y que

no resultaba suficiente hacer referencia a la ley 26.485 o a la Convención de Belem do Pará si no se explica de qué manera tales normas expresan qué debe entenderse por violencia de género, mientras que tampoco se trazó un mecanismo lógico deductivo de cómo se podía concluir racionalmente que en los hechos cometidos por el imputado medió violencia de género.

Continuó su razonamiento alegando que resulta *“muy difícil, y casi imposible”* la determinación de la previsión del inciso 11° del artículo 80 del Código Penal, para lo cual se remitió a precedentes jurisprudenciales tales como los fallos “Mangeri” y “Velarde Ramírez” de la Sala II CNCCC, y tomó de allí que el término “violencia de género” es el elemento normativo que exige mayores esfuerzos interpretativos, para lo cual agregó que *“cuando la ley es oscura cabe sospechar de su arbitrariedad”*. Sobre el último extremo planteado, fue más allá al señalar, *“Pero ocurre que esta extensión indefinida que permite la inclusión como delito de cualquier acto violento contra las mujeres, es la pauta que evidencia que el tipo penal resulta afectatorio del principio de legalidad (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional), cuya función limitadora del poder punitivo resulta verdaderamente menoscabada.”*.

Asimismo, criticó la falta de un verbo que permita *“esclarecer debidamente a qué acción, qué acto, faena, comportamiento o conducta es la que ha de entenderse incluida o constitutiva del reproche, y qué condiciones o circunstancias modales permiten atribuir la conducta punible”*. En este sentido, comparó a la figura criticada con otros supuestos delictivos, en cuyas circunstancias agravantes se hace referencia a un verbo, implícita o explícitamente. Sin perjuicio de ello, reparó que en casos en los que la ley alude a términos más valorativos tales como la alevosía o el ensañamiento, se trata de dificultades superables, toda vez que la finalidad y fundamento de la norma aportan la claridad necesaria.

A mayor abundamiento, reparó en que incluso en el caso de armas impropias que han generado arduos planteos, no se tiene el nivel de vaguedad, imprecisión e indefinición que a



acarrea el término “mediare violencia de género”. Agregó que, si bien allí se indica como acción “mediar”, en el caso de violencia de género *“nada aporta para delimitar y denotar cuál es la conducta reprochable”*. Para ello utilizó como lógica interpretativa *“Pues cuando se trata de un homicidio, hecho de por sí violento, la adición del término género, y la previsión de que debe ser perpetrado por un hombre, implica que, o todo homicidio contra una mujer es agravado, con lo que desaparecía la figura básica del art. 79 para estas hipótesis, o que debe buscarse una interpretación restrictiva y acorde con los lineamientos generales del sistema punitivo”*.

Es así que analizó el art. 1° de la Convención de Belem do Pará, como fuente de la norma que hace al inciso 11° pretendido, y precisó que *“no basta con verificar que la víctima sea una mujer, sino que es necesario explicar en qué sentido la agresión ha sido especialmente dirigida contra una persona en razón y basada en su condición de femenina, o sea, que el accionar doloso se ejecutó motivado y en función de la calidad de mujer de la víctima”*. En lo sucesivo, distinguió a los casos cometidos en un contexto de género, de aquellos basados en –según él– estereotipos de género, y alegó que, para estos últimos, se debía probar la concurrencia de este elemento, en tanto no bastaba hacer referencias históricas al patriarcado o a hechos similares. En dicha línea, criticó y se distanció de los precedentes “Velarde” y “Mossuto”.

Seguidamente, citó casos extremos como violaciones masivas a niñas en Nigeria, o los crímenes a las mujeres en Ciudad Juárez, y expresó que en dichos casos sí se presentan estructuras de sometimiento y violencia basados en sexo, para lo cual agrega que ello difiere del término género, y que ello es justamente lo que la Convención busca evitar y erradicar.

A lo anterior agregó que la ley 26.485, en su definición de violencia contra las mujeres, no logra superar “las objeciones” contra la falta de taxatividad del tipo penal, y que *“(…) si se pretende que esta ley es la fuente aclaratoria de la forma de interpretar la previsión del art. 80 inc. 11 del Código*

Penal, es evidente que el concepto de violencia se torna de una amplitud tan extrema, que abarca todos los casos posibles (...). He de reiterar, por su trascendencia, que interpretar de esta manera al inc. 11 del art. 80, implica nada más ni nada menos, que la supresión de la figura básica del homicidio y de las lesiones, en todos aquellos casos en que la víctima sea una mujer, y el sujeto activo un hombre". Idéntica conclusión tuvo el tratamiento de lo normado en el decreto reglamentario nro. 1011/2010 de la ley mencionada.

Bajo la misma línea argumentativa, explicó nuevamente que no pueden sostenerse explicaciones sobre el significado de "mediar violencia de género", en tanto no podía saber si el autor del hecho se adhirió y actuó por considerar a las mujeres como inferiores, y en concreto señaló que "(...) No es posible el reproche solo sobre la base de que por las características de los hechos, valoradas en su aspecto subjetivo según el parecer del juez o del fiscal, se determine que el sujeto actuó en función de una relación desigual de poder o influido por estereotipos de género o por mantener y promover la dominación patriarcal. De tal modo, la defectuosa figura del art. 80 inc. 11 del Código Penal, deviene prácticamente inoperante y aún en la hipótesis de que responde a una saludable tendencia cultural de reivindicación de la mujer, o a una sana perspectiva social, no debe perderse de vista que nuestro sistema penal no admite que la doctrina, la jurisprudencia y menos la costumbre, puedan habilitar el poder punitivo, misión exclusivamente atribuida a las leyes penales emanadas de los órganos constitucionales, y conforme a los principios fundamentales previstos en los arts. 18 y 19 de la Carta Magna".

De esta manera concluyó que "(...) la inconveniente redacción del tipo penal del art. 80 inc. 11 del Código Penal, que no predetermina con precisión la infracción punible, implica que al ser aplicada, los jueces y fiscales consideren prohibido lo que no está clara y denotadamente prohibido, y que reprochen conductas que no se describen ni se definen taxativamente, con el riesgo de incurrir en un arbitrio represivo y en una forma de



analogía in malam partem, pese a la terminante y categórica veda impuesta a los operadores del sistema, de completar las prescripciones punibles, imprecisas e indefinidas, erróneamente formuladas por el legislador.”, y destacó que descartar la figura en cuestión no significaba desoír la normativa internacional, toda vez que se actuó con máxima diligencia para investigar, juzgar y sancionar los casos de violencia llevados a juicio, aplicando penas severas.

V. LOS AGRAVIOS DE ESTE MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Como adelantamos al delinear los motivos que dan sustento al presente recurso, en la sentencia impugnada el Tribunal ha interpretado incorrectamente el tipo penal contenido en el inciso 11° del artículo 80 del Código Penal, y para ello ha esbozado motivos ajenos del derecho, los cuales resultan estigmatizantes, peyorativos y discriminatorios. De este modo, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 excluyó la aplicación de dicho agravante sobre una base argumental que genera agravios para esta parte por las siguientes consideraciones.

