



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Mujeres víctimas de violencia de género ¿sin derecho a defenderse?

Autora: Federica Vitale

Legajo: 27.254

Mentora: María Laura Roteta

Victoria, 30 de julio de 2020

A mi madre, por enseñarme a utilizar mis alas para volar y darme

la libertad para hacerlo;

A mi padre, familia y amigos, por el apoyo incondicional en el

recorrido de mi vida universitaria;

A la Universidad de San Andrés, por brindarme todas las

herramientas y valores para crecer y formarme personal y

profesionalmente;

A las mujeres que luchan por nuestros derechos, porque me

inspiran a hacerlo;

A Romina Pzellinsky, quien está a cargo de la Dirección General

de Políticas de Género del MPF, por haber facilitado gran parte

del material jurisprudencial.

A mi mentora, Laura, por aceptar guiarme en este trabajo.

Resumen

El análisis de la concurrencia de los requisitos legales exigidos para tener por configurada la legítima defensa resulta problemático en aquellos casos donde mujeres víctimas de violencia de género llegan a los estrados de los tribunales en calidad de imputadas por haberse defendido de su agresor. Las principales causas de este problema la constituyen el desconocimiento del fenómeno de la violencia de género y la falta de perspectiva de género en la interpretación de aquellas normas formuladas de manera pretendidamente neutral. En este sentido, además, cuestionaré la conveniencia de utilizar estándares diferenciados para estos supuestos

En este trabajo, expondré las razones que demandan la necesidad de interpretar el instituto de la legítima defensa, regulado en nuestro Código Penal, a la luz de una perspectiva de género que permita contextualizar el caso concreto para comprender acabadamente los hechos.. Así, el objetivo que aquí persigo es sostener que los estándares actuales para la legítima defensa son suficientes si son interpretados según el contexto de violencia doméstica, tanto para cumplir con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado argentino como así también para evitar condenas injustas que invisibilicen y revictimicen a las mujeres.

Universidad de
San Andrés

Índice temático

Introducción	5
I. Cuestiones relativas a la legítima defensa	7
A. Análisis dogmático y tratamiento doctrinal del instituto de la legítima defensa	7
1. Agresión ilegítima	9
2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla	10
3. Falta de provocación suficiente	11
B. Aplicación neutral de la norma no es necesariamente sinónimo de igualdad	11
II. Cuestiones relativas al concepto de violencia de género	16
A. La violencia de género como una forma de violación de los Derechos Humanos de las mujeres	16
B. La importancia de analizar el contexto de violencia de género en los casos de mujeres maltratadas que se defienden	23
III. Importancia de interpretar y contextualizar los requisitos de la legítima defensa para casos de mujeres víctimas de violencia de género	27
A. ¿Es correcta la aplicación de estándares diferenciados?	29
B. Los estándares actuales y su (in)adecuada interpretación	34
1. La agresión ilegítima en la jurisprudencia	35
2. El requisito de la necesidad racional del medio empleado en la jurisprudencia	40
IV. Reflexiones finales	44
Bibliografía consultada	48

Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que podamos defendernos legítimamente ante el ataque de una persona. Sin embargo, esta posibilidad no resulta tan clara en algunos casos de mujeres que son víctima de violencia de género, pues la aplicación pretendidamente neutral de la norma ante la falta de perspectiva de género en estos fenómenos, lejos de concederles un derecho a defenderse provoca que se las condene y revictimice.

A pesar de que las estadísticas demuestran que los casos de violencia de género son muchos¹, todavía encontramos decisiones judiciales que desconocen dicha situación de vulnerabilidad y discriminan a las mujeres que lo padecen. Cuando las mujeres víctimas de violencia de género llegan a los estrados de los tribunales en calidad de imputadas por haberse defendido de su agresor, en muchos casos no se interpreta que actuaron en su legítima defensa y, por ende, resultan condenadas por el delito de homicidio- generalmente agravado por el vínculo- en los supuestos en los que se produce la muerte. Ello demanda la necesidad de interpretar el instituto de la legítima defensa, establecido en nuestro código penal, a la luz de una perspectiva de género que obligue a contextualizar el caso concreto para dar una respuesta justa. Cabe aclarar que a los fines de este trabajo serán utilizados como equivalentes los conceptos de violencia de género, violencia contra las mujeres, violencia intrafamiliar y/o doméstica.

Expuesto lo anterior, me adelantaré a decir que el objetivo de este trabajo es advertir que, en los casos de mujeres víctimas de violencia doméstica que se defienden de sus agresores, no es suficiente con comprobar la (in)existencia de los requisitos legales exigidos para tener por configurada una legítima defensa. Esto es porque ante casos de violencia de género, donde los ataques y las agresiones trascienden el momento específico que dio lugar a que la mujer tuviese que defenderse, merecen especial atención los

¹ INDEC (2019). Entre 2013 y 2018 se registraron 576.360 casos. Los vínculos de la víctima con un agresor que corresponde a las categorías “pareja” y “expareja” representan el 82,1% del total de casos de violencia contra las mujeres registrados.

antecedentes de violencia y el contexto en el que el desenlace fatal sucedió para poder comprobar el (in)cumplimiento de los requisitos de la legítima defensa. Es decir, ante un fenómeno que, como tal, va más allá del momento concreto de la agresión y a la respuesta defensiva de la mujer, una solución adecuada es la de interpretar estos presupuestos legales en el contexto violento de agresión permanente en el que están inmersas las mujeres para poder comprender su percepción del peligro y la necesidad de defensa. Para lograr este razonamiento contextual es preciso una línea de investigación integradora de todos los aspectos de la vida de la mujer sometida a la violencia y también la de su agresor. Sólo ante una contextualización correcta de la situación, el derecho podrá dar respuestas más justas.

Para comprender la problemática que pretendo abordar es pertinente que en primer lugar, por cuestiones metodológicas, exponga sucintamente el tratamiento dogmático y doctrinario que ha recibido el instituto de la legítima defensa. En segundo término, se explicará la problemática que subyace a la formulación pretendidamente neutral de los estándares de la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género y las dificultades probatorias que ello acarrea. En tercer lugar analizaré, bajo el marco normativo correspondiente, las razones que obligan a observar en estos casos el contexto violento. Para ello, estudiaré las disposiciones pertinentes de la normativa nacional e internacional de Protección de los Derechos de las Mujeres.

En la tercera sección abordaré la necesidad de interpretar y contextualizar los requisitos de la legítima defensa para casos de mujeres víctimas de violencia doméstica. Allí cuestionaré la conveniencia de utilizar estándares diferenciados para estos supuestos y explicaré que la incorporación del contexto de violencia doméstica como factor clave de análisis basta para interpretar correctamente los requisitos de la legítima defensa acorde a una perspectiva de género. Para ello utilizaré jurisprudencia de tribunales argentinos de todas las instancias con el afán de visibilizar cómo varían las decisiones judiciales cuando se incorpora como factor principal de análisis el contexto violento que determina el desenlace en estos casos y cómo, en consecuencia, los estándares actuales para la legítima defensa son suficientes si son correctamente interpretados según dicho contexto. Para concluir, se resaltaré la necesidad de incluir la investigación con perspectiva de género tanto para cumplir con las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado argentino como así también para evitar condenas injustas.

I. Cuestiones relativas a la legítima defensa

El objetivo de este trabajo es abordar las cuestiones problemáticas que plantean los casos de mujeres que se defienden de sus parejas en un contexto de violencia doméstica. Por ello, considero importante exponer someramente algunos conceptos relevantes para facilitar su comprensión.

En primer lugar, es pertinente realizar un breve análisis de las categorías básicas de la teoría del delito, ya que su comprensión es necesaria para situar el estudio de la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia doméstica. Ello es así porque la legítima defensa puede considerarse un “permiso” o “autorización” excepcional para realizar una conducta, en principio, prohibida por la ley penal. Por lo tanto, previo al análisis del instituto de la legítima defensa es necesario comprender cuándo una conducta es típica, cuándo una conducta es antijurídica y cuándo a pesar de encuadrar en un tipo penal está justificada. En segundo lugar, explicaré el análisis dogmático que se efectúa en torno de la legítima defensa, cuya regulación se encuentra en el artículo 34° inciso 6° del Código Penal argentino. En tercer lugar, centraré la atención en cada uno de los requisitos que la ley penal exige para considerar que una persona actuó en legítima defensa. Ello con miras a, en los apartados subsiguientes, establecer cuál es la problemática que subyace a estos requisitos legales -aparentemente neutrales- en los casos donde existe un contexto de violencia de género. Así, procederé a tratar la consecuente importancia de interpretarlos a la luz de una perspectiva de género.

A. Análisis dogmático y tratamiento doctrinal del instituto de la legítima defensa

“La dogmática jurídicopenal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal” (Roxin 1997, 192). Así las cosas, en la dogmática penal hay un relativo acuerdo en cuanto a que para que una conducta sea considerada delito debe ser: 1) una acción humana (dominable, o al menos dominable por la voluntad), 2) que sea típica (subsumible en la descripción de un tipo penal), 3)

antijurídica (contraria a la norma, es decir, prohibida) y 4) culpable (reprochable a la persona que realizó la acción en cuestión). Estas son las cuatro categorías básicas de la teoría del delito que se utilizan, mediante un análisis escalonado, para determinar si una conducta es delito y es punible o no lo es. Es decir, si resulta que la acción es típica luego se procederá a analizar la categoría de antijuricidad y, sólo si la acción resulta antijurídica, se procederá a analizar los elementos de la categoría de culpabilidad para determinar si la acción es delito y es susceptible de sanción penal.

Entonces, para que una conducta sea punible la acción humana tiene que ser típica, esto es, deben estar presentes todos los elementos típicos descriptos y contenidos en la norma penal (en su faz objetiva y subjetiva). Además, la acción típica debe ser antijurídica que “[p]or regla general, lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador sólo incorporará una acción a un tipo penal cuando la misma usualmente deba estar prohibida” (Roxin 1997, 194). Sin embargo, como toda regla posee excepciones, una conducta típica puede no ser antijurídica si, en el caso concreto, existe una causa de justificación. Esto es, la conducta no resultará antijurídica por no contrariar al derecho en virtud de que existe una causa que la justifica.

Lo dicho anteriormente, me lleva a detenerme en la categoría de la antijuricidad. El tratamiento doctrinario que ha recibido se ocupó de definirla en forma negativa. Así, Righi (2016, 117) nos enseña que “(...) el concepto de antijuricidad se define como ausencia de justificación: no puede ser contraria a derecho una acción cuya realización está permitida por el derecho”. Es importante aclarar que el hecho de reconocer la existencia de una causa de justificación para nada supone valorar la conducta de manera positiva. “[U]na acción que esté amparada por una causa de justificación es en todo caso, conforme a Derecho” (Roxin 1997, 602). En este sentido, el efecto más importante de la existencia de una causa de justificación es que esa conducta a pesar de encuadrar en un tipo penal también es conforme a Derecho y, por lo tanto, no va a ser ilícita ni punible.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, resulta oportuno precisar que la legítima defensa es una causa de justificación que excluye la antijuricidad de una conducta realizada en protección de los derechos o bienes jurídicos de una persona. En efecto, se elimina el injusto y la responsabilidad penal de la persona en la medida en que acredite la concurrencia de los requisitos que la ley exige para considerar procedente la defensa legítima. Así, la doctrina define a la legítima defensa como la reacción necesaria y

racional, contra una agresión inminente y no suficientemente provocada, que es equivalente a la expresión “defensa necesaria” (Righi y Fernández, 1996). Asimismo, la doctrina mayoritaria entiende que el fundamento de la legítima defensa radica en que nadie puede ser obligado a soportar una agresión injusta. Y ello encuentra, a su vez, razón de ser en un doble sentido: en la protección individual de la/s persona/s y en el prevalecimiento o reafirmación del Derecho. En otras palabras “(...) al permitirse la defensa necesaria para la protección del particular, el legislador persigue simultáneamente un fin de prevención general, pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales” (Roxin 1997, 609). En este sentido, Roxin entiende que son legítimamente defendibles todos los bienes jurídicos individuales: la salud, la vida, la libertad, la propiedad, la integridad física y sexual, etc. “A este respecto no es preciso que los bienes estén protegidos jurídicopenalmente para que sean susceptibles de legítima defensa” (Roxin 1997, 623).

