

Género y Delito: Caso "Ovando"

Gonzalo de Llano Macri

Introducción

El presente trabajo utilizará la sentencia "Ovando"¹ como móvil para analizar desde un punto de vista criminológico las cuestiones de género y delito, el rol femenino dentro del Derecho Penal y por último, respecto al caso en particular, un análisis dogmático desde la teoría del delito enfocado en la culpabilidad. En este artículo, propongo estudiar dicho cuerpo jurisprudencial desde una visión criminológica que ponga la mirada en el rol de la *mujer-madre* como sujeto imputable del delito contemplado por los art. 106 y 107 del Código Penal.

Palabras clave: Criminalidad Femenina. Género. Abandono de Persona. Culpabilidad.

Fundamentación del tema elegido

El número de causas penales que tienen como sujetos imputables a mujeres en nuestro país – y en Latinoamérica- es considerablemente menor que el de hombres. El caso elegido es de la provincia de Misiones, pero podrían encontrarse iguales fundamentos para procesos de todo el país y Latinoamérica. No solo los medios de comunicación fomentan posturas patriarcales sino que los mecanismos judiciales mediante sus operadores replican escuelas de pensamiento que, quizás, de ninguna manera apoyarían abiertamente.

Entonces, la teoría penal y el trabajo rutinario del poder judicial genera una máscara que nubla el foco, y parece conducirnos a pensar que se están penando conductas delictivas cuando en verdad, existe una selectividad que sólo pena ciertos estereotipos. El concepto de selectividad no es nuevo y ha sido desarrollado de manera excelente por numerosos autores pero es interesante ver como "la

¹ Sentencia N° 1669/2012 del Expediente N° 1837-D-2011 caratulado "Ovando, Maria Ramona s/ Abandono de persona agravado por el resultado de la muerte y por el vínculo, dictado el 28 de Noviembre de 2012 por el Tribunal Penal N° 1 de la Ciudad de El Dorado, Misiones (Tercera Circunscripción Judicial). Disponible en su totalidad en: <http://www.cij.gov.ar/nota-10424-Difundieron-fallo-que-absolvi--en-Misiones-a-una-mujer-acusada-por-el-abandono-de-su-hija.html>

mujer delincuente" es fagocitada por el sistema penal bajo cánones muy propios del rol que la sociedad-estado pretende de ella.

El caso "Ovando" es uno más de muchos, en los cuales la conducta perseguida está ligada íntimamente con el rol femenino que la mujer incumple (se encuentran discursos similares en los casos de aborto y del derogado infanticidio). A lo largo del presente trabajo utilizaré ciertos puntos de esta sentencia para ejemplificar el estudio referido al género y el sistema penal y su implicancia criminológica y cómo siguen vigentes esquemas que el ojo inocente ve superados. Finalmente realizaré un estudio desde la teoría del delito focalizado en la culpabilidad desde la vulnerabilidad y la existencia de la pena natural. En palabras de Zaffaroni:

*"Nuestro pensamiento no nace de una incubadora ni inventamos la pólvora, el pensamiento jurídico se construye finamente y quien pretenda ignorar el pasado, quien intente pensar sin dialogar con los que han pensado antes, hace uno, dos o tres o más siglos, lo más probable es que quede preso de tesis contradictorias y se pierda en la incoherencia, o bien, reduzca el saber jurídico a un pobre tecnicismo, análogo al de los prácticos que explicaban cuándo y cómo debía aplicarse la tortura mientras Beccaria escribía su librito"*²

Marco Teórico

La criminología crítica nos ha enseñado que son las leyes penales las que crean los delitos. Ha acabado con la creencia de que hay conductas humanas naturalmente delictivas o criminales y ha demostrado que la caracterización de ciertas conductas como delitos es sólo eso, una caracterización.

Es fundamental determinar de qué se habla cuando se habla de "género". La definición de Marta Lamas puede resultar de gran utilidad para delimitar este concepto: es *"el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es "propio" de los hombres (lo masculino) y lo que es "propio" de las mujeres (lo femenino)"*.³ No es el objetivo

² Citado por Matias Bailone en "El liberalismo penal" disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070002-bailone-liberalismo_penal.htm?bsrc=ci

³ Lamas Marta, "Genero Diferencias de sexo y diferencia sexual, Pág. 2 y Lamas, Marta, compiladora, "El género: la construcción cultural de la diferencia

de este trabajo hacer una exposición sociológica del rol de la mujer a lo largo de la historia de la humanidad, sino sólo tomar los datos que resulten útiles para nuestro marco de estudio.

Por ello, el género- como la étnia, la edad, la clase- no ha sido un tema menor en la historia del control social de los grupos dominantes. No es una casualidad que en el "Malleus Maleficarum"⁴ la protagonista y la amenaza mayor para el mundo inquisitorial sea la mujer, sintetizada en el concepto de la bruja. Es decir, que si una de las piezas primarias del pensamiento criminológico medieval puso todo su énfasis en la mujer, es porque el género ha representado una cuestión fundamental desde el inicio. Como explica Zaffaroni, "*al penar a la mujer por el crimen de brujería se pasa a considerarla como adulta y capaz*", anteriormente era una propiedad más del hombre, indigna de ser sancionada siquiera.⁵

Por ende, en estos primeros momentos la feminidad es sólo relevante cuando desvía su rol "de cosa" y por ende es pasible de ser castigada. Recordemos ésta idea porque será frecuente y llegará hasta nuestros días con el caso elegido. Es importante que a los fines de este trabajo, resaltemos una idea que nace en el medioevo y va a ser una constante de todas las corrientes criminológicas hasta llegar hasta la actualidad: la superioridad natural de un grupo por sobre otro. La "bruja" era entendida como ser asocial, sujeto al ámbito privado y pasible de ser aniquilado por el hombre.

A medida que fue surgiendo el racionalismo, el llamado Derecho penal, y el desarrollo capitalista, la selectividad del poder punitivo no varió. En cuanto a

sexual," PUEG/ Miguel Ángel Porrúa, Colección Las ciencias sociales, Estudios de Género, México, 1996.