V.a. Sobre la incorrecta interpretación del término “violencia de género” y la alusión a la “ideología de género”

V.a.1) Como se expuso en el acápite anterior, el desarrollo del voto mayoritario tuvo como objetivo inicial analizar el término “violencia de género”, el elemento normativo dispuesto en el inciso 11° del art. 80 CP, determinante para la configuración del femicidio. Atendiendo a ello, el Dr. Anzoátegui hizo referencia a que la perspectiva de género en realidad es una “ideología”, entendida de forma peyorativa.

La “ideología de género” es un término creado por la jerarquía de la Iglesia Católica en la década de 1990³, siendo un

³ En la década de 1990, la “ideología de género” surgió como una reacción de la jerarquía católica a lo que llamaron “una invasión feminista” de las Naciones Unidas, en el marco de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995, la cual constituyó

recurso habitualmente utilizado para desconocer derechos fundamentales, a través del cual se desarrollaron prácticas de discriminación y violencia contra las mujeres y contra las personas LGBTI+. Se utiliza peyorativamente a la “ideología de género” para oponerse a conquistas de derechos humanos tales como la educación sexual integral en las escuelas, el derecho al aborto, los métodos alternativos de reproducción, la ley de identidad de género, entre otros.

La mención displicente de la perspectiva de género como una “ideología” pretende refutar una de las premisas más importantes de la teoría de género contemporánea: el hecho de que el sistema sexo-género es parte de una construcción sociocultural. La “ideología de género” suele usarse para legitimar un esencialismo de género que se presenta como única forma de organización y estructuración de la sociedad, parte de una concepción biológica del sexo a partir de la cual se establece la complementariedad entre varones y mujeres en función de un conjunto de roles de género tradicionales, y a la vez desconoce o patologiza las orientaciones sexuales, identidades de género y expresiones de género no normativas.

Al respecto, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, al momento de resolver la recusación planteada contra los magistrados Rizzi y Anzoategui en la causa causa n° CCC 41112/2018, estableció que “ (...) *no es correcto identificar a la perspectiva de género entendida como abordaje específico para atender a la complejidad propia de cierto tipo de casos que se judicializan, con la mal llamada “ideología de género” que constituye, en rigor, un uso despectivo y tergiversado de aquel enfoque*”; *“Esta circunstancia ha sido advertida por el Comité de Expertas*

un parteaguas para la agenda sobre la igualdad de género. Para el 2003, el Consejo Pontificio para la Familia definió la “ideología de género” como “la ideología feminista” según la cual, las mujeres ‘pretenden liberarse’ y la heterosexualidad, lejos de ser obligatoria, no significaría más que uno de los casos de práctica sexual”. Un año más tarde, en 2004, el Consejo Pontificio para la Familia señaló en una carta dirigida a los Obispos de la Iglesia Católica el potencial destructivo del género para acabar con valores femeninos importantes para la iglesia, para “fomentar conflictos entre los sexos y para refutar la distinción natural y jerárquica entre hombre y mujer, en la cual están basados los valores familiares y la vida social”. Ver: [Juan Marco Vaggione](#), “Francis and ‘Gender Ideology’: Heritage, Displacement and Continuities”, *Religion and Gender* 6.2 (2016), 302-307, disponible en https://brill.com/view/journals/rag/6/2/article-p302_18.xml; [Mónica Cornejo-Valle y J. Ignacio Pichardo](#), “La ‘ideología de género’ frente a los derechos sexuales y reproductivos. El escenario español”, *Cadernos Pagu* 50 (2017), disponible en <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201700500009>



del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará, que explicó que “género es una categoría analítica proveniente de las ciencias sociales, no es una ideología sino un instrumento metodológico para examinar y revelar las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, así como para defender los derechos humanos de las mujeres”⁴.

Continuó esta Sala III diciendo que: *“La definición de discriminación consagrada en el art. 1, CEDAW es de alcance amplio, al incluir “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. “En conexión con aquello, el art. 5, CEDAW expresamente persigue eliminar “los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”, lo que implica la eliminación de los estereotipos nocivos sobre las mujeres en los sistemas de justicia como una medida esencial para asegurar su derecho a la igualdad y al acceso a la justicia. El Comité que supervisa la aplicación de la CEDAW en su Recomendación General n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, indicó que la presencia de estos estereotipos en el sistema judicial impacta en los derechos humanos de las mujeres, particularmente en aquellas que son víctimas y supervivientes. En concreto, destacó que daban lugar a decisiones basadas en mitos dado que los jueces emplean normas rígidas sobre lo que consideran debería de ser un comportamiento apropiado de la mujer, castigando a aquellas que no se ajustan a esa concepción social. Estos estereotipos afectan la credibilidad de sus testimonios y argumentos y pueden hacer que los jueces*

⁴ “Declaración sobre la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres como Bien de la Humanidad”, 28 de noviembre de 2017, OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/CEVI/doc.244/17.rev1.

*interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa*⁵". Finalmente, concluye "(...) las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos, y en jueces cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados, particularmente en el ámbito penal, ya que reviste una gran importancia para garantizar que la mujer pueda ejercer sus derechos humanos. A su vez determinó que "[l]os Estados parte están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos"⁶.

Por su parte, tal como se señaló anteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "R., C.E." (causa n° 733/2 18/CS1, sent. de 29/10/2019) se remitió al dictamen del Procurador, el cual fundó la existencia de la cuestión federal en la interpretación y aplicación de la Convención de Belém do Pará y de la Ley 26.485, reglamentaria de esa Convención. En ese entendimiento, consideró que "(...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género (conf. casos "Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas", sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 188; "Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 309 y "Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146)".

En consecuencia, la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género se deriva de los compromisos

⁵ Comité CEDAW, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, párr. 26.

⁶ Comité CEDAW, Recomendación General N° 33, párr. 47.



internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional, que reconocen a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia y discriminación. Por el contrario, estas obligaciones y exigencias no provienen de la *“imposición de una “ideología” que invade la libertad de autodeterminación protegida por el art. 19, CN; sino de la consideración de un abordaje que permita dar cuenta de las diferencias estructurales entre varones y mujeres y de las condiciones de vulnerabilidad a las que éstas pueden verse sometidas, a fin de aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto”*⁷.

V.a.2) Sentado lo anterior, es menester abordar la lógica utilizada en segundo término por los jueces Anzoátegui y Rizzi sobre el término “violencia de género” como elemento normativo del tipo penal. Al respecto, se desprende que los jueces, en un tono intencionadamente despectivo -y, como se adelantó, paradójicamente ideológico más que jurídico-, aludieron a la falta de una definición legal estricta de violencia de género, sin considerar las disposiciones emanadas de la Convención de Belem do Pará -que específicamente definen la violencia contra las mujeres motivada en género-, ni la definición contenida en el art. 4° de la Ley nro. 26.485, que establece la significancia de la “violencia contra la mujer”, ni su decreto reglamentario nro. 1011/2010, que explicita lo que debe entenderse por relaciones desiguales de poder, de modo complementario a aquélla.