Nuestro ordenamiento jurídico admite la posibilidad de que podamos defender nuestros derechos ante un ataque ilegítimo. El Código Penal argentino establece en el artículo 34° inciso 6° que no es punible “[el] que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima, b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”. En los apartados subsiguientes me detendré, a modo de puntapié inicial, en un breve análisis de cada uno de estos requisitos, para luego centrarme en la pretendida neutralidad de género de las normas penales y de sus respectivas interpretaciones doctrinarias tradicionales. En efecto, las interpretaciones de la ley penal bajo aparente neutralidad - en particular, a lo que aquí me ocupa, los requisitos de la legítima defensa en contextos de violencia de género- lejos de preservar y velar por la igualdad, se tornan profundamente discriminatorias y conllevan a soluciones injustas.

1. Agresión ilegítima

El análisis de la procedencia, o no, de la legítima defensa comienza con la (in)existencia de una agresión ilegítima que da lugar a que otra persona pueda o deba defenderse de ella. Por lo tanto, la verificación de este primer requisito es fundamental para comenzar a analizar la concurrencia de los demás. De acuerdo a Roxin (1997), la agresión ilegítima es aquella amenaza de un bien jurídico a la que el agresor no tiene derecho y que el

agredido no está obligado a soportar. En este orden de ideas, la ilegitimidad de la agresión coincide con el concepto de antijuricidad desarrollado anteriormente. Es decir, constituirá una agresión antijurídica aquella lesión o amenaza de lesión a un bien jurídico individual que no esté amparada por una causa de justificación.

Como quedó expuesto, el Código Penal admite la legítima defensa para impedir o repeler una agresión ilegítima. Si bien nada dice al respecto, la doctrina tradicional ha entendido que, para considerar justificado el accionar de quien se defiende, la agresión ilegítima además debe ser actual o inminente. Dicho de otro modo, la norma no establece expresamente la exigencia de la inminencia o actualidad de la agresión sino que ella ha sido producto de la interpretación tradicional de la doctrina y jurisprudencia (Lauría Masaro y Saba Sardaños 2017).

Al definir la actualidad de la agresión se sostiene que ocurre cuando “es inmediatamente inminente o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue. Cuando es inmediatamente inminente una agresión es algo que hasta ahora no hay acuerdo en la doctrina” (Roxin 1997, 618). La doctrina mayoritaria entiende que la agresión es inminente cuando la defensa no pueda hacerse esperar porque “ya no se la podría repeler o solo sería posible en condiciones más graves” (Roxin 1997, 619). También será legítima aquella defensa contra una agresión que aún continúe, es decir, que la defensa deberá producirse mientras la situación antijurídica se mantenga.

En los siguientes apartados me dedicaré a tratar la importancia de una interpretación adecuada de esta exigencia -basada en criterios temporales- en casos de mujeres víctimas de violencia de género que se defienden de sus agresores. Entiendo que es imprescindible analizar los requisitos de la legítima defensa a la luz de una perspectiva de género, para lo cual es necesario tener un acabado conocimiento del fenómeno de la violencia doméstica (a los fines analíticos) y establecer una correcta contextualización de la situación de violencia en el caso particular (a los fines probatorios).

2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla

El requisito de la necesidad racional del medio empleado no se relaciona, para la doctrina, con la proporcionalidad del daño que se le causa al agresor en comparación al daño impedido o que se pretende repeler. La necesidad racional se refiere a la idoneidad de la defensa que tenía al alcance o a disposición la persona en el momento en el que se estaba

defendiendo. La doctrina ha entendido que “necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño” (Roxin 1997, 628). Es importante aclarar que el análisis del requisito de la necesidad tiene que realizarse teniendo en cuenta el preciso momento en el que se produjo la defensa con las especiales características del caso particular, es decir, no corresponde analizar la necesidad racional del medio defensivo considerando circunstancias ex-post. “Así pues, quien sólo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificado por legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave de la que se hubiera producido con la paliza” (Roxin 1997, 632). En esta línea, nuestro ordenamiento permite la legítima defensa para impedir una agresión o para repelerla, por lo tanto no existe exigencia alguna respecto de eludir el peligro. Así, la doctrina entiende que la no-defensa no equivale al medio menos lesivo (Roxin 1997). Ello encuentra fundamento no sólo en que quien se defiende tiene derecho a hacerlo, siempre que sea útil para impedir o repeler la agresión, sino que además debe considerarse la responsabilidad del agresor de haberse colocado en esa situación antijurídica. Dado que el agresor podría haber evitado, en primer lugar, esa circunstancia es él quien “tiene que aceptar que se resuelva a su costa la colisión de bienes jurídicos” (Frister 2011, 319).

3. Falta de provocación suficiente

Este requisito que la ley establece está relacionado a la ausencia de una provocación anterior a la agresión de la cual una persona pretende invocar la legítima defensa. La razón que da fundamento a esta exigencia se halla en que el derecho no puede amparar a quien ha dado lugar a la situación de agresión -provocándola- para luego pretender justificar su conducta mediante la procedencia de una legítima defensa. Gran parte de la doctrina entiende que una provocación es suficiente cuando, conforme a las circunstancias particulares de cada caso, era previsible el efecto que iba a producir en el destinatario. Por lo tanto, si la agresión ilegítima de la que se pretende invocar la legítima defensa ha sido introducida por quien la provoca, tiene el deber de soportarla y, en consecuencia, no hallará amparada su conducta en una causa de justificación (Righi y Fernández 1996).

B. Aplicación neutral de la norma no es necesariamente sinónimo de igualdad

El estudio de la Teoría del delito “evidencia enormes esfuerzos intelectuales dirigidos a construir interpretaciones de las normas que rigen la imputación de delitos y la responsabilidad penal con el fin de lograr una aplicación racional y previsible del derecho penal” (Hopp 2017, 15). Por supuesto que dichos esfuerzos son válidos y útiles en la medida en que tiendan a facilitar la aplicabilidad del derecho y el exámen de los casos. Sin embargo, entiendo que cuando la aplicación de conceptos dogmáticos genere una abstracción tal que permita al órgano judicial desconocer y disociar los contextos de violencia contra la mujer como situación fáctica relevante para resolver el caso, esa mirada sobre los requisitos normativos aparece como una regla cuasi matemática que puede resultar en injusticias, desconocimientos o invisibilizaciones.

En línea con lo anterior, la discusión que pretendo traer a colación en este apartado se circunscribe a la interpretación, aparentemente neutral, de los requisitos de legítima defensa y los problemas de discriminación que ello supone en casos de violencia de género. Arduino (2017, 276) sostiene que:

“[c]ontemplar la perspectiva de género plantea desafíos concretos al derecho procesal penal, a la doctrina pero también a su aplicación práctica, sobre todo cuando se trata de hechos que encuadran en figuras penales que no contemplan especiales elementos subjetivos, agravantes o especialidad alguna en razón del género. Esto implica dos cosas; por un lado, la decisión político-institucional de visibilizar esa dimensión y, por el otro, consagrar esa decisión en imputaciones que puedan hacerse cargo sin violentar las exigencias derivadas de principios como el de legalidad en sentido estricto, la garantía de defensa y el debido proceso en un sentido más amplio”

Es importante resaltar que la necesidad de tomar el contexto de género no supone ampliar el poder punitivo sino que debe servir para interpretar correctamente situaciones que de otra forma discriminan a las mujeres. En otras palabras:

“No se puede consentir que la demagogia punitiva basada en el género abandone la exigencia de ajustar las circunstancias fácticas en el ámbito penal -donde la precisión es una garantía en sí misma como exigencia del mandato de certeza y de cuya tutela depende además la protección de otras más-, conformándose con invocaciones genéricas o principistas para flexibilizar el sistema de garantías. Hay que poder presentar los hechos con la relevancia que tengan concretamente desde el punto de vista de género sin considerar que la debida atención a otras herramientas normativas constituya en sí misma una renuncia a la legalidad y la certeza” (Arduino 2017, 276)

La falta de perspectiva de género pone en evidencia “carencias conceptuales y por lo tanto un desafío para los sistemas procesales penales que ya no pueden seguir diseñándose como procedimientos estandarizados, como activos fijos inmutables frente a una diversidad reconocible de conflictos” (Arduino 2017, 271). De acuerdo a lo expuesto, la necesidad de incluir una perspectiva de género en la interpretación de los requisitos de la legítima defensa se relaciona con qué situaciones fácticas (hechos) puedan ser amparados por esta causal de justificación. Ello es así en tanto la aplicación automática y estandarizada de la norma formulada de manera pretendidamente neutral desconoce la particularidad del contexto en los casos de violencia de género. En otras palabras, la relevancia de incluir el contexto a través de una perspectiva de género es que da respuesta a aquellas situaciones que, de no hacerlo, resultarían en discriminatorios. Más aún, la importancia de la inclusión de un razonamiento contextual y de la perspectiva de género en estos casos se traduce en el impacto directo que tiene respecto a qué conductas van a ser consideradas un injusto penal y cuáles van a considerarse autorizadas por el Derecho.

Hecha la observación anterior, cabe decir que cuando se afirma que el derecho se aplica de manera neutral/objetiva/imparcial no se tiene generalmente en cuenta que las leyes “aún cuando formuladas de forma neutral se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres (blancos de clase media)” (Larrauri 1994, 22). Ergo, la aplicación asumida como objetiva del derecho tiende, muchas veces, a reproducir la versión social dominante. Sabido es que el derecho penal fue construido por los varones y para los varones. Entonces, cuando las autoridades judiciales aplican de esa manera el derecho, están reproduciendo este razonamiento elaborado en base a un sujeto universal y neutral, con ausencia de la perspectiva de género y de la experiencia de las mujeres (Di Corleto y Piqué 2017).