⁴ "*El Malleus es el libro más misógino que jamás se haya escrito. Afirma la inferioridad biológica e intelectual de la mujer, que ha sido creada a partir de una costilla curva del pecho del hombre y que, por ende, contrasta con la rectitud de éste.*" Zaffaroni, La palabra de los muertos, Ed. Ediar. Buenos Aires , Argentina, 2011, Pág. 33.

⁵ "*No hay veneno peor que el de las serpientes. No hay cólera superior a la de la mujer. Es preferible vivir con un león y un dragón, que habitar con una mujer mala, por ser más débiles en la mente y en el cuerpo, no sorprende que se entreguen con mayor frecuencia a los actos de brujería. La razón [de la debilidad está en que hubo] una falla en la formación de la primera mujer, por haber sido creada a partir de una costilla curva (...) contraria a la rectitud del hombre*". El Martillo de las Brujas, primera parte, cuestión 6', citado por Zaffaroni: 1992; Pág. 8

nuestro tema: el rol público estaba destinado al hombre y el privado a la mujer. En ese orden interno, el varón como *pater familis* poseía el poder de corrección de su núcleo familiar legitimado por la sociedad y el Estado. Como explica Foucault, el Estado comenzó a administrar los distintos aspectos de la vida del individuo, planificando su trabajo, salubridad, instrucción, disciplina social, crianza, moralidad.

Entonces el lugar de *madre* en la familia no sólo era un eslabón instintivo natural sino también una exigencia del mundo occidental a la mujer. La función reproductiva estaba íntimamente ligada a la productiva del hombre. Dentro de la familia la mujer posee una función reproductiva y socializadora entendida como el mecanismo de uniformización de conceptos, normas y principios sociales. Por ello, la sexualidad entendida como normal es la maternidad mientras que la construcción antagónica es la prostituta. Es decir, la sexualidad femenina no puede ser escindida de la función reproductiva, bajo apercibimiento de ser considerada una bruja moderna.

A partir del siglo XIX, con la consolidación de la cárcel como instrumento principal del sistema penal y el desarrollo conceptual del positivismo criminológico, la mujer continúa siendo estigmatizada por el aparato represivo, pero esta vez no por "bruja", "pecadora" u "orgiástica", sino por "loca". Cesare Lombroso y especialmente su hija Gina, fueron los responsables de teorizar al respecto.⁶ Para Lombroso *"la forma natural de regresión en la mujer es la prostitución no el crimen. Los estigmas defigurativos del delincuente nato se encontraban con mayor facilidad en las prostitutas que en el resto de la población femenina. Por ello la mujer delinque menos. Pero, por ello, la mujer delincuente nato es mucho más peligrosa que el hombre"*.⁷

En esta última corriente, la influencia darwiniana es innegable: el delincuente no es un ser humano, no ha terminado de evolucionar, se encuentra en estadio inferior, de ahí que hasta quizás sea conveniente eliminarlo. La situación para la mujer en este aspecto es doblemente complicada, aún sin ser delincuente se encuentra en un estadio de evolución inferior que permite dudar de su calidad humana, el hecho de ser delincuente la convertiría no como al hombre en un pseudo ser humano sino en una especie de animal más que extraño. *"Sería algo así*

⁶ El famoso escrito de Cesare Lombroso y su yerno Guglielmo Ferrero "la donna delinquente, la prostituta e la donna normale"

⁷ En García Pablos de Molina, Antonio, Criminología, pág 187. Citado por Bujan Antonio en "elementos de criminología en la realidad social". Pág 135

como un pseudo ser humano al cuadrado.”⁸ Sin embargo el positivismo criminológico incorpora a la mujer en el estudio de la criminología, buscando determinar su comportamiento mediante las explicaciones biológicas y psicológicas.

El concepto de *“la mala vida”* como explica Zaffaroni no es algo originado en las columnas de opinión de los periódicos modernos, sino que puede ser rastreado hacia finales del siglo XIX y en los primeros años del siglo XX.⁹ Los teóricos intentaban racionalizar las conductas consideradas normales y acudían a los prostíbulos y zonas marginales para las perversiones. Estos eslabones malignos no eran otra cosa que las prostitutas, los gays, los rateros, etc. Es decir, el mismo objetivo de represión que en la edad media.

El Derecho penal del siglo XIX refleja un mundo donde la mujer es considerada inferior al hombre, donde la transgresión no es meramente la violación de la norma sino sobre todo la violación del rol sexual. *“Por lo tanto, la función de la pena fue por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otra parte, hacer aprender a la detenida el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia”*¹⁰

A mediados del siglo XX, los llamados teóricos del sistema, como Talcott Parsons (1902-1979) explicaron que la asignación de roles sociales es un proceso de aprendizaje que por sus particularidades se llama proceso de socialización. *“El control social parsoniano, es pues, un concepto que se limita a la neutralización de las tendencias a la conducta desviada.”*¹¹ Por ende, para esta corriente de teorización, las conductas desviadas eran producto de un fracaso de la socialización (idealizada) y no como una asignación más de roles (en este caso roles indeseados, desagradables).

De modo sintético, podemos decir que luego de la concepción medieval de la mujer, las corrientes criminológicas modernas más conocidas que intentaron

⁸ Concepto tomado de MARCHA Sama – Haydee Acero Mango, en “Mujer y criminología”. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/60-61/mujer-y-criminologia.pdf>

⁹ Zaffaroni hace referencia a los trabajos sobre la “mala vida urbana”: “La mala vida en Roma (de Alfredo Nicéforo y Scipio Sighele), “la mala vida en Buenos Aires” de Eusebio Gomez (1883-1953). Op. Cit. Pág 101 y 102.

¹⁰ Roberto Bergalli y Encarna Bodelón (1992). «La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico» en: Anuario de filosofía del derecho IX, Madrid: Nueva Época, p. 58.

¹¹ Citado por Zaffaroni. Op. Cit. Pág. 206.

explicar la delincuencia femenina pueden agruparse en las siguientes categorías: aquellas que se basan en argumentos bio-psicogenéticos (dominantes aún en la actualidad); aquellas que los hacen sobre argumentos socio-psicológicos, en el supuesto de uniformidad de experiencias para todas las mujeres, y, desde 1960 aquellas que han sido llamadas sociológicas, dado que sustentan la criminalidad femenina en la desigualdad estructural de las mujeres en tanto educadas en una sociedad masculina.