En este sentido, la Sala III determinó que *“la expresión violencia de género es equivalente a violencia contra la mujer y que esta (...) refiere a la distinción, exclusión o restricción basada en el sexo de la víctima, para menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos y*

⁷ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional – Sala de turno – CCC 1112/2018/TO1/3/CNC3, fecha 10/03/2020.

*libertades (en términos de la CEDAW), y a los actos de violencia basados en el género (según la Conferencia Mundial sobre la Mujer, el MESECVI y la Convención de Belem do Para) y en una relación desigual de poder (Ley N° 26.485)”*⁸. En este sentido, debe repararse en que toda la normativa nacional e internacional, así como la totalidad de los tribunales, cuando utilizan los términos “violencia de género” y “violencia contra la mujer”, lo hacen indistintamente.

Es que, justamente, según se desprende de las normas citadas por el propio Tribunal, puede definirse a la violencia de género como la violencia basada en una relación desigual de poder, y lo característico de ésta es que constituye una manifestación de la desigualdad estructural e histórica que existe entre varones y mujeres presente en la sociedad patriarcal, que se expresa en la relación de dominación de unos sobre otras⁹.

Muchas figuras de nuestro Código Penal están integradas o agravadas por la concurrencia del elemento *violencia*. En el caso concreto del inciso 11 del artículo 80, se trata de un tipo específico de violencia, cuyo contenido y sentido está referido a las normas antes citadas: es aquélla que — además de estar orientada hacia una mujer por el solo hecho de serlo— se desarrolla en un ámbito de dominación, poder o discriminación respecto de la mujer, en un escenario social y estructural de profunda exclusión y marginación. Justamente porque son las mujeres, junto con otros colectivos históricamente discriminados, las que resultan blanco de esta clase de violencia en función de los roles devaluados y jerarquizados que le asigna la sociedad patriarcal¹⁰.

⁸ CNCC, Sala III. “Azcona, Lucas Ariel s/ homicidio simple” CCC 43587/2014/TO1/CNC2. 19/03/2018

⁹ Ver Maqueda Abreu, María, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08-02, disponible en www.criminet.ugr.es.

¹⁰ Laurenzo Copello Patricia, Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo, disponible en Internet en www.cijc.org/Libro%20CGP. La autora señala que lo que marca la diferencia y dota de sentido a la violencia de género como categoría específica no es el sujeto activo sino el pasivo -la víctima mujer-, porque se trata de atentados a la integridad que encuentran su razón de ser en la perpetuación de unos determinados roles

Se concluye así que el elemento de dominio o discriminación integra el concepto de violencia de género en los términos en que fue previamente definido. Es por ello que se trata de un elemento del tipo que debe ser materia de acreditación.

La violencia derivada en una relación desigual de poder puede exteriorizarse a través de distintos indicios, entre ellos, la modalidad de comisión del hecho, la violencia previa, la especial saña o violencia desplegada como medio de comisión, la selección y abordaje de la víctima, la finalidad de ataque sexual, la reacción defensiva de la víctima que escapa a la intención de dominación del autor, el aprovechamiento de estado de indefensión, la inferioridad física, etc.

En definitiva, el tipo de homicidio agravado previsto en el artículo 80 inciso 11 del Código Penal abarca todos los casos en los que un varón mata a una mujer como consecuencia de la desigualdad estructural e histórica entre varones y mujeres. Lo determinante es que la conducta del autor exprese y reproduzca objetivamente *“patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida”*¹¹.

De lo que se trata entonces no es de la reiteración o el número de agresiones de las que la víctima ha sido objeto, ni su perduración en el tiempo, ni de su vínculo con el agresor; lo único relevante para la aplicación de esta agravante es que la agresión femicida se produzca en un contexto de dominación desigual y estructural de género, que expresa los estereotipos que han posibilitado durante siglos esa asimetría de poder.

Por todo lo expuesto, se concluye que de lo que se trata no es de falta de claridad a nivel normativo, ni siquiera de un desconocimiento de las leyes por parte de los magistrados, sino, en definitiva, de una supina incompreensión del contenido

asignados de manera exclusiva a las mujeres. Sin embargo, en el estudio del delito de femicidio en el derecho penal argentino, no puede dejar de tener importancia el sujeto activo, ya que –según el texto de la ley– no puede ser otro que el hombre.

¹¹ Ver ACNUDH/ONU Mujeres, *Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*, 2014, pág. 35, disponible en <http://www.unwomen.org>.

de la norma o de una forma de encarar el problema -por razones ideológicas personales- de un modo distinto a como manda la ley (que guste o no, es ley y basada en instrumentos internacionales sobre derechos humanos de la mujer que, por ende, es inconcebible interpretarlos como inconstitucionales, pues el legislador constituyente y el parlamentario, ya se encargaron de hacer el test de constitucionalidad y convencionalidad para elevarlos a tal jerarquía, precisamente superior a las leyes nacionales) y, por lo tanto, de su no aplicación, lo cual genera el terreno propicio para que se den sentencias como la aquí criticada.

V.b. Sobre la pretendida violación al principio de legalidad

De acuerdo con el plexo argumentativo del voto mayoritario, a los motivos planteados en el punto anterior, se agregó que el concepto de violencia de género, además, genera una violación al principio de legalidad, no solamente *“en su vertiente de ‘lex stricta’, sino también con una cuestión semántica”*.

Es así que cabe explicar, también, por qué el artículo 80 inciso 11 del Código Penal no constituye una norma violatoria al principio de legalidad.

En este sentido, si bien la exigencia de la legalidad, en su sentido lato, determina que la ley penal debe ser previa, escrita, formal y estricta, las constituciones modernas exigen, además, un presupuesto sustancial a este principio, a partir de los cuales se determinan una serie de vínculos sustanciales, o sea prohibiciones y obligaciones impuestas por las cartas constitucionales a los poderes públicos, a partir de postulados y derechos fundamentales en ellas establecidos¹².

¹² Ferrajoli, “Sobre los Derechos Fundamentales”, en Cuestiones Constitucionales, Núm 15. Julio-diciembre 2016, México.



El profesor Luigi Ferrajoli efectúa una distinción del principio de legalidad al sostener que puede ser dividido en *estricta legalidad* y *mera legalidad*. La primera determina que las leyes no sólo son condicionantes, en tanto reglas del lenguaje, de las decisiones expresadas en lenguaje jurídico, sino que a su vez están condicionadas por normas superiores que regulan su forma y significado. Estas normas superiores son precisamente las normas o vínculos sustanciales que condicionan la validez de las leyes, de forma tal que las leyes serán válidas (y vigentes) no solo cuando cumplan el requisito formal de ser sancionadas por los poderes legislativos, sino también cuando sus contenidos se adecuen a la protección, tutela o garantía de los derechos fundamentales contenidos en las cartas constitucionales. En segunda instancia, el principio de mera legalidad apela a la cuestión formal de la sanción de esa norma¹³.