En el contexto de este trabajo, lo que quiero destacar es que se observan muchas sentencias o resoluciones judiciales en las que se utiliza de manera pretendidamente neutral esa interpretación masculinizada de los requisitos normativos de la legítima defensa en los casos de violencia doméstica. Por ejemplo, al analizar el requisito de la existencia de una agresión ilegítima y la inminencia de ésta, el poder judicial interpreta esto último fuera del contexto violento: como una golpiza “insignificante” más que no justificaría la legítima defensa, puesto que si la mujer “ya venía soportando el maltrato”, pues, “podría haberlo soportado una vez más”. Un ejemplo de este razonamiento es el que presenta la sentencia del Tribunal en lo Criminal Nro. 4 del Departamento Judicial

San Martín, que condenó a una mujer a once años de prisión, por encontrar que su accionar no se encontraba justificado por la legítima defensa (disparó a su marido en el vientre, mientras él la agredía físicamente):

"...analizando la mecánica de producción del hecho, no se verifica que la misma haya corrido un serio peligro real e inminente que justificara su accionar. En efecto, la discusión iniciada en el cuarto matrimonial no era sino una más de las que la acusada lamentablemente padecía de antigua data. No existió en mi criterio un plus que aumentara el peligro de la encartada más allá de su integridad física sin afectarse otros bienes jurídicos" (TCPBsAs 2009, 2)²

En esta misma línea, otro núcleo problemático de la falta de perspectiva de género, en la interpretación de la legítima defensa, lo supone la "intención de defenderse". Un ejemplo de ello es, en un caso en donde la mujer se defendió con un cuchillo de su pareja³, el tribunal de primera instancia de Tucumán sostuvo en su pronunciamiento que en los supuestos de legítima defensa no debe existir otra intención que la de defenderse: "(...) y que en la especie ello no se advierte atento a que la dirección y trayectoria seguidas por el arma y la lesión producida por la misma (en forma descendente y de izquierda a derecha) hablan más bien de un propósito de agredir que de un inofensivo empujón defensivo" (STJTuc 2014, 6)⁴. En este sentido, Larrauri nos enseña que los antecedentes de violencia y las frecuentes discusiones se valoran como prueba de la intención de matar -y no de defenderse- que tuvo la mujer.

"[E]l historial de malos tratos juega de forma distinta para el hombre que para la mujer. Si el hombre le ha estado apalizando durante años y finalmente la mata, las palizas anteriores sirven como prueba de que tampoco en esta ocasión la quería matar, "se le fue la mano". Por el contrario, los malos tratos continuados producen en la mujer el efecto opuesto, esto es, permiten afirmar que cuando reacciona no

² Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires. "D.A.I s/ Homicidio"

³ Seco, María Teresa le pidió a su esposo que se retirara del hogar porque había discutido con uno de sus hijos. El Sr. Olivera se retiró del hogar pero regresó e ingresó violentamente: rompió la puerta de entrada con patadas. De las declaraciones de la Sra. Seco surge que durante la discusión su marido le sacó el teléfono celular, le quitó el chip y se lo guardó en el bolsillo, explica que esto lo hacía siempre para que no se pudiera comunicar con nadie. Luego de arrebatárle el teléfono, Olivera comenzó a golpearla. En ese momento, su hijo lo empujó con ánimos de apartarlo de la madre y también recibió golpes por parte del Sr. Olivera. Es entonces, que el hijo que tenían en común agarró un cuchillo del cajón de la cocina, pero la Sra. Seco se lo quitó. Con la intención de poner fin al conflicto se retiraron de la cocina hacia otra habitación, pero el Sr. Olivera los siguió para agredir de nuevo a la Sra. Seco, se abalanzó sobre ella y como respuesta lo empujó y lo hirió con el cuchillo en el pecho.

⁴ Supremo Tribunal de Justicia de Tucumán. "Seco Teresa Malvina s/ Homicidio agravado por el vínculo"

busca sólo la lesión sino la muerte, no sólo la defensa sino la venganza” (Larrauri 1994, 22).

En línea con las observaciones anteriores, la pretendida formulación neutral de la ley también repercute en forma discriminatoria, en casos de mujeres víctimas de violencia de género, en el requisito de la necesidad racional del medio empleado. Muchos juzgadores resuelven que la mujer actuó desproporcionadamente al defenderse con un cuchillo o un arma de fuego de los golpes con los puños que estaba recibiendo. Así, en el caso “G. M, L s/ homicidio simple”⁵, el tribunal le dio la razón al fiscal al entender que la conducta de la mujer no podía justificarse bajo la legítima defensa: “(...)para que se configure la legítima defensa, es necesario además de la agresión ilegítima, ‘la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla’ (...), lo que no se configura en el caso toda vez que la condenada utilizó un “cuchillo” para agredir” (STJSL, 2012). Con este ejemplo, se pone de manifiesto cómo la neutralidad resulta discriminatoria y perjudicial, pues, en los casos de mujeres víctimas del ataque de un varón defenderse con un cuchillo, muchas veces, es la única forma de terminar con el ataque. La utilización de un cuchillo o un arma de fuego en estos casos puede cumplir, según las circunstancias, con el requisito de la racionalidad -si se toma en cuenta factores como la diferencia de contextura física y la fuerza que existe, biológicamente, entre hombres y mujeres- porque al exigirse la necesidad racional del medio empleado para defenderse, se indica que es con el objetivo de “impedir” o “repeler” una agresión.

Es claramente palpable que la pretendida neutralidad de las normas y su interpretación masculinizada, en los procesos que involucran mujeres víctimas de violencia de género que se defienden de sus agresores, resultan profundamente perjudiciales e injustas. Ello se ve reflejado tanto en las resoluciones judiciales, como en la recolección y valoración de la prueba. Por ejemplo, la regla según la cual para tener por acreditado un hecho requiere dos o más testigos ajenos a las partes, impacta negativamente en las víctimas de violencia de género que, por lo general, al momento de producirse el desenlace fatal no cuentan con testimonios más allá de los propios. Como se ha visto, la neutralidad de género en las formulaciones jurídico-legales y en la consecuente interpretación de ellas, dificulta la apreciación “objetiva” de las circunstancias particulares bajo las que una mujer sometida a violencia intrafamiliar mata al varón maltratador. Por esta razón, es

⁵ Superior Tribunal de Justicia de San Luis “Gómez, María Laura s/homicidio simple”.

imperiosamente necesario que se incluya en el análisis de los hechos y en las cuestiones probatorias una mirada con perspectiva de género orientada a determinar una correcta contextualización del caso en particular.

II. Cuestiones relativas al concepto de Violencia de Género

Como se observa en los casos utilizados como ejemplos en el apartado anterior, todos ellos carecieron en el análisis de una perspectiva de género para la aplicación y/o interpretación del instituto de la legítima defensa. En el presente apartado, precisamente, abordaré brevemente las cuestiones relativas al concepto de violencia de género. Intentaré, para ello, brindar un marco normativo a las razones que justifican analizar el contexto violento. Con este norte, traeré las disposiciones pertinentes de diversos instrumentos que hacen al marco nacional e internacional de Protección de los Derechos de las Mujeres: (i) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, (CEDAW), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. (Convención de Belém Do Pará), (ii) Ley N° 26485 “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

Todo ello, con miras a explicar la necesidad de interpretar los estándares de la legítima defensa en ese contexto violento en el que, en muchos casos, se halla la mujer que se defiende de su agresor. Para una adecuada contextualización, es necesario conocer este fenómeno que aqueja a miles de mujeres en nuestro país. Este análisis permitirá también abordar las cuestiones atinentes a la actividad probatoria destinada a acreditarlo.

A. La violencia de género como forma de violación a los Derechos Humanos de las mujeres

La violencia de género se trata de una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre varones y mujeres. Las raíces de la violencia de género se encuentran en la construcción de diferentes roles y comportamientos asignados social y culturalmente a las personas según el género al que pertenezca (Herrera 2008). Como primera aproximación al concepto, es necesario hacer una distinción entre “sexo” y

“género”. Mientras que el primero hace referencia a una cuestión biológica, el segundo refiere a construcciones socio-culturales. Para hacer gráfica esta distinción, suele acudir a un típico ejemplo, del que haré uso a continuación: son dichas construcciones socio-culturales las que nos dicen que el rol de las mujeres es - o al menos eso se espera o exige- que sean buenas madres, buenas esposas y que permanezcan en el espacio privado del hogar. Del otro lado, hallamos que es el varón quien debe ser el que trabaje y lleve el dinero al hogar porque su rol asignado es -o se espera que sea- el jefe de la familia⁶. Estas construcciones en torno al género perpetúan relaciones asimétricas de poder, lo que deriva en discriminaciones e invisibilizaciones de situaciones que, a su vez, constituyen violaciones de derechos fundamentales de las mujeres.

La Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés) reconoce y define ampliamente la discriminación contra la mujer en su artículo 1º entendiéndola como *“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, (...) de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.”* Cabe argumentar que la discriminación es la base de la violencia y, en esta línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer estableció que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación puesto que les impide el pleno ejercicio de los derechos que les son reconocidos⁷.

El marco normativo internacional en materia de violencia de género, se completa con la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante Convención Belém do Pará). El instrumento se ocupa específicamente del fenómeno de la violencia contra las mujeres. Así, en su preámbulo establece que “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana” y reconoce que para “muchas mujeres de América es una situación generalizada, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición”. A continuación, define en su primer artículo a la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta basada en el género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito de lo público como de lo privado”.

⁶ Dirección General de Políticas de Género (2019).

⁷ Recomendación general del CEDAW. Resolución 19/1992

En atención a las disposiciones expuestas anteriormente, es válido decir que la violencia de género es un fenómeno multicausal, ya que es comprensiva de todos los actos mediante los cuales se discrimina, ignora, somete y subordina a las mujeres en los diferentes aspectos de su existencia. Por lo tanto, definir la violencia contra las mujeres implica tener en consideración que no se manifiesta a través de una única forma sino que, muy por el contrario, comprende múltiples actos que se proyectan en los distintos ámbitos de las vidas de las mujeres víctimas. Entonces, es correcto decir que la violencia de género comprende todo ataque material y simbólico que afecta su libertad, dignidad, seguridad, intimidad e integridad moral y/o física, también las amenazas, diversos tipos de coacción y la privación arbitraria de la libertad⁸.

En relación con esta última consideración, las disposiciones citadas anteriormente deben servir como guía interpretativa y orientativa para todas aquellas cuestiones que involucren a los derechos de las mujeres. Sin perjuicio de ello, a los fines de este trabajo, cobra especial relevancia mencionar el contenido del artículo 7° de la Convención de Belém do Pará, que establece políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Me interesa destacar particularmente aquellos incisos que requieren a los Estados miembros: “a) *abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación*”; que adopten medidas para proteger a las mujeres disponiendo que se tomen las medidas necesarias para “e) (...) *modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer*”; garantizar el debido proceso legal para lo cual se deben establecer “f) (...) *procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos*”.

En línea con los deberes que competen a los Estados parte, corresponde destacar que el artículo 8° de la Convención Belém Do Pará dispone “[f]omentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos” como así también “la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios

⁸ Lacrampette Polanco, Nicole y Lagos Tschorne, Catalina. 2006.

encargados de la aplicación de la ley (...)”⁹. Esto resulta de enorme relevancia para comenzar un cambio de paradigma en donde, sobre todo, las decisiones judiciales incluyan en su análisis la perspectiva de género y cuyos resultados sean más justos.

Tal como se ha visto, la aplicación de estos tratados internacionales obliga a una interpretación integrada de los deberes estatales que de ellos derivan. De este modo, la CEDAW y la Convención de Belém do Pará son valiosas herramientas internacionales, fundamentales, para hacer efectivo el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación. Argentina, ratificó y otorgó a ambos instrumentos jerarquía constitucional en los términos del artículo 75° inc. 22° de nuestra Constitución Nacional. Por lo tanto, las obligaciones que de aquellas se derivan son para el Estado argentino de inexcusables cumplimiento. En consecuencia, esas obligaciones para con las mujeres habitantes de la nación, se hacen extensivas al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo, al Poder Judicial, a las instituciones y funcionarios/as públicos/as que integran todo el aparato estatal. “[E]sto supone que desde el momento en que una mujer que sufre violencia pone sus pies en una comisaría o en cualquier dependencia pública pidiendo protección, o (...) desde que los hechos llegan al conocimiento del Estado, éste debe hacer todo lo necesario para atender integralmente su situación” (Herrera 2008, 105). La responsabilidad estatal involucra actos perpetrados contra las mujeres incluso cuando no hayan sido llevado a cabo por agentes estatales, es decir, también está comprometida su responsabilidad por aquellos actos cometidos por particulares -sea en ámbitos públicos o privados- que vulneran el derecho a una vida libre de violencia.