Los estudios bio-psicogenéticos tienen como supuesto básico fundamental las diferencias entre hombres y mujeres que impiden la aplicación de la misma teoría criminológica a delincuentes femeninos y masculinos (Lombroso entraría aquí). Equipara a las mujeres y los niños en tanto poseen una moral deficiente y un instinto sexual muy fuerte que las hace violar la ley (prostitución). La mujer que reprime su rol maternal y reprime sus instintos sexuales disimula la desviación atávica.¹²

Otto Pollak, seguidor de esta corriente teórica, escribe en 1961 *La Criminalidad de la Mujer*, donde se intenta demostrar la relación entre las fases generativas (menstruación, embarazo o menopausia), las mujeres y el crimen. Según este autor, durante la época de cambios hormonales la mujer se hallaría más predispuesta a la comisión de delitos. Fue infinitamente contrastado contra la realidad y probado que su teoría no tiene el más mínimo raigambre empírico.

Las fundamentaciones socio-psicológicas surgieron en 1960 y suponen que las diferencias en la cantidad y calidad de los delitos perpetrados por las mujeres en relación a los hombres proviene de factores culturales más que de factores innatos. Los mecanismos de socialización, en especial al interior de la familia, llevan a los niños y a las niñas a asumir sus respectivos roles de género culturalmente mandado. Dentro de éstas encontramos la teoría del rol: las madres emplean socializaciones diferentes para preparar a sus hijos e hijas para sus futuros roles enfatizando la división sexual del trabajo.

Surge como crítica a esta postura: 1) la validez del método empleado, 2) los supuestos de estas explicaciones: a) la diferente socialización que hace a las mujeres más conformistas que a los hombres y b) la separación absoluta entre las esferas pública y privada.

¹² *"Cuando la piedad y los sentimientos maternales son lo esperado, y en su lugar son las fuertes pasiones y las intensivas tendencias eróticas, mayor fuerza muscular y superior inteligencia para la concepción y ejecución de delitos, está claro que la inocua presencia de tendencias semi-criminales en la mujer normal debe transformarse en el nacimiento de un criminal más terrible que cualquier hombre". Lombroso citado por Jackson y Griffiths: 1991:283*

Continuando, las corrientes sociológicas tienen su origen con la segunda oleada feminista en la década de 1970, y tienen su punto de atención en la relación existente entre la estructura social y la delincuencia femenina. La tesis de la liberación femenina sostiene como argumento básico que esta última trajo como consecuencia un incremento de la criminalidad de las mujeres. Esta nueva criminalidad, según Adler se originaría en un cambio de carácter de la mujer que deviene más agresiva, emprendedora: más masculina.

Las teorías de "aproximación al conflicto" señalan la existencia del patriarcado que somete a la mujer al control del marido en todos sus aspectos y que aun encuentra referencia en el derecho imperante. Como sostiene Miralles¹³ el control social que más se ejerce sobre la mujer es el informal, siendo la familia, la escuela y como institución el hospital psiquiátrico quienes más actúan sobre la misma. Foucault, en "Historia de la Locura" analiza el surgimiento de la psiquiatría y su rol en la construcción social de la enfermedad, y su permanente utilización como mecanismo de control sanitario sobre los cuerpos dóciles.

Con el surgimiento del feminismo como postura política y filosófica, y de mano de las corrientes críticas criminológicas se empezó a construir una denominada "teoría legal feminista" que buscaba analizar diversos puntos de vista sobre las relaciones entre género y derecho. No era el objetivo construir una teoría legal global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el derecho. El desarrollo del "feminismo" dentro de la teoría penal llegó a posiciones minoritarias, como el texto de Gerlinda Smaus, que encuentra una contraposición entre el abolicionismo penal y las teorías reivindicatorias de la mujer en sociedad.¹⁴ Sin embargo para conceptualizar, el feminismo como cualquier otro movimiento reivindicatorio de una porción social, no busca otra cosa que la defensa de un sector históricamente oprimido.

Bodelón Gonzalez explica que estas corrientes críticas buscaban poner en crisis ciertas estructuras estáticas dentro del Derecho referidas al género. *"El concepto de masculinidad del derecho pretende superar las carencias mencionadas. La idea de masculinidad del derecho no se refiere únicamente a la idea de hombres en el derecho, sino a la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural. Afirmar la masculinidad de derecho supone identificarlo con un conjunto de características. Esta perspectiva afirma que cuando un hombre y una mujer se enfrentan al derecho, no se produce una discriminación porque el derecho*

¹³ Miralles, Teresa (1986), "La mujer: el control informal", en Pensamiento Criminológico II, Colección Homo Sociobiologicus, Ediciones Península, Barcelona.

¹⁴ Gerlinda Smaus, "Abolicionismo: el punto de vista feminista", traducción de Mary Beloff.

*se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero en que realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos".*¹⁵

Conforme esta visión podría decirse que efectivamente existen menos registros de mujeres en conflicto con la ley penal, pero no por una suavidad del sistema sino, por los controles informales funcionan con eficacia en un ámbito muy amplio, reduciendo el margen de control formal y haciéndolo innecesario. Como explica Lucila Larradant el "*control social es un término neutro, apto para abarcar todos los procesos sociales destinados a introducir la conformidad, desde la socialización infantil hasta la ejecución de la pena. El control social consiste en las formas organizadas en que la sociedad responde a comportamientos y a personas que define como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, peligrosos molestos e indeseables*"... "*Los procesos de control social incluyen la internación, la socialización, la educación, la presión del grupo primario, la opinión pública, así como la acción de las agencias formales especializadas, como la policía, la ley y los otros poderes del Estado*"¹⁶

La rutina judicial deviene en que los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres. Sin embargo, según la autora, reforzando dicho modelo se fortalecen unas relaciones familiares en las que la posición de la mujer es de clara desventaja.