Ahora bien, ¿cuáles serían estas normas sustanciales? Pues los derechos fundamentales, entre los que encontramos los clásicos como los civiles, vinculados a la vida y la libertad, pero también otros derechos que impactan sobre colectivos o poblaciones en franca vulnerabilidad social, como son los derechos sociales o el derecho de las mujeres y personas LGBTI+ a vivir una vida sin violencia. Estos derechos fundamentales, receptados en las cartas constitucionales y en tratados internacionales, equivalen a vínculos de **sustancia y no de forma**, los cuales expresan los objetivos y la razón social de un Estado Constitucional de Derecho¹⁴.

Como se expresó, el derecho de las mujeres a vivir sin violencia es un derecho fundamental. Y es un derecho fundamental porque proviene directamente de disposiciones legales y de orden constitucional, tal como se dijo, como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención

¹³ Así, un Estado de Derecho formal se vincula con la mera legalidad, y un Estado Constitucional de Derecho con la estricta legalidad, en tanto legitimación formal y legitimación sustancial.

¹⁴ Luigi Ferrajoli, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", Isonomía no.16, México abr. 2002.

Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém Do Pará”), la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Estas normativas integran el bloque de constitucionalidad, y se materializan internamente a través de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales y el Decreto Reglamentario 1011/2010, en tanto decreto refrendado por el Poder Legislativo.

Consagrado constitucionalmente el derecho de las mujeres a vivir sin violencia, y entendido este como una extensión del derecho a la protección a la vida y a la integridad física a los espacios domésticos y/o privados¹⁵, en nuestro país fue fundamental establecer una protección y tutela especial a las mujeres, en calidad de ciudadanas, frente a ilegalidades, arbitrariedades y violencias que, desigual y especialmente, las afectan en su condición de tales.

Con la creación de la figura de femicidio, en el año 2012, a partir de la ley 26.791, los/las legisladores/as reconocieron que hay una forma especial de violencia letal en “cuya dinámica las personas son asesinadas en un contexto de discriminación estructural”¹⁶. En este sentido, el debate parlamentario dispuso que los objetivos de penalizar de manera

¹⁵ Torrez Díaz, “El derecho a una vida libre de violencia de género como derecho fundamental: crítica constitucional desde el paradigma feminista”, en *Igualdad y Democracia: el género como categoría de análisis jurídico*, Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino, Corts Valencianes, 2014, p. 645 y ss.

¹⁶ Rodríguez, Agustina, “La aplicación preponderante del femicidio como tipo penal no neutral en términos de género. ¿Por qué debe aplicarse el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal argentino?”, en De la Fuente y Cardinali, *Género y Derecho Penal*, Rubilzal-Culzoni, Buenos Aires, 2021. La citada autora menciona, además, que las razones complejas que sustentan la mayor penalidad de la muerte violenta de mujeres a manos de varones por razones de género atienden al modo en que determinados comportamientos individuales expresan mayor lesividad cuando se insertan en una estructura social específica que genera y da fundamento a la violencia. En ese sentido, la utilización de normas no neutrales en términos de género permite identificar los componentes discriminatorios que dan forma a la violencia de género contra las mujeres, pero no implican una desprotección de los varones u otras identidades de género ni el sacrificio de los varones para proteger a las mujeres. Siguiendo a Di Corleto afirma que “[I]as normas diferenciales dan cuenta de que ciertas acciones son más graves porque son la expresión de una desigualdad o de una situación de abuso de poder en la que se encuentran muchas mujeres. No se trata de una acción afirmativa sino que constituye un mecanismo de aplicación directa (no temporal) que incorpora al principio de igualdad y no discriminación como parte del objeto de protección de la norma penal”. ver DI CORLETO, *La suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de Señero. Límites y condiciones para su concesión. A propósito del fallo "Góngora"* cit. p. 191.



diferenciada estas conductas obedecían a la necesidad de visibilizar las muertes de las mujeres como una cuestión pública que debe ser tratada y solucionada por el Estado, toda vez que este problema encuentra sus raíces en causas sociales, culturales y, muchas veces, también económicas”¹⁷.

Hasta aquí, hemos observado que el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia es un derecho fundamental, por los antecedentes constitucionales e internacionales citados. Que este derecho fundamental, en tanto vínculo sustancial, debe ser tutelado especialmente por la legislación interna en tanto exigencia de un Estado Constitucional de Derecho. Y que la sanción de la figura de femicidio recepta esta exigencia constitucional, cumpliendo con los criterios de mera y estricta legalidad. Resta ahora analizar la técnica legislativa utilizada.

Las previsiones del inc. 11° del art. 80 del código de fondo determinan que se impondrá pena por un hecho de muerte cuando sea perpetrado por un hombre respecto de una mujer, en el marco de violencia de género. Los magistrados, en la resolución bajo examen, determinaron –en punto al aspecto que aquí se analiza– que la remisión al concepto de violencia de género es un concepto vago, impreciso, que no existe, que carece de verbo (entre otras cuestiones) y por lo tanto resulta violatoria del principio de legalidad.

En respuesta a ello, debe referirse (sustentando nuestra posición en Buompadre), que la remisión de la definición del concepto “violencia de género” al artículo 4° de la ley n° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y, a su vez, al artículo 4° del decreto reglamentario 1011/2010, no implica ni una ley penal en blanco ni una nueva figura típica, siendo por el contrario una norma penal que se nutre de las definiciones de otra ley (haciendo honor a la armonía y sentido integral de nuestro ordenamiento jurídico), por lo cual no solo no pone en crisis al principio de taxatividad penal, sino que, a su vez, respeta el contenido sustancial del derecho fundamental a

¹⁷ Rodríguez, Id.

proteger que, en palabras de Ferrajoli, proviene del bloque de constitucionalidad.

Finalmente, y para robustecer estos argumentos, resulta fundamental recuperar parte del debate parlamentario que se suscitó al momento del tratamiento de la ley 26.791. Especialmente interesante resulta la alocución del diputado Manuel Garrido, que señaló: *“Otra cuestión importante que debo destacar es por qué se justifica la modificación de esta legislación. Básicamente es porque hay un plus adicional, que es el del bien jurídico. Concretamente, me refiero a la situación de discriminación y subordinación que justifica la inclusión de este tipo de delitos en una previsión aparte. Por otro lado, quiero responder a ciertas objeciones que en su momento se plantearon durante la discusión en comisión, básicamente sobre si estamos introduciendo algún tipo de discriminación. No lo estamos haciendo; estamos cumpliendo con el mandato constitucional de realizar acciones afirmativas en favor de las mujeres. Esto lo debo dejar en claro ante posibles decisiones jurisprudenciales y actitudes de los jueces, refractarios a la aplicación de la legislación que emana de este Congreso. En este sentido, no estamos incluyendo ningún tipo de disposición discriminatoria, porque tanto la Sala Constitucional de Costa Rica como el Tribunal Constitucional Español han reconocido su constitucionalidad. Como decía, la justicia constitucional española reconoció la admisibilidad de disposiciones como las que estamos tratando, señalando que ella no implica ningún tipo de discriminación y que, además, existe un fin legítimo, que es el de la protección de aquellas personas –en este caso las mujeres– que se encuentran sometidas a una situación de subordinación y discriminación que justifica este agravante”*.