En este sentido, podemos mencionar el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Góngora¹⁰, sólo para remarcar cuando sostuvo que la Cámara de Casación al no aplicar los tratados internacionales:

“(...) en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse los términos del tratado en el contexto de estos

⁹ Artículo 8° incisos a) y c) Convención Belém Do Pará

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa N°14.092”.

teniendo en cuenta su objeto fin"). Esto resulta así pues, conforme la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados los estados parte en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la "Convención de Belem do Pará", saber: prevenir, sancionar erradicar todas las formas de violencia contra la mujer." (CSJN 2013, considerando 7°)

Por todo lo dicho, Argentina tiene la obligación de guardar la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar toda práctica que implique violencia contra las mujeres. Así, en la última década, ha hecho esfuerzos legislativos tendientes a lograrlo. Resultado de ello es la Ley N° 26.485 "*Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*" (en adelante, Ley de Protección Integral) que tiene por objetivo, como su nombre lo indica, eliminar la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, para así garantizar el derecho de las mujeres a una vida sin violencia. En su cuarto artículo establece qué se entenderá por violencia contra las mujeres¹¹ para seguidamente reconocer, en su quinto artículo, cinco tipos de violencia contra las mujeres: física, psicológica, económica, sexual y simbólica. Luego, en el artículo 6°, reconoce y enumera ocho modalidades de ejercer la violencia: la violencia institucional, la laboral, la violencia contra la libertad reproductiva, la obstétrica, la mediática y la doméstica. Esto es, las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres, en los distintos ámbitos de la vida de la mujer.

En lo que interesa a este trabajo, me centraré en la modalidad de la violencia doméstica o intrafamiliar que es entendida como "*aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad (...)*". La ley de Protección Integral bien aclara que cuando se refiere al grupo familiar comprende "*el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o*

¹¹ Artículo 4° — Definición. Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes.

noviazgos”. Asimismo, abarca tanto las relaciones actuales como las finalizadas y establece que no es un requisito necesario la convivencia¹².

Con relación al breve marco teórico que procuré dar sobre la violencia doméstica, me interesa destacar otra caracterización, que es crucial a los fines de analizar la existencia de los requisitos de la legítima defensa en estos casos. Así, la violencia de género -en su modalidad doméstica o intrafamiliar- se caracteriza por ser un fenómeno que se manifiesta de forma cíclica. En este sentido, pueden reconocerse tres etapas diferentes: 1) acumulación de tensión, 2) etapa de agresión y 3) arrepentimiento también conocida como “luna de miel”. En este orden de ideas, considero relevante traer a colación una observación que se dio en el marco de un curso al que asistí sobre “herramientas para el abordaje judicial de las violencias basadas en el género” (Cano, 2020). Allí se expuso que el carácter cíclico de la violencia de género no responde a la forma de un “círculo” sino que, más bien, cobra la forma de un “espiral”. Es decir, la explicación de su forma espiralada se halla en que sus etapas cíclicas se repiten cada vez con más frecuencia y con mayor intensidad. A mayor abundamiento, me serviré de la adecuada exposición conceptual de cada una de estas etapas realizada por la Dirección General de Políticas de Género:

“1. Etapa de tensión: Durante esta etapa el varón acumula enojos y su ira va en aumento. Se burla, humilla y muchas veces ridiculiza a la mujer que intenta calmarlo y en varias ocasiones minimiza lo sucedido o justifica las agresiones. (...). A medida que pasa el tiempo aumenta su irritabilidad. Cada vez son más cosas que desencadenan la fase de explosión. Generalmente la mujer, con el paso del tiempo empieza a “creerse” todo lo que él le dice. Esto genera un impacto directo en su autoestima. Siente que no sirve para nada, que se merece el maltrato.

2. Etapa de agresión: Implica la explosión y descarga de la agresividad acumulada sobre la víctima. El varón puede perder el control y agrede físicamente a la mujer. Se desata la violencia física. (...). Generalmente, a medida que pasa el tiempo estos episodios son más seguidos y más violentos. En general en estos momentos es cuando la mujer se acerca a pedir ayuda.

3. Etapa de arrepentimiento o “luna de miel”: En esta etapa se suspende la violencia. Generalmente hay un pedido de perdón y arrepentimiento por parte del agresor quien se comporta de manera cariñosa y promete que las cosas van a cambiar y no volverán

¹² Artículo. 6° inciso a) de la Ley 26.485

a suscitarse episodios similares. La mujer cree en ese cambio. A medida que pasa el tiempo esta fase dura menos tiempo. Los momentos de calma aparente son más cortos. En esta fase es cuando, generalmente, las mujeres se arrepienten de haber buscado ayuda o denunciado y no quieren continuar con el proceso judicial, esperanzadas por el cambio prometido.” (DGP 2019, 20)

El desarrollo de los conceptos anteriores y sus pertinentes aclaraciones son relevantes a los fines de este trabajo, pues mi hipótesis se apoya en el hecho de que contextualizar adecuadamente la situación de legítima defensa en el marco de la violencia de género permitirá interpretar los preceptos normativos de un modo respetuoso de los derechos de las mujeres y así poder arribar a soluciones que considero más justas. No haberme detenido en ellos, hubiese sido incurrir en el mismo error que aquí cuestiono.

Cabe aquí conectar lo dicho con la pretendida interpretación neutral del derecho que ya fue motivo de análisis. Como sostiene Hopp “la aplicación pretendidamente neutral del derecho, exenta de consideraciones sobre la violencia habitual, genera profundas injusticias en el tratamiento que se les otorga a las mujeres” (Hopp 2017, 17). Por tal razón, la dimensión del contexto es sumamente relevante como categoría de análisis porque, entiendo, la aplicación “neutral” del derecho, cuando omite tomar en cuenta ese contexto, se erige como una falacia que es aplicada por la jurisprudencia al elaborar criterios donde presupone, de manera abstracta, cuestiones como la posibilidad de la mujer de marcharse del hogar, de denunciar a sus parejas e incluso la posibilidad de exponerse a la violencia para proteger a sus hijos que son visiones profundamente masculinizadas y discriminatorias para con las mujeres.

En este orden de ideas, es que sostengo que la aplicación pretendidamente neutral del derecho es la que permite arribar a conclusiones similares a la postulada por Jakobs (1995), quien considera que una restricción impuesta a ejercer el derecho a la legítima defensa es aquella dada por la vida en comunidad conyugal. Entonces, se suele reflexionar que hay una mayor exigencia de tolerar algunos menoscabos para preservar la paz familiar. De este modo, al utilizar razonamientos similares al expuesto, se concluye que la mujer debe tolerar las agresiones por parte de su pareja y se tiende a privatizar el asunto como una cuestión referida a “una familia disfuncional en lugar de entenderlo como un problema social que el Estado debe afrontar, interviniendo activamente para erradicar los vínculos íntimos violentos” (Hopp 2017, 27). Ejemplo de lo hasta aquí expuesto es la

sentencia de la Corte de Justicia de Catamarca que descartó la concurrencia de una legítima defensa por considerar que la mujer se había sometido a la situación de violencia de modo voluntario: “(...) aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien ‘...se sometió a ella libremente...’ y ‘...por esa razón, no puede invocarla para defenderse...’” (CSJN 2011, 3). Es oportuno mencionar lo dispuesto en su voto por Highton de Nolasco, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al emplear interpretativamente la normativa internacional respecto de la afirmación del tribunal catamarqueño. Así, sostuvo que:

“(...) del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso —a la cual asigna sin más, un carácter voluntario— deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima no sólo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido” (CSJN 2014, 4)¹³

Por todo lo expuesto, tanto los criterios que presuponen la posibilidad de marcharse como los que consideran que la mujer era capaz de impedir la agresión y aquellas exigencias tendientes a configurar un deber de tolerar las agresiones “son discriminatorias porque imponen a las mujeres la renuncia a sus derechos más básicos, subordinándolos a su rol maternal o a la preservación de la unión conyugal” (Hopp 2017, 20). Aplicaciones pretendidamente neutrales del derecho, sin una perspectiva de género, no sólo generan una descontextualización del hecho sino que además cambian el foco del reproche y revictimiza a la mujer. Esto es así, ya que se responsabiliza a una de las víctimas, en lugar de centrar la atención del análisis en la violencia de género. En consecuencia, no solo se da una respuesta inadecuada e injusta para el caso concreto, sino que también invisibiliza el origen del problema que afecta a muchas mujeres en nuestro país.

B. La importancia de analizar el contexto de violencia de género en los casos de mujeres maltratadas que se defienden

Como se ha visto, la minimización de la violencia como antecedente y el desconocimiento del fenómeno no sólo refuerzan el problema de la discriminación sino que también revictimiza a aquellas mujeres que llegan a los tribunales acusadas de haber matado y/o

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (2011). “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”

agredido a su agresor. Por un lado, esto “exige máxima atención en el análisis de la forma en que los funcionarios judiciales analizan y resuelven este tipo de conflictos” (Di Corleto 2006, 4) puesto que, las resoluciones judiciales que omiten condenar la violencia de género envían un mensaje a la sociedad. En este sentido, el contenido de este mensaje nos dice como sociedad qué es lo que está permitido - o no está prohibido- y qué se va a tolerar - o no sancionar- tanto dentro del marco de las relaciones familiares como así también de las violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Por el otro lado, el desconocimiento de la violencia en los supuestos en los que las mujeres que se defienden de sus parejas violentas, “invierte el eje del conflicto ya que la falta de consideración del fenómeno conduce a la criminalización de la víctima” (Di Corleto 2006, 4) y ello, a su vez, genera su revictimización.

De lo expuesto a lo largo de este trabajo se deriva que la contextualización cobra fundamental importancia a la hora de analizar la antijuricidad de la conducta de la mujer acusada. Puesto que, ante la existencia de una causa de justificación se elimina la responsabilidad penal porque la persona actuó con un permiso o, de acuerdo con Jakobs (1995), “tuvo una buena razón” para hacerlo, entonces, a los operadores jurídicos debería preocuparles indagar si existió esa “buena razón” por parte de la mujer para actuar cómo lo hizo. Por lo tanto, importa poner en evidencia que la mirada de género y, en particular la violencia en el ámbito intrafamiliar, debe ser una variable para el análisis de esa “buena razón” que habilitará, o no, según las circunstancias del caso, la procedencia la legítima defensa. Es decir, la relevancia de contextualizar el hecho en la realidad en la que la mujer se halla inmersa, tiene razón de ser porque va a permitir analizar adecuadamente las “buenas razones” (o su inexistencia) que tuvo la mujer para actuar como lo hizo. En consecuencia, va a impactar directamente en la (in)existencia de un injusto penal y, en consecuencia, en la imposición, o no, de una pena privativa de la libertad.