Sumario del caso

María Ramona Ovando fue imputada por el delito de abandono de persona agravado por el resultado de muerte y por el que tuvo como víctima a su hija de dos años de edad. Conforme encuadró el hecho la acusación, en la primera y segunda semana del mes de marzo de 2011 la menor comenzó a padecer algunos malestares físicos como dolores de estómago, y registraba bajo peso y una

¹⁵ Encarna Bodelón González. "GENERO Y SISTEMA PENAL: Los derechos de las mujeres en el sistema penal". Universitat Autònoma de Barcelona)

¹⁶ Citado por BIRGIN, Haydeé. (2000) El derecho en el género y el género en el derecho, Buenos Aires, Editorial Biblos. Pág 87.

aparente "desnutrición crónica". El 8 de marzo de ese año, la Sra. Ovando llevó a su hija en brazos al hospital de su localidad.

Presumiblemente en el trayecto, la madre dejó abandonada a la niña, y se produjo el deceso. El cuerpo fue encontrado en una excavación de 15 cm de profundidad cubierto por tierra. Luego la Sra. Ovando regresó a su casa al mediodía, y le dijo a su concubino en el viaje había encontrado a la abuela paterna de su hija, y que le hizo entrega a de la misma para su cuidado.

Como dato relevante del caso, es importante destacar que María Ramona Ovando es madre de 11 hijos, y al momento del deceso de Carolina se encontraba embarazada. La familia Ovando convivía en una situación de indigencia extrema. La subsistencia de la familia se basaba en el trabajo en una cantera (romper piedras con una maza) que la madre realizaba (aun estando embarazada). Finalmente la mujer fue absuelta, luego de dos años en prisión preventiva, por no haberse podido comprobar la causa de fallecimiento y el nexo causal entre la puesta en peligro de la menor y el resultado. El tribunal diferenció *"el abandono de persona del mero abandono de deberes o **abandono moral**"*.¹⁷

Análisis criminológico

Al fin y al cabo, ¿qué es lo que le reclama el sistema represivo del Estado a la imputada? ¿el resultado muerte, o la desviación del rol "instintivo de proteger a sus crías"? Parecería ser que la discusión en estos casos subyace en principios morales. Es decir, que se debe dilucidar si ese acto que el Estado liberal está considerando inmoral es pasible de ser sancionado. Pero ¿qué es un acto inmoral?

Existen dos dimensiones de la moralidad, una es la pública, social o intersubjetiva, la cual puede ser concebida como el conjunto de reglas que prescriben el comportamiento de uno hacia terceros: "prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de su agente", mientras que la otra es la privada, personal o autorreferente, según la cual estará compuesta por los ideales de excelencia humana o modelos de virtud personal que "prescribe o prohíbe ciertas acciones o planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter de su propio agente según ciertos modelos de virtud".¹⁸ . Las constituciones liberales representaron en su mayoría que, el Estado,

¹⁷ Cons. 11° de la sentencia.

¹⁸ Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, página 5.

solo debería activar su maquinaria represiva en el caso que exista afectación a terceros, la segunda "inmoralidad" no es pasible de sanción.

Gargarella explica que *"el constitucionalismo conservador o proteccionista (...) resulta de una combinación de autoritarismo político e imposición de valores morales. (...) Una postura perfeccionista (...) se distingue por asumir, por un lado, que existen ciertas concepciones del bien objetivamente más valiosas que otras; y, por el otro, que tales concepciones deben prevalecer, más allá de cuales sean las preferencias ciudadanas al respecto: lo "bueno" se define aquí con independencia de las opiniones de los individuos. De acuerdo con el perfeccionismo, los individuos deben orientar sus vidas conforme a las mejores pautas y es por ello que la autoridad pública (que, se asume también, debe estar comprometida con la defensa de aquellas formas de vida más valiosas) se encuentra obligada a hacer uso del poder coercitivo del que dispone, de modo tal de asegurar que los individuos vivan del modo apropiado. Asegurando que los individuos vivan vidas buenas se asegura además el bien de toda la comunidad".*¹⁹

Desde el punto de vista del tradicionalismo liberal, "el instinto maternal" no podría ser pasible de ser fundamentación para una acusación criminal de ninguna manera. La mención inconsciente entre lo que la sociedad considera la "buena y mala vida" es notable en el proceso de María Ovando. El fiscal utiliza como ejemplo el caso de una mujer que tuvo no once, sino catorce hijos, que vivió en la pobreza y que pudo salir adelante sin que muera ninguno. Es decir que el Estado, en palabras del fiscal, está otorgando los roles y reprimiendo la desviación de ellos. La hipocresía del discurso es tal que no se encuentra asqueado por la situación de vulnerabilidad debido a la incapacidad estatal para poder otorgarles a sus ciudadanos un mínimo de dignidad, sino que utiliza como ejemplo dicha marginalidad para esbozar un "deber ser" a las claras absurdo.

Dijimos ya, que para el sistema patriarcal occidental, el lugar de la mujer es dentro de la familia y en el ámbito privado. También mencionamos que el capitalismo distinguió la función "máquina de producción" del hombre de la de la mujer "máquina de reproducción". Es decir que la visión que se tuvo sobre el género femenino nunca fue escindido de su rol materno. El control social de la mujer con respecto a su familia es tan grande que aun cuando la mujer era víctima se medía el daño al bien jurídico en función de la familia. La violación sexual destruía el "honor familiar", no la libertad sexual del ser humano que estaba siendo atacado. Por ello, la relación entre la mujer y su núcleo familiar determinará, cuándo será protegida por el Estado y en su caso, castigada.

¹⁹ Gargarella, Roberto, Los fundamentos legales de la desigualdad, Siglo XXI Editora Iberoamericana, Buenos Aires, 2.008, capítulo 5, páginas 85 y 87.

En "Ovando", la acusación se basó casi absolutamente en el rol de madre de la imputada. El fiscal textualmente expresa: *"la estructura jurídica es mucho más importante que la situación de pobreza, situación que se tendrá en cuenta" "El abandono de persona tiene en cuenta primordialmente el deber de la madre hacia su hijo, razón de ser de la raza humana, proteger instintivamente a sus crías. Eso está reflejado en las normas supranacionales, Pactos Internacionales de Derechos Humanos están asegurando el derecho de asistencia"*.²⁰

Por otro lado, sería incompleto el análisis, si no se mencionara la doble selectividad de la imputada y de la gran mayoría de las mujeres que están en conflicto con la ley penal. Recordemos que la mayoría de los casos de infanticidio y aborto fueron realizados por mujeres que no pertenecen a la clase media y baja, sino que son víctimas de la desidia del Estado. Son, por lo general, mujeres muy humildes, abandonadas por su pareja, con muchos hijos y sin recursos físicos y emocionales para poder sobrellevar el estado traumático que acciona la conducta delictiva. Es posible hacer un paralelismo en estos casos y sería imposible negar que siempre existe una situación sumamente traumática anterior al accionar delictivo de la mujer.