V.c) Sobre la interpretación incorrecta del artículo 80 inc. 11° del Código Penal como un agravante por la motivación



Del voto del Dr. Anzoátegui se desprende, entre los motivos esbozados para descartar la figura, que no se advertía un “odio hacia el sexo femenino” por parte del imputado. Dicha afirmación presupone que el tribunal considera un requisito típico del inciso 11 del artículo 80 del Código Penal de la Nación que el autor del hecho hubiera actuado sobre la base de una motivación reprochable. Esto es, como si la figura exigiera la verificación de un elemento subjetivo distinto del dolo, consistente en obrar motivado por la misoginia u odio al género femenino. El artículo 80, inc. 11 del Código Penal reprime con pena de prisión o reclusión perpetua al hombre que mata a una mujer, “mediando violencia de género”.

En este sentido, debe decirse que está fuera de discusión que Jorge Alfredo Joaquín es un varón, que las damnificadas Gisela Paola Zalesky y Dalisa Streiches son mujeres, y que, por un lado, haber maniatado en una cama a Gisela, haberle bajado los pantalones y ropa interior seguido de prácticas que tuvieron como resultado una dilatación anal, y luego haber sumergido su cara contra un balde con agua hasta quitarle la vida, a la vez de haber atacado a Dalisa por detrás, aprovechándose de su confianza al haberlo invitado al departamento, provocándole un corte de gran magnitud en su cuello, y dejándola ensangrentada y semi inconsciente, configuran en ambos casos la acción que tiene el significado comunicativo de “matar”, requerido por la figura.

La violencia de género contra las mujeres es una violencia contextual y viene a reconocer, desde el campo de las ciencias sociales primero y desde el derecho, después, una violencia específica que sufren las mujeres a manos de los varones como correctivo en el marco de relaciones estructurales de poder desiguales, en cuya lógica ocupan un rol subordinado. Sin embargo, ello no implica que a la hora de imputar el delito de femicidio se deba probar la existencia de esa desigualdad estructural en cada caso, ni siquiera la de una desigualdad especial entre autor y víctima. Lo que hay que probar en cada caso es cómo esa conducta individual es

manifestación de la violencia de género basada en la discriminación de las mujeres, es decir, que se produce en un contexto de dominación o de control general coercitivo¹⁸.

Lo característico de este tipo de violencia es entonces que constituye una manifestación de la desigualdad estructural e histórica que existe entre varones y mujeres en la sociedad patriarcal, que se expresa en la relación de dominación de unos sobre otras.

Por lo tanto, el tipo de femicidio previsto en el artículo 80 inciso 11° del Código Penal abarca todos los casos en los que un varón mata a una mujer *como consecuencia* de la desigualdad estructural e histórica entre varones y mujeres. Lo determinante es que la conducta del autor *exprese o reproduzca* esos “patrones culturales arraigados en ideas misóginas de superioridad del hombre, de discriminación contra la mujer y de desprecio contra ella y su vida”¹⁹.

Justamente, y con relación al aspecto subjetivo, el tipo penal no exige una motivación especial ni otros elementos subjetivos distintos del dolo²⁰. Para acreditar el dolo se exige que el sujeto activo conozca los elementos del tipo objetivo. Concretamente, respecto de que la acción haya sido ejecutada “mediando violencia de género”, la acusación no debe probar una motivación particular del autor sino solo que la agresión se produjo en un contexto de dominación o que mediante ella se pudo desplegar un control general coercitivo.

Resulta irrelevante que el sujeto activo haya tenido conocimiento de que con su acción reproducía o reforzaba la desigualdad estructural e histórica entre varones y mujeres o incluso que ésta haya sido su finalidad. Es por esta particularidad que la doctrina suele caracterizar a esta agravante como aquellas de índole objetivo.

¹⁸ LARRAURI PIJOAN, Elena, Igualdad y violencia de género: Comentario a la STC 59/2008, en InDret 1/2009, p. 14, con sus Citas.

¹⁹ Conf. ACNUDH/ONU Mujeres, Modelo de Protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio), 2014, pág. 35, disponible en <http://www.unwomen.org>.

²⁰ Conf. Fígari, Rubén, “Homicidio agravado (Femicidio)”, en Código Penal Comentado de Acceso Libre, Asociación Pensamiento Penal, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar>



En efecto, en este caso se desprenden gran cantidad de indicios de violencia. Baste para ello remitirse a la forma en que el cuerpo de la víctima fue hallado: maniatado, maniobras sobre su cuerpo que indican violencia sexual, todo ello en una escena claramente sexualizada, y donde se advierte una situación en la cual Gisela fue humillada y sometida. No caben dudas que este tipo de agresiones responden a un desprecio y cosificación del cuerpo de la víctima, propio de la instrumentalización del cuerpo de las mujeres prohiado por esquemas patriarcales, que refleja claramente una relación desigual de poder, exigido por el elemento típico de violencia de género.

De lo que se trata entonces *no es de la finalidad* que el autor persigue al cometer el hecho, sino que lo único relevante para la aplicación de esta agravante es que la agresión homicida se produzca en un contexto de dominación de un género por sobre el otro y expresa los estereotipos que han posibilitado durante siglos esa asimetría.

En este sentido, se pone de resalto lo expuesto por la Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, “Giujsa s/homicidio simple”, (CCC 5203/2013/TO1/CFC1, Reg. 1587/16.1, resuelta el 31 de agosto de 2016), donde el Tribunal, *obiter dictum*, recogió algunos de estos conceptos y definió a la figura del artículo 80 inc. 11 del Código Penal, con los siguientes términos: *“En un primera aproximación, el femicidio se caracteriza por la existencia de una situación de subordinación de la mujer hacia el varón basada en una relación desigual de poder. Se trata de un tipo especial de homicidio en donde el autor es el hombre y el sujeto pasivo, es decir la víctima, una mujer, que resulta calificado por la condición peculiar del sujeto pasivo y por las circunstancias modales de su comisión: violencia ejercida sobre una mujer en un contexto de género. El fundamento de la agravante reside pues en ambas circunstancias. De modo que, habrá femicidio ante aquella muerte provocada en un ámbito situacional específico, que es aquél en el que existe una situación de subordinación y*

sometimiento de la mujer hacia el varón, basada en una relación desigual de poder. Sólo desde esta perspectiva, merced a este componente adicional que acompaña a la conducta típica (plus del tipo de injusto: la relación desigual de poder) se puede justificar la agravación de la pena cuando el autor del homicidio es un hombre y la víctima una mujer”.