En resumen, comprender y analizar el contexto permitirá la inclusión de aquellos detalles que den cuenta de la existencia de violencia de género. Así, contextualizar la situación particular de cada mujer, ayudará a revelar las verdaderas condiciones sociales y psicológicas, de violencia habitual en las que estaba inserta la mujer y, por lo tanto, comprender acabadamente qué la llevó a tener que defenderse del varón agresor. “[U]n análisis de este tipo no sólo permite que se escuche la historia de la mujer golpeada, sino que también admite tener en consideración todo un conjunto de datos complejos que hace

a una mejor comprensión de los intereses de las partes, del Estado, de los marcos sociales que dan origen a los hechos juzgados” (Di Corleto, 2006, 17)

El razonamiento contextual tiene impacto directo en dos cuestiones que me resulta oportuno mencionar y que retomaré más adelante en mi análisis: la adecuada estrategia de defensa y la actividad probatoria. Sobre la primera cuestión, cabe mencionar que la ley orgánica del Ministerio de la Defensa, en su artículo 42°, establece que es un deber del abogado/a defensor/a promover una defensa con perspectiva de género¹⁴. En esta línea, considero relevante traer a colación lo dicho por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones¹⁵ sobre la necesidad de una defensa técnica eficaz para asegurar la regularidad de los procesos penales, la preocupación por presentar los datos del contexto y una posición que no carezca de la visión en conjunto. Así, promover una defensa que incluya perspectiva de género la constituye en eficaz y adecuada.

Aquello guarda estrecha relación con respecto a la segunda cuestión, puesto que, para dotar de sentido a la elaboración de una estrategia de defensa con perspectiva de género se debe identificar y producir la prueba con una mirada atenta a las experiencias de las mujeres; que constituye un factor de vital importancia a la hora de la evaluación de su responsabilidad penal (Di Corleto 2006). En este sentido, la Ley de Protección Integral recepta la amplitud de estándares probatorios, lo que permite utilizar diversos medios de pruebas, en razón de las características particulares en las que se desarrolla la violencia de género. Puesto que, por lo general y en razón de que son sucesos que mayormente ocurren en un ámbito privado, no se cuenta con muchos más elementos más allá del testimonio de la mujer que permita acreditar lo sucedido. Entonces, la amplitud probatoria permite llenar los vacíos que puedan dejar las dificultades a las que se enfrentan las mujeres ante los tribunales. Esto no sólo es relevante para encuadrar la conducta en un

¹⁴ Ley n° 27.149 artículo 42 inciso n)

¹⁵ Ver en el estudio de jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa (2016), “Observaciones sobre el control de efectividad de la asistencia técnica a partir de la jurisprudencia de la CSJN”, disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2016.2.%20Observaciones%20sobre%20el%20control%20de%20efectividad%20de%20la%20asistencia%20t%C3%A9cnica%20a%20partir%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20CSJN.pdf>

tipo penal determinado, sino que también resulta fundamental para garantizar el derecho de defensa de la imputada.

De acuerdo a las consideraciones que he expuesto, es necesario que se realice un ofrecimiento de prueba acorde con la defensa material y técnica presentada, pues “[u]n presupuesto para la discusión razonada de los elementos que componen la teoría del delito es la correcta descripción de la conducta atribuida” (Hopp 2017, 8). Es decir, una correcta descripción implica su adecuada contextualización, lo que a su vez torna necesario ver más allá del momento concreto de la agresión-defensa y considerar los antecedentes de violencia sufridos por la mujer.

Si bien no desconozco que existen discusiones en la doctrina (Bertelotti 2019)¹⁶ en torno a sobre quién recae el peso de probar que existió, o no, una causa de justificación (ahondar en aquello supondría objeto de otro trabajo), lo que me interesa evidenciar a los fines de estas líneas es que, claramente, la defensa de las mujeres acusadas en estas situaciones debe incluir en su estrategia la perspectiva de género. Ello en razón de que el “[s]tatu quo debe modificarse mediante la formación y sensibilización de los actores relevantes en el proceso penal” (Hopp 2017, 35). En este sentido, contextualizar la situación particular en el marco de la violencia de género no sólo permitirá elaborar una adecuada estrategia de defensa con perspectiva de género sino que además interpelará a la acusación sobre este punto y a los tribunales a juzgar los hechos bajo esta lupa, lo que recobra mayor relevancia teniendo en cuenta la mutación hacia un sistema de características claramente acusatorias gracias a la existencia de un código procesal penal nacional nuevo.

Las decisiones judiciales son, quizás, la cara más expuesta ante el desconocimiento del fenómeno de la violencia de género. Sin embargo, es un problema transversal que se puede ver reflejado en cuestiones como la ausencia de una defensa técnica adecuada y de una investigación que eche luz a los hechos a través de la correcta contextualización que tenga en cuenta las particularidades de la realidad violenta de cada mujer. Centrar la

¹⁶ Bertelotti expone de manera muy clara la discusión que existe en torno a sobre quién pesa la carga de la prueba respecto de la existencia de una causa de justificación. Así, utilizando palabras de Maier expone que la falta de certeza puede darse tanto respecto del hecho (existió o no) como así también respecto de la responsabilidad del imputado. El autor razona que la absolución se apoya en la posibilidad, no en la certeza, de que una persona obre en legítima defensa. Cuando se trata de una causa de justificación “la falta de certeza opera de manera inversa: es decir, ‘la falta de certeza sobre la existencia del hecho punible conduce a su negación en la sentencia; en cambio, la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación (...) de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación” (Bertelotti 2019, 108)

discusión en un análisis abstractamente dogmático, que desconozca estas circunstancias, respecto de los requisitos de la legítima defensa trae aparejado el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres y consagran la impunidad de su lesión. Así, se constituye a su vez un claro incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Es evidente, entonces, que la necesidad de una interpretación con perspectiva de género de los requisitos exigidos por nuestro Código Penal, para tener por legítima una defensa, derivaría en prácticas jurídicas eficientes - sean investigación, estrategias de defensa o resoluciones judiciales-, entendedoras de la problemática generalizada del fenómeno, receptiva de los estándares internacionales, reconocedoras de los derechos humanos de las mujeres y, por ende, importadoras de justicia.

III. Importancia de interpretar y contextualizar los requisitos de la legítima defensa para casos de mujeres víctimas de violencia de género

Al inicio de este trabajo resalté la necesidad de redefinir la interpretación y aplicación de los requisitos exigidos por el Código Penal para tener por cumplida una legítima defensa en los casos de violencia de género. Ello encuentra razón de ser en que el Derecho en general y, la teoría del delito en particular, no son fórmulas matemáticas cuya aplicación es estática, infalible y exacta. El Derecho viene a dar respuesta a diversos conflictos, complejos y cambiantes -conforme evoluciona la cultura, las sociedades y sus valoraciones- pero se trata de conflictos humanos y, por lo tanto, encuentra personas por detrás aguardando por una solución. En este sentido, las normas penales son abstracciones que pretenden abarcar en ellas los posibles conflictos que se suceden en la realidad. Por esta razón, cobra fundamental relevancia el trabajo de quienes interpretan y aplican las leyes, pues ajustan este modelo abstracto a una realidad concreta y particular, a un caso real.

A su vez, la teoría del delito es un sistema analítico que sirve como herramienta o método de análisis para quienes operan en el sistema de justicia. Sin embargo, como bien resalta Zaffaroni (2005), esta herramienta sirve para una función: “una sistemática del delito que se desentienda de funcionalidad para el poder, sólo es una teoría a medias. Una verdadera teoría dogmática nunca puede prescindir de una decisión previa y extralegal que le da sentido y unidad a la construcción. Cuando no se la explicita, se obtiene un instrumento ideal para convertir al operador jurídico en un autómata peligroso, puesto que es un programa que oculta su función, porque en la realidad todo programa cumple una función,

pese a que el programador sea tan necio que ni siquiera se pregunte para qué sirve” (Zaffaroni 2005, 288). Así, se debe admitir que hay una “necesidad de repensar permanentemente los postulados sobre los que se erige la teoría del delito, y receptar los desafíos que presentan en aquellos casos donde surgen elementos que la doctrina tradicional no había considerado” (Casas 2014, 2).

Lo que pretendo señalar es que, en los casos de mujeres víctimas de violencia de género que se defienden de sus agresores, el problema radica en que la interpretación tradicional de la legítima defensa no tuvo en cuenta la violencia de género que subyace generalmente en estas situaciones. En otras palabras, que la interpretación tradicional construida alrededor de los requisitos referidos a la legítima defensa en el código penal se describen en forma pretendidamente neutral pero no tienen en consideración cuestiones de género y por ende no sólo no son neutrales sino que discriminan a la mujer. Ante esto, las interpretaciones restrictivas del derecho a la legítima defensa sumado a la falta de perspectiva de género en su análisis e investigación deriva en decisiones judiciales injustas y discriminatorias para las mujeres. En este sentido, la inclusión de la perspectiva de género a la hora de juzgar constituye una variable que necesariamente impactará en el sistema del derecho penal.

La interpretación, con perspectiva de género, de los requisitos exigidos por la norma responde a la necesidad de poner atención a las circunstancias particulares que presenta cada caso puesto que, como ya he mencionado, la violencia de género es un fenómeno multicausal y, por lo tanto, no se manifiesta de una manera inequívoca. Ello torna insuficiente un análisis meramente dogmático de la comprobación de la (in)existencia de los requisitos legales. Más aún, si se tiene en cuenta que “[e]l derecho penal no se limita a valorar y desvalorar resultados, sino que también valora y desvalora acciones humanas” (Righi y Fernández 1996, 193) es posible concluir que los requisitos exigidos para el cumplimiento de la legítima defensa que prevé el Código Penal no conforman una mera “*checklist*”, desprovista de contexto, sino que el objetivo de la norma general es servir de guía interpretativa para la determinación de uno o más criterios que ayuden a interpretarlos y adecuarlos al caso particular de defensa que se presente.

De acuerdo a lo expuesto previamente, no bastaría solo con comprobar la (in)existencia de los requisitos en el momento concreto de la agresión-defensa sino que aquellos deberían comprobarse en atención a las circunstancias del caso concreto. Entonces, en el

caso de las mujeres víctimas de violencia de género que se defienden de sus parejas, la utilización de una perspectiva de género será una variable de análisis y de contextualización que permita comprender por qué la mujer imputada llegó a hacer lo que hizo. Interpretar los requisitos en la legítima defensa, para comprobar su (in)cumplimiento, bajo una lupa con perspectiva de género deberá respaldarse, simultáneamente, con una línea de investigación integradora de todos los aspectos de la vida de la mujer sometida a la violencia y también la de su agresor.

En línea con los razonamientos hasta aquí expresados, los hechos de cada caso en particular deben ser analizados y contextualizados a la luz del fenómeno de la violencia de género. Esto significa que, lejos de construirse un estándar diferenciado o especial para analizar los casos de legítima defensa en mujeres que matan y/o agreden a sus parejas violentas, se debe reinterpretar la norma ya existente. De este modo, se estaría receptando lo dispuesto por los tratados de derechos humanos que forman parte del Bloque Constitucional y cumpliendo con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino. Consecuentemente, se haría efectivo el goce de los derechos fundamentales de las mujeres a la igualdad, no discriminación y a una vida libre de violencia. Más aún, el derecho daría respuestas más justas.

A. ¿Es correcta la aplicación de estándares diferenciados?

Los casos bajo el análisis de este trabajo, en donde las mujeres despliegan conductas defensivas contra sus parejas violentas, podrían subsumirse en los requisitos establecidos por el art. 34° inc. 6 del Código Penal. Entiendo que pregonar por una norma diferente o por estándares más flexibles para estos casos no es una solución óptima e incluso podría llegar a considerarse contraria a los artículos 16° y 18° de la Constitución Nacional por su aplicación diferenciada ante una misma conducta, esta es, la conducta defensiva que despliega una persona como respuesta ante una agresión ilegítima por parte de otra.