El Estado desde el último gobierno militar hasta comienzos del siglo XXI, período signado por las recetas neoliberales dictadas desde el occidente desarrollado, se sumergió un proceso de pauperización social, cuya curva ascendente no parece detenerse. El Estado benefactor típico de la posguerra fue abandonado y con ello, la función social que aquel desempeñaba: en su lugar ingresó un gendarme que interpreta los conflictos en clave criminal antes que política, al tiempo que se retira de áreas clave como la salud.²¹ Si bien han existido numerosos avances sociales en las épocas recientes, la pobreza estructural ("nucleo duro" para algunos) no ha desaparecido.

El caso de las mujeres, líderes de familia que se encuentran en situación de marginalidad es paradigmático. Ha sido uno de los focos más sensibles en el que la asistencia social ha puesto insumos, entiendo que si la madre percibe una infusión económica el margen de desnutrición, deserción escolar, criminalización disminuye. A su vez, la representación violenta machista genera que muchas veces las mujeres

²⁰ Pág. 47 de la sentencia.

²¹ En palabras de Zaffaroni *"la generación de un amplio y creciente sector excluido de la economía. La relación explotador – explotado ha sido reemplazada por una no relación incluido – excluido...El excluido no es el explotado: el último es necesario al sistema; el primero esta demás, su existencia misma es innecesaria y molesta, es un descartable social."* ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "En torno a la cuestión penal", Ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

que delinquen en esta clase delitos hayan sido víctimas pasibles de ser protegidas por el Estado. La mayoría- María Ovando por ejemplo- fue abusada, golpeada y sometida por un hombre. La hipocresía es tal, que el mecanismo represivo se activa de una manera distinta conforme el lado que se encuentre del mostrador la mujer.

El grado de discriminación en los argumentos utilizados para perseguir a Ovando, son propios de las teorías criminológicas antes descritas. Conforman una clara violación al principio de igualdad puesto que un hombre en la misma situación no podría ser acusado de "mala madre" o necesidad de ser "una madre irresponsable al cuidado de sus hijos". De hecho, su concubino nunca aparece en el argumento de la acusación.

Si bien Ovando fue absuelta, pareciera que si el plexo probatorio hubiese sido más robusto no hubiese podido escapar de una condena. La sentencia no puso en crisis el argumento por el que se condena a la mujer. La presencia de estereotipos fue naturalizado aun en su absolución contrariando lo establecido por el artículo 75.22 de la Constitución nacional -Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer-.

Por otro lado, no es un dato menor que Ovando haya pasado dos años en prisión preventiva, lo que torna relativa la absolución. La prisión preventiva fue dispuesta no por una necesidad frente a la imposibilidad de aplicar otras medidas cautelares alternativas, sino porque se hallaba en situación de vulnerabilidad económica social, exacerbada por el género, lo que transforma una medida cautelar, que tendría que ser excepcional, en una pena anticipada al juicio.²²

Como todas las personas en situación de vulnerabilidad, se aplica la prisión preventiva porque tienen menos concepción de sus derechos y porque su propio estado de vulnerabilidad es juzgado negativamente a la hora de decidir sobre su libertad. María Ovando no tenía la mínima posibilidad económica para fugarse del país, ocultarse o evadir el sometimiento al que la forzó el poder judicial. En otros términos, la prisión preventiva intenta funcionar como un instrumento invisibilizador de una realidad social compleja que excluye a miles de personas del goce de los derechos básicos del ser humano, bajo la anuencia de un Estado desentendido que no se hace presente cuando los conflictos, producto de la propia vulnerabilidad, comienzan a manifestarse (en el caso "Ovando", la desnutrición).

²² Es llamativa la similitud con el caso de Librada Figueredo, quien permaneció privada de su libertad durante casi dos años a la espera del juicio que concluyó en su absolución. (Tribunal Penal Nro. 1 de Eldorado, autos "Figueredo, Librada", 13/08/2004 Publicado en: LLLitoral 2005 (mayo), 387.)

A su vez, no fue atendido siquiera que la Sra. Ovando se encontraba en periodo de lactancia al ser detenida. Es necesario asignar importancia al hecho de que casi la totalidad de las mujeres privadas de la libertad son madres y, en su mayoría, de más de tres hijos (CELS, DGN, PPN y 2011). Esas madres responden al patrón cultural imperante en la sociedad, que reserva a las mujeres el rol de ser las principales responsables de la crianza y cuidado de los niños para quienes ser alejadas de sus hijos implica una aflicción más a las muchas que genera la privación de la libertad. Ese impacto no sólo lo sufren las mujeres, sino también los propios hijos. Este plus de sufrimiento debe ser valorado a fin de evitar arbitrariedades y violaciones al principio de trascendencia mínima de la pena y los derechos del niño.

Análisis jurídico del caso

María Ovando fue imputada por el delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo (artículo 106 párrafo 1° y último párrafo en función del artículo 107, Código Penal).

El elemento típico objetivo del delito requiere que el sujeto activo se encuentre obligado a realizar una acción que evite el resultado. Es por ello que pertenece a uno de los casos omisivos. Podrá ser sujeto activo aquel que se encuentre en posición de garante con el sujeto pasivo, conforme ha determinado tradicionalmente la doctrina.

La situación típica entonces queda configurada cuando el sujeto pasivo se encuentra en una situación que supone un peligro para su vida o su salud de no mediar la intervención del sujeto activo. La realización de la acción indicada en la norma es debida sólo en la situación típica. Por ello, de la existencia de esa circunstancia depende la vigencia del deber.

En cuanto a la omisión, ésta debe ser la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada conforme el núcleo del tipo objetivo. Se trata de una obligación de hacer -mantener o cuidar, prestar cuidados que no se cumple -al abandonar- pero que sólo es impuesta respecto de ciertas personas. La omisión típica tiene lugar cuando el sujeto activo realiza una conducta distinta de la debida (intentar salvar el bien jurídico protegido) y así abandona a su suerte al sujeto pasivo.²³A su vez, el actor debe tener la posibilidad de realizar la conducta debida de manera efectiva.