La expresión “mediando violencia de género”, entonces, alude a un elemento normativo del tipo objetivo, cuyo contenido viene dado por las pautas constitucionales y legales señaladas, y no a un componente subjetivo individual, como lo alude el Tribunal en su fallo.

En este sentido, el Modelo de Protocolo Latinoamericano para la Investigación de Muertes Violentas de Mujeres por razones de género (ONU) establece en su parágrafo 40 que: *“Independientemente de la terminología que se adopte, estas situaciones de VCM [violencia contra la mujer] presentan características comunes: están fundadas ‘en una cultura de violencia y discriminación basada en el género’, que ‘tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres’. No se trata de ‘casos aislados, esporádicos o episódicos de violencia, sino de una situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades”.*

Por eso, teniendo en cuenta que *“la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales [que] limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”;* *“una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”* y *“que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”* (Convención de Belém de Pará, preámbulo), resulta indispensable desmontar aquella estructura. Una de las formas de hacerlo es asignando a las mujeres –que, merced a este fenómeno social, son

particularmente vulnerables a ciertas formas de violencia- una protección penal reforzada.

Ese y no otro ha sido el objetivo de la sanción de la ley 26.791 que introdujo la figura penal en consideración, en cumplimiento del compromiso asumido por el Estado argentino al suscribir la Convención de Belém do Pará (en particular, art. 7 apartado c). En este contexto, la interpretación que el Tribunal realiza del tipo de femicidio contenido en el artículo 80 inc. 11° del Código Penal, aludiendo a casos en los que el autor actúa *por una motivación subjetiva* e individual misógina, desnaturaliza esta figura y la pone en colisión con los compromisos internacionales asumidos por el país al suscribir dicha Convención.

Sobre el particular, recordamos que el Modelo de Protocolo antes citado señala que: *“El uso del concepto de femicidio/feminicidio y su diferencia con el homicidio permite visibilizar la expresión extrema de violencia resultante de la posición de subordinación, marginalidad y riesgo en el cual se encuentran las mujeres* (parágrafo 40). La segregación de ese concepto que el Tribunal realiza en su sentencia avanza en sentido contrario, ocultando esas relaciones de subordinación que dan sustento a la figura, tras las motivaciones individuales del autor del hecho.

Ahora bien, aun cuando para la delimitación de la figura de femicidio contenida en el artículo 80 inc. 11° del Código Penal se prescindiera de las definiciones contenidas en todos estos instrumentos normativos, que configuran el contexto normativo en el que aquella está enmarcada, y nos limitáramos al tenor literal de la cláusula en consideración (interpretación literal o gramatical), llegaríamos a la misma conclusión, la definición que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 8 hace de esta figura, en el caso, es equivocada.

Recordemos que la sentencia afirma que el tipo penal de femicidio no resulta aplicable, entre otras cuestiones, porque no se había logrado probar *la motivación* del autor al momento de cometer el hecho, dando por sentado que es la “motivación

del autor”, lo que configura la “violencia de género” a la que se refiere el artículo 80 inc. 11° del Código Penal.

Suponer que en el artículo 80 inciso 11° del Código Penal, el legislador incluyó una agravante orientada a valorar la motivación del autor exige explicar por qué optó en este caso, dentro del mismo artículo del Código Penal, por emplear una expresión distinta a aquella con la que se refiere dentro del mismo artículo a los demás agravantes por motivación (el actuar por determinada razón). Esa tarea se convierte en absolutamente inviable si además se atiende a que, como se expuso más arriba, optó por una expresión como “mediando violencia de género”, expresión que -como ya se demostró- posee, dentro de nuestro sistema legal, su propia definición normativa.

La enunciación no pretende ser exhaustiva, sino demostrar que, a diferencia de lo que piensan los Dres. Anzoátegui y Rizzi, la “violencia de género” de la que habla el artículo 80 inc. 11 del Código Penal de la Nación no es un factor subjetivo individual ligado a los motivos o propósitos del varón autor del hecho, sino que se configura como una estructura objetiva, un entramado de relaciones de poder y subordinación que históricamente han colocado a la mujer en situación de inferioridad frente al hombre y han naturalizado formas de violencia, como el trato que las mujeres merecen.

V.d. Sobre la incorrecta interpretación de las obligaciones internacionales en materia de violencia de género

Como se expuso en el acápite anterior, en el fallo atacado se señaló, sucintamente, que toda vez que se condenó a Joaquín a la pena más grave dispuesta en nuestra normativa, no es posible alegar la responsabilidad internacional. A su vez, se puso de resalto que a partir del abordaje de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz del fallo “Fontevicchia” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no es necesario enfrentarse a la expectativa de “una reprimenda”



(?!) por parte de dicha Corte, para lo cual concluyó que tenía plena capacidad de interpretación normativa que haga justicia por las víctimas del caso, sin que sea necesario hacer uso de aquellas “premisas de una ideología que reputa manifiestamente errónea”.

El derecho no se aplica por temor a una reprimenda, sino porque así lo establece la ley. Y el Estado argentino hasta tanto denuncie el Pacto de San José de Costa Rica (si es que puede apartarse de él pues aquí rigen los principios de progresividad e irreversibilidad del reconocimiento de los derechos humanos, que, conforme al Derecho internacional público prohíben volver atrás cuando un Estado ha reconocido en su ley un derecho que ya era natural), está obligado a acatar tanto los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que suscribe, como los propios fallos de la Corte Interamericana “en las condiciones de su vigencia”. Incluso soslayó el Magistrado que hoy día mismo rige la posibilidad de recurrir en revisión a los organismos internacionales, cuando existe una franca violación a los derechos humanos, acorde a lo normado por el art. 366, inc. “e” del nuevo CPPF, en vigor en este sentido para la justicia nacional y federal de todo el país, conforme lo decidiera la Comisión Bicameral de monitoreo e implementación de esa norma (conf. Res. nº 1/2021 del 3/2/2021).

Particularmente se creía extinguida la vetusta controversia entre monistas y dualistas respecto de la aplicación del derecho internacional público por sobre las leyes locales, pero al parecer, no es así. Se continúa insistiendo en que los instrumentos internacionales no están por encima de las leyes y que su interpretación es abierta pues ya no hay más temor de incumplir con lo que la propia constitución manda y evitarse una reprimenda (de algo que se sabe que se está haciendo mal, porque si no, no se efectuaría la aclaración) por parte de los organismos internacionales de control de los derechos humanos.