En relación con lo anterior, incluso cuando se promoviera reformas legislativas o aplicaciones diferenciadas y/o flexibilizadas, nos hallaríamos ante el mismo problema: ante una situación en donde la mujer asegura ser víctima de violencia de género y haberse defendido de su agresor. Ninguna reforma normativa ni aplicación diferenciada prescindiría del trabajo interpretativo, pues, en tal caso el trabajo sería subsumir dicha situación en esa norma reformada/diferenciada. Es decir, de todas formas sería necesario

comprender el fenómeno de la violencia doméstica para “encuadrar” normativamente el hecho. Con este razonamiento pretendo demostrar que, ni la aplicación de estándares diferenciados ni una reforma supondría una solución porque el problema no radica en la norma en sí misma, sino en la falta de perspectiva de género para su correcta interpretación. Entonces, considero que el problema no se debe a falta de normativa ni tampoco la solución radica en una norma diferenciada, basta con interpretar los requisitos de las normas ya existentes de acuerdo a una perspectiva de género. La necesidad de aplicar una perspectiva de género en la interpretación de las normas viene dada, a su vez, por el mandato del bloque constitucional puesto que las convenciones internacionales (Convención Belém Do Pará y CEDAW) que protegen los derechos de las mujeres así lo imponen y a las que el Estado argentino se ha obligado al ratificarlas y otorgarles jerarquía constitucional. En síntesis, las normas existentes bastan si se las interpreta y adapta a una adecuada perspectiva de género

Por estas razones, la inclusión de la perspectiva de género, como herramienta interpretativa, no debe tener por fin repensar los requisitos de la legítima defensa, sino comprenderlos cabalmente en los contextos particulares del caso para guiar a los operadores judiciales en su aplicación: visibilizar en el análisis de estos supuestos el contexto de violencia en que tiene lugar la conducta defensiva a juzgar. Naturalmente, como adelanté en el punto II B, este enfoque conlleva a tener especial atención en la incidencia de los aspectos probatorios del caso “para reconocer la concurrencia efectiva de un peligro para la mujer y comprender el modo en que reacciona frente al mismo” (Laurías Masaro y Saba Sardaños 2017, 51). En este sentido, la perspectiva de género debe ser transversal a todo el proceso. Es decir, debe estar presente tanto desde que se establecen los hechos (aspecto analítico del caso) como en la recolección, producción y valoración de las pruebas (aspecto probatorio) y la sentencia judicial debe recoger este razonamiento contextual.

Conforme he venido sosteniendo, la implementación de una perspectiva de género requiere de un análisis integral de valoración de medios de prueba y consideración específica de necesidades y condiciones de las mujeres. En este sentido, cabe decir también que “el marco probatorio no requiere normas especiales o la flexibilización de estándares sino que solo es necesario trabajar en la construcción de una racionalidad jurídica que abandone prácticas discriminatorias” (Di Corleto 2017, 295). Corresponde hacer énfasis en el aspecto probatorio puesto que en los casos de violencia doméstica

donde se enmarcan muchos de los casos cuyo desenlace es la defensa de la mujer frente a su agresor, nos hallamos ante ciertas dificultades vinculadas al ámbito en el cual los hechos se producen, esto es, el hogar, a la hora de pretender acreditar el contexto de violencia de género. Las complejidades probatorias vienen de la mano con la comprensión del fenómeno de este tipo de violencia: generalmente se producen en un espacio en donde predomina el silencio, el miedo, la subordinación, el aislamiento de la mujer, la dependencia económica y emocional. Todo esto se traduce, en muchas ocasiones, en que la comprobación de los hechos se remita a la declaración de la mujer víctima de este contexto. Aquí es donde juega un rol importante la construcción de una racionalidad jurídica que abandone prácticas discriminatorias puesto que es frecuente encontrar pronunciamientos judiciales que le resten credibilidad al testimonio de la mujer víctima de este contexto. En efecto, al dejar atrás un sistema de prueba tasada, la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial. La valoración de la prueba está dada por su adecuación y su convicción. Existen normas que “obligan a considerar las declaraciones de las víctimas y a realizar investigaciones eficientes que permitan recolectar toda prueba relevante para la determinación del hecho” (Di Corleto 2017, 297).

En esta misma dirección y orden de ideas, la ley n° 26.485 ha dispuesto amplias facultades para ordenar e impulsar la investigación cuya base es la amplitud probatoria “teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”. Así, respecto de los casos de mujeres víctimas de violencia que se defienden de sus parejas, “[u]na investigación eficiente será aquella que con una visión realista, parta del reconocimiento de que se trata de un fenómeno que no por complejo impide detectar algo más que testigos presenciales” (Di Corleto 2017, 297). Para ello, deben advertirse las características propias de la violencia de género y, en base a ello, perfilar la reconstrucción de la prueba. La importancia radical de incluir como factor de análisis y acreditar el contexto de violencia de género en estos casos, es que permite conducir a interpretaciones diferentes sobre los alcances de la legítima defensa en estos supuestos. A continuación, ejemplificaré lo aquí referido haciendo uso de fragmentos de fallos.

En la sentencia condenatoria del caso “Gómez, María Laura S/ Homicidio simple”¹⁷, el tribunal hace referencia a la situación de celos a los que aludieron los testigos ofrecidos por la defensa, pero los jueces entendieron que tales testigos “no explican ni refieren a los hechos concretos por el cual el Sr. Appap haya ejercido violencia física o verbal sobre la Sra. Gómez (...)”. Esta valoración los llevó a concluir que debían condenar a María Laura Gómez como autora material y penalmente responsable del delito de homicidio simple. Por el contrario, y gracias a un razonamiento contextual y de un análisis con perspectiva de género, los jueces del Superior Tribunal de Justicia de San Luis entendieron que:

“los celos excesivos de Appad para con la imputada -que generaban un estado de violencia permanente- no fue tenido en cuenta de manera alguna por los Sres. Camaristas, quienes omitieron también valorar otro de los fenómenos de la situación de violencia que es la negativa a formular denuncias y el irrefutable hecho de que sucesos como éstos sólo se producen dentro del hogar y sin testigos. (...) Es que esa agresión, debe ser analizada en el contexto de violencia de género dado en el ámbito doméstico, en el cual se observan (...) las características propias del ciclo de violencia en la que se encontraba inmersa “Lala” hacía tiempo, lo que tampoco se encuentra controvertido, ya que hubo muchos testigos en el juicio que lo corroboraron, si bien no estuvieron presentes, fueron testigos de cómo María Laura -“Lala”- se fue alejando y aislando de sus amigos y entorno habitual, ante los celos excesivos de su pareja” (STJSL 2012, 8)

Por otra parte, los juzgadores del Superior Tribunal también tuvieron en cuenta en su análisis contextual el perfil agresor de la víctima (Sr. Appad) para confirmar y acompañar la versión del testimonio de la mujer que sostenía que era víctima de violencia de género. Al respecto, los miembros del tribunal consideraron que la Sra. Gómez actuó en legítima defensa y sostuvieron que:

¹⁷ Durante una discusión ocasionada por los celos excesivos del Sr. Appap respecto de su esposa, la golpeó con los puños repetidamente, al mismo tiempo la llevaba por la fuerza hacia la cocina. En ese momento, María Laura Gómez tomó un cuchillo - primer y único elemento que encontró a su alcance- y a través de ademanes con el objeto intentaba alejarlo de ella. En ese forcejeo lo hirió de una puñalada. El Sr. Appap debió ser internado y sometido a varias intervenciones quirúrgicas, falleciendo posteriormente falleció. En relación a la situación de violencia doméstica, quedó acreditado por testigos que la Sra. Gómez sufría violencia, que se había alejado de sus amistades y familiares, como así también el carácter agresivo del Sr. Appap y de sus celos excesivos.

“[S]e encuentra también probado además de las testimoniales y cartas mencionadas, por las causas en trámite contra el Sr. Appap, lo que demuestran que ha sido una persona investigada por delitos contra las personas, todo lo cual dan verosimilitud a la versión de violencia de género invocada por Gómez. (STJSL 2012, 9)”

Otro buen ejemplo de la utilización de la perspectiva de género para la integración y valoración de las pruebas lo constituye la resolución del Juzgado de garantías N° 3 de Mercedes en el caso “M.C.V s/homicidio calificado” (2009)¹⁸. Allí, el tribunal consideró que correspondía sobreseer a la acusada en base a su propio testimonio, las declaraciones testimoniales de los familiares y conocidos de M.C.V que corroboraron que su marido la golpeaba y las conclusiones del informe médico que arrojaban que “al momento del examen M.C.V presentaba traumatismo de cuero cabelludo (...), impronta dentaria en brazo derecho y contusión en brazo derecho, también (...) cicatrices de antigua data que acreditarían la preexistencia histórica de maltratos físicos”. Este pronunciamiento es interesante en tanto da cuenta de la existencia de una legítima defensa, en base a un análisis que se adentra en los antecedentes violentos más allá del momento concreto en el que la mujer desplegó la conducta defensiva, aspecto sobre el que volveré más adelante.

Con estos fragmentos de jurisprudencia he pretendido reflejar lo sostenido a lo largo de este apartado. Esto es, en los casos en donde las mujeres víctimas de violencia llegan a los tribunales en calidad de imputadas, aplicar la perspectiva de género no supone ni la flexibilización de los estándares ni la necesidad de aplicación de normas diferenciadas sino que implica mirar más allá de los hechos concretos que dieron lugar a la defensa de la mujer y abrir el campo hacia un análisis sobre el contexto en el que se enmarcan esos hechos. Para lograr ello y dimensionar lo acontecido es factible recurrir al mismo texto legal y al mismo marco probatorio general regulado en los códigos de procedimiento.

Es que, reitero, el problema de la procedencia de la legítima defensa no surge de la normativa en sí misma puesto que el Código Penal establece, de manera correcta, ante

¹⁸ El día del hecho, M.C.V tuvo una discusión con su marido J. C. P porque él había bebido alcohol más allá de sus límites, lo que desencadenó en renovadas agresiones físicas por parte de él. Posteriormente, el Sr. J.C.P mientras amenazaba con continuar las agresiones tomó un palo disponiéndose a golpearla a ella y a su nuera que se encontraba en la vivienda aledaña. En ese momento, M.C.V tomó el palo que su agresor había dejado momentos antes y lo golpeó en la cabeza, causándole la muerte. Quedó acreditado, por el testimonio de la hermana del agresor, por familiares y los padres del Sr. J.C.P que golpeaba constantemente a MCV y al hijo que poseían en común.

qué situaciones se va a considerar que una persona actuó en su propia defensa. Las dificultades para la correcta aplicación de los supuestos de legítima defensa en casos de violencia de género vienen dadas, no en virtud de una falencia normativa, sino por una inadecuada interpretación para esos casos por parte de quienes aplican la ley. De allí deriva la importancia de comprender acabadamente el fenómeno de la violencia doméstica de las que son víctimas numerosas mujeres. Por lo tanto, el problema es el desconocimiento del fenómeno y la consecuente ausencia de una interpretación adecuada de la norma conforme los estándares internacionales (Convención Belém do Pará y CEDAW), es decir, con perspectiva de género, que permita echar luz a los hechos y contextualizar acertadamente el caso concreto.

B. Los estándares actuales y su (in)adecuada interpretación

He sostenido a lo largo de este trabajo la importancia de un razonamiento que tenga en cuenta la contextualización de la violencia de género para, a partir de allí, analizar la concurrencia, o no, de los estándares de la legítima defensa.