²³ D'alessio, Andrés José, Código Penal anotado y comentado. Tomo 1. Ed. La Ley. 2004 Pág 95.

En cuanto a la faz subjetiva, es necesario el dolo del autor que desee el objetivo y comprenda la situación en la que está la víctima, las posibilidades de realizar la conducta debida, y su posición de garante. Es decir, que debe existir dolo directo de abstenerse de ayudar al sujeto pasivo. En este caso se imputa la agravante de resultado muerte. Para Donna, el resultado el resultado muerte, necesariamente, debe tener alguna relación subjetiva con el abandono, que de acuerdo a la redacción de la norma sería el dolo eventual.²⁴ Para Zaffaroni, el dolo en la omisión puede ser directo o eventual. Respecto de la omisión impropia, considera que habiendo tipos omisivos impropios escritos, no habría razón por la cual deba existir una fórmula general de equivalencia para elaborar analógicamente los que no han sido escritos y que, de existir, ella sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*.²⁵

Es interesante lo expuesto por el autor español Quintero Olivares respecto al temado del dolo y su construcción teórica: *“Los pasos siguientes son, en cambio, muy discutibles en su bondad y en su pretensión de “avances”. Hoy asistimos a una permanente reformulación de lo que se debe calificar de conducta “dolosa” en la que cada vez más aparecen razonamientos propios de quien admita la “responsabilidad objetiva”, supuestamente superada en nuestro derecho desde la reforma de 1983. (está hablando del caso de España) Claro que nadie invoca o siquiera habla de responsabilidad objetiva, pero salta a la vista la preocupación por alcanzar formulaciones que sean “prácticas”, y ahí anida la tentación de reducir el contenido del dolo en busca de lo que sea «más fácil de probar» en el proceso, idea que no es en absoluto nueva. Eso incluye, en mayor o menor medida, el recurso a las presunciones —especialmente cuando se habla de imputación de resultado por conocimiento potencial de su probabilidad o de la conciencia del riesgo inherente a la acción—, con la finalidad de que se sustituyan aquellos elementos (cognoscitivo y volitivo) que sólo son útiles si se abren otras vías para declarar su concurrencia. Con esta crítica no quiero cuestionar la importancia de que en el proceso sean valorados aspectos subjetivos del suceso como son la aceptación del riesgo con la decisión de actuar, o la lógica potencialidad del conocimiento del resultado posible, o la decisión contra la norma. Pero si eso no se lleva con enorme cautela se alcanzará la peor consecuencia, a saber: no sólo que desaparecerá la indagación sobre la psique del sujeto, que es tarea difícil, aunque*

24 DONNA, Edgardo Alberto, *“Derecho Pellal, Parte Especial”*: t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999. Pág. 284.

25 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGLA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *“Derecho Penal, Parte General”*; 2ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2002. Págs. 581/582.

no por ello hay que renunciar a intentarla, sino sobre todo que será casi imposible diferenciar la conducta dolosa de la conducta imprudente”²⁶

Lo descripto por el autor, nos lleva a considerar que cuanto mayor es la gravedad del injusto doloso imputable, sólo puede entenderse que el autor ha querido dañar los bienes jurídicos en esa magnitud. Por lo tanto no se puede renunciar a todo componente volitivo y psíquico mediante la búsqueda de atajos teóricos que en definitiva crean una automaticidad en la interpretación dogmática. Si se deja de exigir el vínculo de volición entre acción y resultado, dejará de tener sentido la distinción entre dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, pues el dolo se configurará únicamente con el elemento cognoscitivo y se recuperarán, como subraya el mencionado jurista, las consecuencias propias de razonamientos abandonados en las últimas décadas, esto es: la combinación de la concepción voluntarista del dolo con unas partes de responsabilidad objetiva.

Con respecto al elemento cognoscitivo, volvamos al caso de María Ovando: ¿qué posibilidad efectiva tenía la imputada para representarse el resultado de la muerte de su hija? Todos sus hijos crecieron de igual manera, en la misma indigencia (12 hijos). No existió ninguna otra muerte en su familia por desnutrición, por lo tanto ¿es tan claro para ella como nosotros- aparentemente- la inminencia del resultado? Los otros hijos también presentaban falta de higiene, enfermedades, falta de documentación, y no murieron. La situación de Ovando de alguna manera relativiza el dolo que necesita el tipo penal para concretarse, y no es tan claro que el resultado pueda tener una representación efectiva en ella.²⁷

Por otro lado, recordemos que la madre fue en busca de asistencia médica para su hija tornando menos fuerte aún la postura acerca de su voluntad en abandonar a la pequeña. En otras palabras el conocimiento, del estado de peligro, no era otro que el estado en el que convivía ella y el resto de sus hijos todos los días (una situación que no solamente fue naturalizada por ella, sino también por el

²⁶ QUINTERO OLIVARES, «Las vicisitudes del dolo y la subsistencia de la preterintencionalidad », en Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón), Tomo II, directores Carbonell Mateu, González Cussac, Orts Berenguer, Valencia 2009, Págs 1583 y 1584.

²⁷ *“el delito de abandono de persona es un tipo doloso omisivo, que requiere el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, por lo que si no hay conocimiento de la situación de abandono no se puede querer abandonar”.*²⁷ CNCrim. y Correc., sala VI, 1992/05/29, “D. de C., M.”, La Ley, 1992-E, 340 - DJ, 1992-2-840”. Citado por D'Alessio, Andrés José, Análisis del art. 106 del Código Penal.

resto de la sociedad y el Estado ausente) y la voluntad de abandonar tampoco resulta obvia como se dijo. Parecería ser, en términos simples, que María Ovando "hizo lo que pudo" por su hija.

La culpabilidad

Donna explica que la culpabilidad tiene directa relación con el principio de legalidad. Es más, ella existe en relación a la legalidad penal. De modo que si toda la dogmática penal es una imputación al autor de su acción – omisión y del resultado de ellas, es claro que en un momento dado se exige que este autor haya tenido la posibilidad real de conocer su injusto.