Al respecto, debe agregarse que las exigencias en materia de violencia de género son claras y contundentes, y de ningún modo resultan optativas a la consideración de lo que cada juez o jueza estime que corresponde. También es dable destacar que ningún punto de la sentencia del caso “Fontevicchia” (que además, su ejecución, no es un caso terminado y habrá que ver qué dice la Corte IDH al respecto) exhorta, sugiere ni indica que se pueden obviar exigencias normativas dispuestas en instrumentos internacionales a los que el Estado argentino se haya adherido.

A pesar de que han sido considerablemente citados, atendiendo las circunstancias corresponde reiterar que hay tratados internacionales de derechos humanos que comprometen al Estado frente a la comunidad internacional en materia de derechos de las mujeres, como la Convención de Bélem do Pará y la CEDAW –está última, además goza, en nuestro ordenamiento jurídico, de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN)–. Es así que, lejos de resultar material para aquellos Magistrados que tengan interés en el tema, las exigencias en materia de violencia de género hacen al *corpus iuris* sobre el cual el Poder Judicial debe basar sus decisorios.

A lo anterior debe sumarse que la interpretación esbozada por los magistrados supremos en el fallo aludido no puede hacer caer al andamiaje político, institucional y constitucional sobre el cual se sostiene nuestra Nación. Al respecto, no debe soslayarse que la Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en el año 1984, es decir, un año después del establecimiento del orden democrático. De esta manera, aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana (arts. 63.1 y 68 CADH).

Así, la firma y ratificación de la Convención mencionada implicó allanarse a la competencia de la Comisión y Corte Interamericana, comprometiendo así la responsabilidad internacional por violación de derechos y garantías reconocidos en dicho instrumento. Estos organismos facultados por la voluntad de los Estados americanos al momento de la gestación

de la Convención amplían su marco de interpretación hacia toda la normativa dispuesta a nivel regional, como es para el caso la Convención de Belem do Pará. Asimismo, tales organismos emiten doctrina internacional, la cual es denominada “jurisprudencia internacional”, aunque en sentido estricto se ajusta más al término las sentencias que provengan de la propia Corte Interamericana, en tanto se trata de un organismo con facultades jurisdiccionales.

En este camino, las sentencias emanadas de dicho Tribunal, de acuerdo a lo establecido en el art. 67 CADH, son definitivas e inapelables; no obstante lo cual ante cuestiones de sentido o alcance del fallo, las partes pueden requerir mayores precisiones. En definitiva, -también guste o no- los Estados parte se encuentran vinculados a las decisiones de la Corte Interamericana o a los parámetros que imponga frente a circunstancias o hechos similares²¹.

A mayor abundamiento, es menester agregar que no todos los compromisos de normativa internacional se limitan al acatamiento o no de las sentencias de la Corte Interamericana. En efecto, los tratados principales ya mencionados que disponen las exigencias que el Tribunal Oral nº 8 tilda de “ideológicas”, cuentan con organismos de control. Así por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer cuenta con el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI) que analiza los avances en la implementación de la Convención por los Estados Parte. Por su parte, y al nivel del Sistema Universal de Derechos Humanos, devenido de la Organización de las Naciones Unidas, se encuentra el Comité de la CEDAW, el cual no solo tiene facultades de control y seguimiento, sino que también puede emitir resoluciones vinculantes para el Estado argentino.

En esta línea de entendimiento, se ha dicho que “(...) *el Estado cuando firma y ratifica Tratados de cualquier tipo, se*

²¹ GELLI, María Angélica, “La supremacía de la Corte argentina y la jurisprudencia internacional. Entre el Poder y la Justicia (los espacios de la Corte Suprema)”, LA LEY, 2003-F, 1454.

obliga a sí mismo y no debe borrar por vía oblicua aquello a lo que se comprometió en el orden internacional. En algunos casos para proteger derechos humanos en sentido estricto. En otros, además, para preservar la seguridad jurídica y la confianza internacional en la República Argentina.”, y consecuentemente, “(...) vale recordar que es un principio de derecho internacional que “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional” (AG/56/83, Principios de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, art. 1.). De este principio se desprende que “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.”(Id., art. 4.1) Tanto la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante CIDH) como la Corte IDH han sostenido consistentemente este principio a lo largo de su jurisprudencia”²².

En idéntico sentido, debe tenerse presente que la premisa básica para interpretación de los tratados es la buena fe. Al respecto, en la resolución de supervisión de cumplimiento de noviembre de 2012, la Corte IDH fue enfática y afirmó que “[l]a obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones

²² Gelli, María Angélica. “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina.”. Revista jurídica La Ley, 23/02/17. Cita on line: AR/DOC/500/2017.



convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel. Todas estas autoridades tienen el deber de cumplir con el derecho internacional. Esta interpretación se deriva directamente del principio contenido en el mencionado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”²³.

En el mismo sentido se expresó la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC 14/94 “*Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”²⁴.*

V.e. Sobre la interpretación errónea del agravante dispuesto en el inc. 1° del art. 80 CP

El Tribunal descartó que pudiera darse, para el hecho nro. 1, el agravante dispuesto en el inciso 1° del art. 80 CP, pretendido por este Ministerio Público Fiscal a lo largo de todo el proceso. Para ello, se entendió que la relación de pareja, noviazgo y/o sexo-afectiva mantenida entre el acusado (¡que

²³ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 182. Párr. 22

²⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Párr. 35.

reconoció expresamente esa situación!) y Gisela Zalesky encuadraba en las disposiciones del mentado inciso.

Sin embargo, el Tribunal esgrimió que dicho extremo no había podido ser probado fuera de toda duda razonable; que si bien de algunas constancias policiales se desprenden dichos de Joaquín referidos a “maté a mi novia”, destacó otros extractos de sus dichos sobre los cuales se refería a la víctima como “otra” o “una mujer”. Agregó que de la propia declaración de Joaquín se desprendía que este negó una relación sentimental, y se reparó en que no convivían, sino que su relación era más bien casual con encuentros esporádicos, y principalmente para drogarse. También reparó en un acta de la cual si bien se desprende una afirmación de vínculo, se destaca que el imputado no recordaba el nombre de la víctima, de modo que en virtud del principio de *in dubio pro reo*, se descartó la figura agravante.

Esta norma también debe ser interpretada a la luz del marco que venimos proponiendo; la interpretación restrictiva se desentiende de la exégesis que surge de los mandatos establecidos por aquellos instrumentos internacionales, y suscita así una cuestión federal en los términos del artículo 14, inc. 3°, de la ley 48, y en consonancia con la citada doctrina de la Corte Suprema.

Al respecto, cabe destacar que la redacción actual del inciso 1° (según ley 26.791) extendió la agravante vincular a los supuestos en los que existe o existió entre el agresor y la víctima una relación de pareja, aun cuando no haya mediado convivencia. Se trata de una redacción amplia que permite capturar no sólo las relaciones matrimoniales –tal como preveía el CP en su redacción original– sino las restantes formas de establecimiento de vínculo afectivo o íntimo entre dos personas, incluso independientemente de cuál sea su género u orientación sexual. A diferencia de la unión convivencial, cuyo reconocimiento está regulado normativamente, y del matrimonio, que se instituye a partir del hecho formal de su celebración, la relación de pareja no requiere formalidad



alguna. Siendo un hecho netamente fáctico, requiere de elementos objetivos para su demostración.