En el presente apartado pondré el foco de atención en aquellas decisiones judiciales respecto de los casos donde las mujeres matan, en su propia defensa, a sus parejas violentas. Mi centro de análisis estará en los requisitos a y b del art. 34 inc.6 del Código Penal, pues sobre éstos se centra la discusión en estos supuestos. Con ello pretendo, por un lado, que se evidencie el impacto de “razonamientos que se refieren a la limitación al derecho de defensa, a la evaluación de la inminencia de la agresión o de la necesidad racional de la respuesta, o a la valoración de las declaraciones de los testigos y expertos” (Di Corleto 2006, 4). Existen decisiones judiciales que parcializan el análisis de la cuestión y no introducen una perspectiva de género por lo que, lejos de eximir de responsabilidad penal a las mujeres que se defienden, culminan considerándolas autoras del delito de homicidio –en la mayoría de la ocasiones agravado por el vínculo- con la consecuente pena privativa de la libertad. Por el otro lado, pretendo resaltar aquellos fragmentos de sentencias que se sirvieron de una perspectiva de género para echar luz a los hechos y a la interpretación de los requisitos de la legítima defensa, atendiendo a la realidad compleja que se desarrolla cuando se presenta el fenómeno del ciclo de violencia (conforme lo expliqué en el punto II A) pues ello permite entender cuándo las mujeres pueden identificar y prever el comienzo de episodios de agresión. Ello con miras a concluir que no puede desatenderse la relevancia penal que supone este factor

trascendental y, por ello, debiera ser el punto de partida a la hora de juzgar si una mujer actuó, o no, en legítima defensa. De modo que a los/las operadores/as jurídicos y a los/las auxiliares de la justicia no les debería bastar con conocer qué ha ocurrido en el momento preciso del hecho, sino que deberían indagar en aquellas motivaciones y circunstancias que han envuelto a los hechos, más allá de lo evidente.

“El tratamiento jurídico penal de la violencia de género está atravesado por la negación de los derechos de las mujeres. La naturalización y minimización de la violencia, la asignación de responsabilidad a las víctimas y la deslegitimación de sus declaraciones sirven como muestra de la discriminación en el sistema de administración de justicia. A pesar de que los códigos procesales prescriben que los elementos probatorios deben valorarse de manera sana, crítica y racional, el resultado no ha sido siempre tan sano, ni tan crítico y menos aún racional”. (Di Corleto 2017, 285).

Como sociedad, debemos visibilizar este análisis sesgado, que se esconde bajo la apariencia de neutralidad, y reclamar la necesidad de que las investigaciones que se realicen de estos casos atravesados por un historial de violencia contra la mujer sean respetuosas de sus derechos y cumplan con las obligaciones internacionales de investigar, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, a las que el Estado argentino se ha comprometido.

1. La agresión ilegítima en la jurisprudencia

El Código Penal (art. 34 inc.6, a) exige una agresión ilegítima como requisito para que se configure la legítima defensa. Como expuse en el apartado I, la doctrina y la jurisprudencia han definido que la defensa va a estar justificada cuando esa agresión ilegítima sea actual e inminente a un bien jurídico. La importancia del requisito de la inminencia -o actualidad de la agresión- viene dada porque es necesario que la agresión se esté produciendo o vaya a producirse para que pueda operar una defensa dirigida a detenerla o a repelerla. “Expresado en estos términos las diferencias pueden ser claras, pero la distinción deja de ser prístina si se modifican los supuestos de hecho y se comienza por imaginar extensos momentos de calma que la mujer razonablemente percibe como previos a una agresión” (Di Corleto 2006, 8).

Por lo expuesto a lo largo de este trabajo, la inminencia debe ser considerada en el marco de la complejidad y particularidad que presenta el fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico, atendiendo a su dinámica multicausal y cíclica. En consecuencia, requiere de una ardua tarea interpretativa para determinar cuándo se está frente al principio y al fin de una agresión. “En estos supuestos, se ha sugerido que el pasado de abuso sea utilizado para redefinir en forma adecuada el concepto de ‘inminencia’ o para evaluar la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente” (Di Corleto 2006, 9). A modo de figurar esta línea de análisis, haré uso de fragmentos jurisprudenciales que evidencien los razonamientos de las decisiones judiciales respecto de este requisito.

En el caso “Seco Teresa Malvina s/homicidio agravado”¹⁹ (STJT 2014) la imputada contó “que cuando yo le quité el cuchillo mi marido se acercó a mi hijo y le pegó con la mano un golpe, que ahí se me vino encima, y como yo tenía el cuchillo en la mano, lo herí en el pecho”. El tribunal no consideró los hechos que relató la imputada y resolvió condenarla por entender que la lesión no fue producida en legítima defensa, aun cuando se pronunció respecto de que era evidente que el esposo de María Teresa “minó el vínculo marital que le unía a su esposa con actitudes violentas” y reconoció que la imputada era “una joven mujer, de escasos recursos económicos, instruida, sin antecedentes penales, víctima evidente de violencia intra familiar, de género, madre de tres hijos menores” (STJT 2014, 6). La defensa cuestionó, con razón, la sentencia del tribunal de Casación. Así, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán razonó que “el ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y esto por cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en un momento aislado” (STJT 2014, 17). Entendió que:

“En esa inteligencia, estando la Sra. Malvina Teresa Seco ante un sujeto de considerable tamaño (...), que ya la había golpeado en otras oportunidades y con su hijo presente, mal podría haber interpretado que Cristian Eduardo Olivera había

¹⁹ Para mayor riqueza de mi análisis, reitero los hechos del caso: Seco, María Teresa le pidió a su esposo que se retirara del hogar. El Sr. Olivera regresó e ingresó violentamente: rompió la puerta de entrada con patadas. Olivera comenzó a golpearla. En ese momento, su hijo lo empujó con ánimos de apartarlo de la madre y también recibió golpes por parte del Sr. Olivera. Es entonces, que el hijo que tenían en común agarró un cuchillo del cajón de la cocina, pero la Sra. Seco se lo quitó. Con la intención de poner fin al conflicto se retiraron de la cocina hacia otra habitación, pero el Sr. Olivera los siguió para agredir de nuevo a la Sra. Seco, se abalanzó sobre ella y como respuesta lo empujó y lo hirió con el cuchillo en el pecho.

terminado su ataque y que no corría más riesgo su integridad y la de su hijo. Incluso –en ese sentido- (...) ‘también debe considerarse inminente el mal que tiene continuidad por su reiteración muy frecuente...’ (ZAFFARONI, Raúl Eugenio, op. cit. Pg. 497). En consecuencia, la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar debe ser considerado como un “mal inminente” que –a priori- habilita la materialización de una conducta defensiva” (STJT 2014, 21)

Razonamientos como el expuesto, evidencian la necesidad de que el pasado de violencia debe servir para redefinir en forma adecuada el concepto de inminencia y evaluar la razonabilidad de la percepción del peligro inminente que tenía la mujer en ese momento. Además, para cerrar su pronunciamiento los jueces sostuvieron que “resulta descalificable como acto jurisdiccional válido la sentencia que condena a la imputada omitiendo valorar el plexo probatorio reunido en forma integral y a la luz del marco normativo nacional y supranacional que incorpora la perspectiva de género” (STJT 2014, 26)

Un razonamiento también problemático es el que llevó a cabo el tribunal de primera instancia de San Luis en el caso “G.M.L s/ homicidio simple”²⁰ (STJSL 2012), en donde rechazó la procedencia de una legítima defensa con argumentos meramente dogmáticos, genéricos y abstractos orientados a la imposibilidad de la imputada de acreditar la situación de agresión. En este sentido, sostuvo que la declaración de la imputada respecto de los golpes que recibía por parte de su agresor no fueron acreditados y, por lo tanto, no se hallaba tampoco acreditada la necesidad de defenderse. La defensa de la imputada cuestionó esto y sostuvo que “surge del testimonio del oficial de policía que observó desorden en el lugar dónde se produjeron los hechos, todo lo cual hace presumir la existencia de una pelea”. Como he desarrollado anteriormente, un aspecto singular en la prueba de la legítima defensa es que, generalmente, los hechos enjuiciados tienen lugar en ámbitos privados en lo que resulta muy difícil identificar testigos presenciales que corroboren lo sucedido. En este sentido, la historia de violencia padecida por la imputada no es un dato menor, sino que es parte del plexo probatorio de la causa de justificación.

²⁰ Para mayor riqueza de mi análisis, reitero los hechos del caso en cuestión: Durante una discusión ocasionada por los celos excesivos del Sr. Appap respecto de su esposa, la golpeó con los puños repetidamente, al mismo tiempo la llevaba por la fuerza hacia la cocina. En ese momento, María Laura Gómez tomó un cuchillo - primer y único elemento que encontró a su alcance- y a través de ademanes con el objeto intentaba alejarlo de ella. En ese forcejeo lo hirió de una puñalada.

Como bien enseña Hopp (2017), los casos de violencia de género requieren una consideración contextual importante sobre la dinámica de la violencia dentro de la pareja.

En esta línea con lo anterior, debe tenerse en consideración que “en el contexto de la mujer maltratada que alega haber agredido a su esposo en legítima defensa, la razonabilidad de la actuación de la mujer debe determinarse tomando en cuenta cualquier conocimiento que ésta tenía de actos violentos cometidos por su esposo en el pasado” (Chiesa 2007, 53). En este sentido, comprender por qué la mujer se encuentra en un estado de peligro inminente tiene plena relevancia en la imputación penal. Ello es así en tanto permite reconocer que a pesar de que la agresión del marido o pareja no se esté produciendo en un determinado momento, la mujer aun así se encuentra en un estado de peligro que la conduce a tener que defenderse. Esto último permite desprender el razonamiento acerca de que en una relación de pareja existen ciertos códigos de comunicación -gestos, palabras, silencios, tonos de voz, lenguaje corporal que tienen significados claros- que son extraños al entendimiento de quienes son ajenos a ella. En este sentido, entonces, “para una mujer que vive violencia, una mirada, un movimiento, ya constituyen señales que le permiten prever la agresión que se desencadena (...) lleva a que perciban una situación de peligro frente a gestos que, quienes no fueron sometidos a abuso, no reconocerían como antecedentes de un ataque” (Di Corleto 2006, 15).

Otro pronunciamiento preocupante, citado en los primeros apartados, es aquel desplegado por el tribunal de San Martín en tanto desestimó la procedencia de una legítima defensa por considerar que la agresión sufrida por la mujer imputada era una más de las que acostumbraba a padecer²¹. Así, mediante la normalización y naturalización de los antecedentes de peleas estableció que “no era sino una más” y, por lo tanto, consideró que no hubo peligro inminente para la mujer. Contrario a esta postura, con razón, la Casación sostuvo que “cuando se combina la existencia de un patrón regular de violencia doméstica con el conocimiento de la mujer (...) pudiera considerarse razonablemente la postura de esta que creía que su pareja la iba a matar -en una situación en donde a primera vista parecería no existir tal peligro” (TCPBsAs 2009, 3). Lo que el Tribunal está diciendo es que en los casos de violencia doméstica la actualidad también está dada por la frecuencia de los ataques físicos y la severidad del abuso psicológico. Por lo tanto, la frecuencia o habitualidad de la violencia puede considerarse como continuidad y, en razón de ello,

²¹ La Sra. D.A.I disparó a su pareja en el vientre mientras él le propinaba una golpiza.

conducir a entenderla como una agresión inminente. (Sánchez y Salinas 2012, 194). En relación con este razonamiento, el Superior Tribunal de Justicia de San Luis en el caso “Gómez, María Laura s/ homicidio simple” ya citado, entendió que:

“[E]n un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza” (STJSL 2012, 9)

De acuerdo a los razonamientos que hasta aquí he expuesto, cabe decir que deben valorarse las circunstancias fácticas relacionadas tanto con los antecedentes de violencia, la situación de vulnerabilidad y subordinación de la mujer como así también los hechos que dieron lugar a la agresión-defensa. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza tiene dicho que “en los hechos de violencia de pareja (...) hay que valorar la secuencias de los mismos y los tipos y modalidades de agresiones, y no solo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal. (...)” (SCJM 2014, 11)²². Así, los sentenciantes razonaron que “la encausada fue agredida (...) a través de numerosos insultos que la humillaban y descalificaban como mujer y madre delante de sus hermanos, agresiones que continuaron en la parada del colectivo y durante el viaje donde también le dio un cachetón en la cabeza y le tiró el cabello” (2014,12). Posteriormente, consideraron que las agresiones se prolongaron cuando se encontraban en el domicilio, y finalmente el agresor “le arrojó un golpe de puño en el rostro o cabeza, momento en que la encausada lo hirió en el pecho con el cuchillo que utilizaba en la cocina.” (2014, 12). Por todo ello, el máximo tribunal provincial entendió que el requisito de la actualidad de la agresión se encontraba probado en tanto:

²² De las declaraciones y exposición de los sentenciantes surge que en el marco de una visita familiar la pareja comenzó a discutir, allí el varón la agredió verbalmente. Por esta razón, ella decidió retirarse y, en el transcurso del recorrido hasta su domicilio, siguió hostigándola. Una vez en su domicilio, mientras la imputada estaba desplegando actividades culinarias, el varón la golpeó con el puño y ella le provocó una herida con un cuchillo. Posteriormente, la imputada auxilió a la víctima y la trasladó con ayuda de vecinos al hospital, donde falleció.