En palabras de Hirsch, que *"la culpabilidad como reprochabilidad o, mejor dicho, como reconocimiento de una circunstancia culpable que justifica la valoración de "reprochable", contiene como presupuesto necesario la evitabilidad individual del hecho. Se afirma que la imputación del ilícito a una persona sólo es procedente si ésta está vinculada individualmente con el ilícito realizado a través de la posibilidad de reconocer la contrariedad a la norma de su comportamiento y de motivarse conforme a ella. De no ser así, la comunidad no podría (debería) dirigirse a esa persona con su respuesta al ilícito, ella no tendría que ser responsabilizada por su hecho"*²⁸.

Para no hacer extenso el análisis centrémonos en el problema de la libertad que limita el ámbito de autodeterminación de la persona. Donna cita a Kaufmann y explica que *"La libertad no puede ser... puesta en tela de juicio de manera general. El problema – particularmente en el Derecho penal- es, no obstante, si ante el caso concreto el hombre decidió libre y responsablemente, y cómo se puede constatar esto"*.

Es preciso, antes de continuar el análisis, analizar si Ovando se encontraba en una situación de vulnerabilidad entendida como "concreta posición de riesgo criminalizante en que la persona se coloca"; estado que se integra con los "datos que hacen a su status social, clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se le aplica, etc" ²⁹. Resulta obvio que la respuesta es afirmativa.

²⁸ Hirsch, Hans Joachim, El principio de culpabilidad en el derecho Penal, en Hirsch, Derecho Penal, Obras Completas, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires- Santa Fe, 1999, T°I, p 149 y ss .Pág. 153/154

²⁹ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl - Alagia, Alejandro - Slokar Alejandro, Op. Cit. Págs 11 y 624.

Tomando el concepto que acerca Zaffaroni: *“Los datos sociales señalan que la selectividad criminalizante es arbitraria y que recae sobre las personas vulnerables que resultan criminalizadas por su vulnerabilidad y no por el delito cometido. La vulnerabilidad depende a) un estado de vulnerabilidad que se integra con las características personales del autor (estereotípicas, clasistas, étnicas, de instrucción, etc.) y b) el esfuerzo personal que la persona lleva a cabo para alcanzar la situación de vulnerabilidad (las condiciones que en la circunstancia concreta la hicieron vulnerable). La distancia entre estado y situación de vulnerabilidad es, por lo general, inversamente proporcional al poder de que dispone la agencia responsable para reducir la cuantía del poder punitivo que emerge del indicador de la culpabilidad del acto. La agencia es responsable por el agotamiento de este espacio de su poder. Cabe denominar a este espacio de poder jurídico reductor, culpabilidad por vulnerabilidad. Este concepto de vulnerabilidad , presenta varias ventajas (a) modifica la indicación por la pura culpabilidad del acto, pero no perturba el concepto de ésta en cuanto a la función reductora que debe cumplir en la teoría del delito (b) Es inoficioso preguntarse si es culpabilidad de acto o de autor, porque sólo puede tener un efecto reductor (c) No legitima ni relegitima el ejercicio del poder punitivo, sino que, al implicar el agotamiento del espacio de poder decisorio de la agencia, legitima sólo su decisión”³⁰*

Por otro lado, en Ovando existen múltiples etiquetas negativas que le demandan el cumplimiento de roles acordes. Por lo tanto le exigen un o comportamiento negativo a la vez. Esto configura un enorme estado de vulnerabilidad. Es decir, a María Ovando ya se la determino como “mala madre” aún antes que el sistema penal pusiera interés en ella. Por lo tanto los operadores judiciales, como en la mayoría de los casos donde prima el pensamiento acrítico, solo reflejaron la asignación de roles ejerciendo el poder punitivo del Estado (por ejemplo mediante la prisión preventiva).

Es necesario hacer un paréntesis referido a si este análisis no estaría deviniendo en una mirada acerca de la personalidad del autor que pueda ser tildada de derecho penal de autor es claro que Zaffaroni en cuanto *“lo que el principio liberal de culpabilidad de acto impone es que no se tomen en cuenta características de personalidad o de carácter para habilitar un poder punitivo que exceda el marco de la culpabilidad de acto es decir el indicado por el puro reproche del acto. En modo alguno este principio impediría que puedan tomarse en consideración estas características para imponer una pena menor que la indicada por esa culpabilidad de acto pura”*.

³⁰ ZAFFARONI. Op. Cit. Págs. 391 y 392

Entendiendo que los tipos penales describen conductas y conociendo que en la práctica un espacio de arbitrariedad para seleccionar personas. El discurso penal es de acto, pero el ejercicio del poder punitivo es de autor. No es loco pensar a cuantas mujeres la sociedad le podría reprochar las mismas conductas que a Ovando, pero existe una arbitrariedad en la selección que hace el poder punitivo con los más vulnerables.³¹

Es una postura creciente en la doctrina la que opina que a nadie puede reprochársele su estado de vulnerabilidad, sino sólo el esfuerzo personal que haya realizado para alcanzar la situación de vulnerabilidad .Y, conforme explica Zaffaroni este esfuerzo puede ser de muy diferente magnitud:

"a) Son excepcionales los casos de quienes parten de un estado de vulnerabilidad muy bajo y hacen un esfuerzo extraordinario hasta alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. No siempre, pero muchas veces, estos esfuerzos extraordinarios obedecen a retiros de cobertura precedidos por luchas de poder

b) También son poco comunes los casos de personas que partiendo de un estado de vulnerabilidad alto, y aunque les hubiese costado muy poco alcanzar la situación concreta, sin embargo realizan un esfuerzo descomunal, que los lleva a ella. Por lo general se trata de supuestos que están cerca de la patología y que llevan a cabo hechos aberrantes.

c) Pero el grueso de los criminalizados no realiza grandes esfuerzos por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, pues parten de un estado bastante elevado y les basta muy poco para que se concrete en ellos la peligrosidad del poder punitivo, dado que lo más sencillo es seleccionar a quienes andan por la vía pública ostentando sus caracteres estereotípicos. Es un esfuerzo a veces insignificante el que hacen para que el poder punitivo concrete su peligrosidad en ellos."³²

Claramente el ámbito de autodeterminación de Ovando se encontraba reducido, y por ende el grado de reproche por su conducta debe ser minimizado al máximo conforme lo expuesto. Si la culpabilidad es tomada tradicionalmente como un límite al poder punitivo, ligado al principio de legalidad, entonces debe ser la

³¹ "La peligrosidad del sistema penal se reparte según la vulnerabilidad de las personas, como si se tratase de una epidemia." EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Culpabilidad por la vulnerabilidad". 2007. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm

³² ZAFFARONI. Op. Cit.

razón de ser la pena. No para legitimarla, sino para que exista un contenido ético que limpie de hipocresías una práctica que en la actualidad es absolutamente inquisitorial. En definitiva, ¿qué posibilidades reales tenía Ovando de motivarse en la norma que le demanda la sociedad y que responde a roles estereotipados patriarcales?