En este sentido **Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional**, explicó que, de acuerdo al estudio del debate parlamentario que precedió la reforma, las razones de la agravante no debían buscarse en la ley civil, sino en la ejecución de un comportamiento ilícito “... *facilitada por aquello que en el ámbito legislativo se denominó como un ‘abuso de confianza’ (...). Es que, una ‘relación de pareja’, concomitante o anterior al hecho, supone que en la interrelación de sus integrantes exista, o haya existido, una cierta intimidad generadora de confianza, en la medida en que se pueden compartir o se pueden conocer diversos aspectos de la vida cotidiana de cada uno, circunstancias tales como los sitios frecuentados, el lugar trabajo, los hábitos, costumbres, los desplazamientos habituales, la forma de ocupar el tiempo libre, las relaciones familiares, o las amistades, los gustos, las preferencias individuales, etc. (...). Ese conocimiento de la persona con quien se tiene o tuvo una ‘relación de pareja’, basado justamente en la confianza que el vínculo de intimidad e interrelación generó, que resulta a su vez determinante para compartir todos aquellos aspectos de la propia vida de cada uno, es lo que puede proporcionar al autor, al momento del hecho, una cierta ventaja para alcanzar una más eficiente comisión del comportamiento prohibido por la norma, y de ese modo incrementar su disvalor*”²⁵.

En cuanto al elemento típico relación de pareja, concluye el tribunal de casación que: “...es dable afirmar que la unión de dos personas, sean del mismo o diferente sexo, con cierto grado de estabilidad y permanencia en el tiempo, con vínculos afectivos o sentimentales, que comparten espacios de tiempo en común, y ámbitos de intimidad, se caracterice como una ‘relación de pareja’”²⁶.

²⁵ CNCCC, Sala III, causa CCC 8820/2014/TO1/CNC1, caratulada “Sanduay, Sandro Mario s/ homicidio simple en tentativa”, 06/09/2016.

²⁶ Idem.

En esta misma línea la **Sala II** de la Cámara de Casación en el caso “**Mossuto**”²⁷, vino a sellar la discusión acerca del alcance del vínculo de pareja como agravante y la irrelevancia del requisito temporal previsto en el art. 510 del Código Civil a los fines de definir este aspecto del tipo penal.

En esta oportunidad, el Tribunal de Casación entendió que la interpretación del elemento “relación de pareja” no podía estar dissociada del contexto dominado por la violencia contra las mujeres que había sido tenido en cuenta por el legislador al momento de la reforma del Código Penal y por la circunstancia de que la mayor parte de la violencia padecida por las mujeres ocurre en “contextos en los que existe **relación de confianza**, desarrollada dentro del ámbito doméstico definido en el art. 6 de la ley 26.485”.

Por ello, sobre los argumentos utilizados, se debe tener presente que, si bien el acusado en sus reiteradas exposiciones se refirió a la víctima sin connotación afectiva o de ligazón, durante el debate se pudo acreditar el contexto a partir de que el acusado explicara el modo en que se conocieron, el modo en que ambos desplegaban acciones en solidaridad para proveerse los estupefacientes que su situación de consumo demandaba, el espacio en común que decidieron habitar, las relaciones sexuales que el imputado dijo haber tenido con ella a lo largo de ese vínculo, todas circunstancias que permiten afirmar que, al momento de los hechos, entre ellos había una relación sexo-afectiva.

Así las cosas, entendemos que sin lugar a dudas Joaquín se aprovechó de la relación de confianza que existía con Zalesky para cometer el hecho que se le imputa. Ello ocurrió en el espacio donde habitaban hacía días y en el que ella solía esperarlo mientras él salía a buscar sustancias estupefacientes. Es esta relación de confianza la que facilitó a Jorge Joaquín el acceso al lugar y el despliegue de la violencia que terminó con la vida de la víctima.

²⁷ CNCCC, Sala II causa CCC55357/2014/TO1/CNC2, caratulada “Mossuto, Ariel Ricardo s/ recurso de casación”, 07/08/2018.



VI. LA SOLUCIÓN QUE SE PRETENDE PARA EL CASO

En función de todo lo expuesto, este recurso tiene por objeto que se case y/o declare la inconstitucionalidad de la interpretación de las normas efectuadas por los Sres. Jueces en la sentencia impugnada en lo relativo a la calificación legal del hecho, y que se condene en definitiva al Sr. Jorge Alfredo Joaquín como autor de los delitos de homicidio calificado por el vínculo, por haber sido cometido con alevosía y por mediar violencia de género, en perjuicio de Gisela Paola Zalesky -hecho n° 1- en concurso real con el delito de homicidio en grado de tentativa calificado por haber sido cometido *criminis causa* y por mediar violencia de género, en concurso ideal con el delito de robo con armas -hecho n° 2- en perjuicio de Dalisa Lisbeth Streiches (arts. 42, 54, 55, 80, incisos 1, 2, 7 y 11, y 166, inciso 2°, del Código Penal de la Nación).

VII. RESERVA DEL CASO FEDERAL

En tanto, como se ha expresado ya, los agravios de este Ministerio Público involucran una cuestión federal en los términos del artículo 14 de la ley 48, se deja expresamente formulada la reserva para plantear el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante un Recurso Extraordinario.

VIII. PETITORIO

1- SE TENGA POR PRESENTADO en tiempo y forma los presentes recursos de casación e inconstitucionalidad, oportunamente se los concedan y se eleven los autos a la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional para su tratamiento (Arts. 456, 457, 458, 1er párrafo, 463, 464 y cc. Del Código Procesal Penal de la Nación).

2- Tras el trámite de rigor, SE HAGA LUGAR A LOS RECURSOS, se CASE Y/O DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN LEGAL DE LOS JUECES DEL TRIBUNAL ORAL (a excepción de la del

Dr. Sañudo, que compartió los criterios sostenidos por este MPF y emitió un voto en disidencia en este sentido) la sentencia dictada respecto del Sr. Jorge Alfredo Joaquín en el nivel correspondiente a la calificación legal, asumiendo el Tribunal de Casación competencia positiva para calificar en definitiva, conforme lo propuesto en el acápite VI de este recurso (Arts. 42, 54, 79, 80 incs. 1, 2, 11 y 166 inc. 2 del Código Penal de la Nación, arts. 470 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación, arts. 1 y 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Investigar, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer aprobada por ley 24.632, art. 4 de la ley 26.485, art. 4 del Decreto n° 1011/2010).

3- Se tenga presente la reserva del caso federal formulada (Art. 14 ley 48).