Pena natural

Por último debemos tomar un argumento que expone la Defensa en su alegato, y que es rutinario en las cuestiones criminales con base en razones de género. ¿A quien se le murió un hijo? ¿A la sociedad? ¿Es tanta la necesidad de castigo por la desviación en la conducta como para imponer más pena? ¿Cual es el verdadero fin?

“Se llama poena naturalis al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un quantum que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad”³³. No existe caso más absurdo que este, y sin embargo se le aplicó la pena anticipada de dos años en prisión preventiva.

“La importancia de la pena natural encuentra también sustento en el principio de humanidad, en virtud del cual se encuentran proscriptas las sanciones crueles, inhumanas o degradantes (artículo 18 C.N.), y también en los criterios de necesidad real de la pena, estrictamente vinculados con la racionalidad de su aplicación. En esta línea, una pena puede no ser cruel en abstracto, o sea, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resultar cruel en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias. Así ocurre cuando ella ha sufrido un grave castigo natural, es decir, cuando ha padecido en sí misma las consecuencias de su hecho”³⁴.

Muchos Códigos procesales han encontrado en la disposición de la acusación (los llamados criterios de oportunidad) una solución para los casos de la pena natural. Hoy en día, nuestro Código Procesal Penal provincial en su art. 60 inc. c la suspensión de la acción cuando “las consecuencias del hecho sufridas por el

³³ Cfr. Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit. Pág. 952.

³⁴ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala II, causa n°19.007, caratulada “B., J. S. s/recurso de casación”.

imputado tornan innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público". Si bien, existen numerosas críticas procesales (puesto que no es una verdadera disposición de la acción penal, sino una mera suspensión hasta la prescripción de la causa) y de indeterminación legislativa ("razones de seguridad" e "interés público") al momento de la sustentación del caso "Ovando" esta reforma no estaba vigente.

Sin embargo, ha sido admitido en nuestro país al momento de la imposición de una pena en gran medida en los casos de hechos culposos con algunas excepciones.³⁵ Desde cualquiera de las teorías de la pena, la solución por la no aplicación de castigo puede ser fundamentada:

En las teorías retributivas absolutas, Kant explicaba que el individuo no puede ser utilizado para otros fines porque es un fin en sí mismo. En la historia de humanidad esta idea represento un límite a la capacidad de castigo del soberano. Por ello, cuando el fin retributivo no tendría sentido puesto ya existió una pena anticipada de forma natural.³⁶

En lo que respecta a la prevención general (argumento utilizado por el fiscal) el conocimiento del daño de la pena natural ya resultaría en una coacción positiva para el resto de la sociedad. Por ende, la imitación de la conducta resultaría desalentada por las consecuencias que la conducta del autor tuvo para él mismo. Finalmente es posible decir, que por principios de equidad, humanidad y proporcionalidad³⁷, resulta inaplicable una pena en este caso.

³⁵ TERRAGNI menciona un fallo del Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata en donde se discutía la conducta delictiva de un propietario de un comercio consistente en utilizar un arma de fuego no registrada y de la que no contaba con autorización legal para su tenencia y/o portación, para repeler un robo a mano armada, matando a uno de los delincuentes en ejercicio de la legítima defensa. Tras los hechos debió mudarse junto a su familia en virtud de las amenazas vertidas por el entorno del fallecido. En el caso analizado, los jueces no sólo que tomaron en cuenta la gravísima situación de riesgo personal vivida por el encartado y su esposa al momento de perpetrarse en su domicilio un intento de robo a mano armada, sino que además consideraron la inexistencia de un interés social que pudiere quedar afectado con la absolución, toda vez que ha sido el propio imputado y su grupo familiar primario quienes se han visto obligados a abandonar la ciudad en la que tenían registrado su domicilio permanente, para trasladarse, en condiciones precarias a otra ciudad. Así, el imputado fue absuelto por aplicación del instituto de la pena natural.

³⁶ Desde el punto de vista de la retribución también podríamos decir que no tiene propósito una pena cuando ya existió la pena anticipada de la prisión preventiva, pero es materia de otro trabajo.

³⁷Beccaria diría que *"deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo."*

Conclusión

Se ha intentado en este trabajo, mediante un caso concreto, demostrar que mediante decisiones actuales de tribunales siguen vigentes conceptos patriarcales cuya raigambre puede ser rastreado al medioevo. La reivindicación de derechos de las minorías oprimidas ha tenido conquistas, y el feminismo es un movimiento que ha sido responsable de muchas. Sin embargo la asignación de roles continúa siendo una herramienta de control social.

María Ovando es un símbolo de que la sociedad actual no quiere tolerar la desviación de roles de la mujer. Tantos otros casos siguen estos mismos patrones, donde se somete a las víctimas del sistema represivo del Estado a múltiples vejaciones. En las mujeres, la vulnerabilidad se acrecienta, antes, durante y después de ser afectadas por el Poder Penal.

Es de suma importancia encontrar nuevas miradas respecto a la selectividad del sistema, en lo que hace a las cuestiones de género y desenmascarar las razones ocultas de la criminalización. Estos casos no son reconocidos como "violencia de género" por la sociedad, porque la incomodidad que genera realizar un análisis crítico más profundo.

Más allá de las posibles modificaciones legislativas habrá que incorporar un cambio cultural de los operadores jurídicos, un nuevo conjunto de medidas procesales que garanticen los derechos de las mujeres víctimas e imputadas durante los procesos penales, además de una interpretación coincidente con los principios aquí expuestos y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sino, seguiremos criminalizando la brujería.