“[P]ara garantizar el derecho de defensa de las mujeres debe valorarse la prueba vinculada a la historia de violencia de género de la imputada, y no debe ser minimizada y excluida mediante una visión reduccionista de quienes tienen que juzgarlos, sobre todo cuando los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas. La producción de esta prueba y su valoración es insoslayable para probar que la imputada actuó en legítima defensa.” (SCJM 2014, 11)

En similar sentido, en el caso caratulado “López, Susana Beatriz s/ recurso de casación”²³ el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (2016), razonó que para determinar si las agresiones sufridas por López provocaron la apreciación de una amenaza o posibilidad de un daño inminente tal como lo requiere la ley, correspondía:

“[C]onsiderar entonces el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado desde una perspectiva de género, puesto que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airoso frente a este tipo de enfrentamiento. En este sentido, no debe entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica” (TCPBsAs 2016, 17).

El mencionado Tribunal reconoció que la(s) agresión(es) en un contexto de violencia de género tiene(n) la característica de la permanencia ya que “la conducta ilegítima del agresor hacia su víctima, en la situación de convivencia, aparece en todo momento y bajo cualquier circunstancia desencadenante, generando en la víctima temor, preocupación y tensión constantes que la tienen a la espera permanente de una agresión inminente.” (2016, 17)

2. El requisito de la necesidad racional del medio empleado en la jurisprudencia

El Código Penal (art. 34, inc.6, b) exige como requisito que exista una necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima. Una cuestión relevante que merece atención -y a ella está dedicada este subapartado- son los factores que se

²³ La Sra. López efectuó un disparo de arma de fuego a su esposo en la cabeza, lo que causó su fallecimiento. Según surge de sus declaraciones, la noche del hecho su esposo la había golpeado, maltratado física y psicológicamente, como así también sufrió agresiones sexuales.

toman en cuenta para juzgar tanto la concurrencia efectiva del peligro como la percepción que tiene una persona de la necesidad de defenderse de aquel. Como se explicó en el apartado correspondiente al análisis dogmático de la legítima defensa, el requisito de la necesidad racional del medio empleado implica una doble exigencia: en primer lugar, que la defensa debe ser necesaria -lo será cuando se esté frente a un ataque actual o inminente-. En segundo lugar, la acción defensiva debe ser la menos lesiva de aquellas posibilidades que tuviese a disposición la persona que se defiende. En lo que aquí interesa, corresponde tener en consideración a la hora de evaluar la existencia del peligro qué percepción tuvo la mujer respecto de la inminencia y gravedad de la agresión que provocó que tuviera que defenderse.

“[P]ara una víctima de violencia, quizás lo más difícil sea explicar por qué después de haber pasado por tantas agresiones, en ese momento determinado, en esas circunstancias particulares, respondió de la manera en que lo hizo” (Di Corleto, 2006, 14). Considero que quienes acuden a este tipo de argumentos para cuestionar el accionar de la mujer, y así desestimar la procedencia de una legítima defensa, es asimilable a aquel razonamiento que considera que la agresión “era una más” a la que la mujer ya estaba acostumbrada. Poner en duda la necesidad de la defensa que percibió la mujer en base a preguntas del estilo ¿por qué no se defendió antes? o ¿por qué ahora sí se defendió si era otra agresión más? carece de toda percepción del contexto de violencia y discrimina a la mujer. Polemizar la percepción del peligro en razón de cuestionamientos que tengan que ver con la explicación de por qué esta vez sí se defendió, es acudir a un razonamiento profundamente dotado de sesgos de género. Es falaz cuestionar la necesidad de defensa en razón de si existió un ataque menos o ataque más, o exigir la explicación de la mujer de por qué ahora sí y antes no. La defensa del ataque anterior en la dinámica cíclica de la violencia sería tan legítima como aquella defensa del ataque que sucedió posteriormente y del que “esta vez” la mujer consideró necesario defenderse porque se estaba lesionando o amenazando con poner en peligro a un bien jurídico suyo.

En esta línea, el Supremo Tribunal de Justicia de San Luis en el ya citado fallo “Gómez María Laura” determinó que la conducta defensiva será necesaria “mientras se halle presente el peligro del daño que, para un derecho, represente una agresión actual o futura. Durante ese tiempo la conducta defensiva será oportuna. Porque mientras concorra el peligro habrá necesidad racional de defensa” (STJSL 2012, 10). Seguidamente, concluyó que “mientras la agresión -presente o potencial- ocasione peligro para un bien jurídico

será racionalmente necesario lanzar el medio defensivo; tal será el modo racional de "impedirla o repelerla" (2012, 10).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, cabe destacar la importancia de tener presentes los antecedentes de violencia a la hora de juzgar la conducta de la mujer, ya que resulta esencial para comprender su evaluación o percepción de la amenaza y su consecuente acción defensiva. En este sentido, la importancia de poder aportar información que ayude a contextualizar la situación de violencia que sufría la mujer viene dada por su utilidad para evaluar la razonabilidad de su percepción acerca del peligro ante el que se encontraba. En la doctrina, existen posturas que consideran insuficiente el testimonio de la mujer y le restan credibilidad por ser la única prueba. Sin embargo, cabe resaltar que a partir de este único testimonio se puede obtener información adicional que ayude a corroborarlo, como es el testimonio de un experto en violencia de género, las pericias médicas y/o psicológicas, las denuncias previas -si existiesen- y, de este modo, ayudar a contextualizar su realidad como víctima de violencia de género. Así, por ejemplo, “el experto podría explicar por qué, en razón de las golpizas anteriores a las que fue sometida la mujer, ella estuvo en una situación de alto riesgo y en una posición especial para predecir la magnitud de la violencia que se desencadenaría.” (Di Corleto 2006, 14).

Otra arista problemática con respecto a este requisito es que se suele argumentar que la mujer pudo acudir a otras vías de solución menos lesivas -pudo haber llamado a la policía, pedir ayuda a vecinos o familiares, haber huido- en lugar de haberse defendido. Sobre este punto, la doctrina tiene dicho que el derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto, por consiguiente, “quién podría huir estará pese a ello amparado por legítima defensa si hace frente a la agresión y lesiona al agresor obligado por la necesidad” (Roxin 1997, 633). El fundamento encuentra razón de ser en que el agresor no puede exigir ninguna consideración porque él mismo se coloca en esa posición al infringir sus deberes para con la mujer. Así, Roxin entiende que:

“ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apelada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo se ha desligado, por eso puede

hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”. (Roxin 1997, 652)

Aquellas decisiones judiciales que condenan a las mujeres que se defienden de sus agresores, en base a razonamientos que exigen la huida de la mujer como medio más idóneo y menos lesivo para evitar la agresión, se alejan profundamente de la realidad. Puesto que “[e]ste tipo de argumentación, no sólo refuerza los mitos en torno a la violencia, sino que también evidencia falta de conocimiento sobre la situación específica de las mujeres golpeadas que intentan huir de los ataques de sus parejas” (Di Corleto 2006, 7). En este sentido, estudios estadísticos enseñan que:

“las agresiones más feroces se dan en el momento en que la mujer intenta irse. El momento de la separación es reconocido como el período más peligroso en una relación de maltrato y se estipula que puede durar hasta dos años después de terminado el vínculo. La pretensión de independencia de la mujer, y específicamente en el acto de la separación, es la que exacerba la violencia masculina. Por ello, las mujeres que abandonan a sus maridos enfrentan un riesgo mayor de ser lesionadas o asesinadas” (Di Corleto 2006, 7)

Ejemplo de un razonamiento adecuado es el desplegado por el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires²⁴, que entendió que la necesidad racional es un dato a valorar contingentemente y que el tribunal de primera instancia se equivocó al haber concluido “que las palizas eran normales y no quedaba más que tratar de salir corriendo asumiendo el peligro de ser perseguida aún por una escalera hacia abajo”. Así, la Casación realizó un análisis contextual de los hechos y sentenció que “el medio elegido -una pistola de calibre menor dirigida al vientre- aparece como necesario (no se puede reclamar que se exponga a la huida desde la planta alta para afrontar la bajada de la escalera con una agresión en curso) y racional.” (TCPBsAs 2009, 2). En sentido similar, el mismo Tribunal en el caso “López, Susana Beatriz s/ recurso de casación”²⁵ sostuvo que:

“no resulta idóneo impedir o repeler una agresión en circunstancias de violencia doméstica utilizando medidas disuasivas y advertencias, pues estas podrían provocar

²⁴ A modo de enriquecer el análisis del caso, reitero los hechos: la Sra. D.A.I disparó en el vientre a su pareja mientras él la golpeaba fuertemente y le impedía salir del dormitorio.

²⁵ Tal como lo expuse anteriormente, de las declaraciones de la Sra. López surge que efectuó un disparo de arma de fuego a su esposo en la cabeza a modo de defenderse, puesto que esa noche su esposo la había golpeado, maltratado física y psicológicamente, como así también sufrió agresiones sexuales.

reacciones aún más violentas; por lo tanto, el medio más idóneo será el medio más seguro, que es muchas veces el más grave o duro. En las situaciones en donde el enfrentamiento es entre una mujer y un hombre (...) no siempre existe la posibilidad de elección entre un medio más grave o menos grave, sino en la utilización de la única forma posible de defensa. Y por las características particulares de socialización, educación, experiencias personales – inclusivas o no de violencia doméstica- y, muchas veces, contextura física de la mujer, es claro que ésta debe defenderse cuando el hombre se encuentra desprevenido y con sus defensas bajas, a diferencia del hombre que comúnmente no necesita de esta circunstancia para consumir su defensa” (2016, 18).

De acuerdo a lo sostenido en estos subapartados dedicados al tratamiento jurisprudencial de los requisitos de la legítima defensa, vale decir que si la inminencia halla su razón de ser como elemento de la justificación para asegurar que la defensa sea necesaria, entonces, el derecho no puede ignorar la existencia de necesidad aun cuando se esté ante casos en los que no es tan clara la inminencia de la agresión. Por lo tanto, la inminencia debe ser leída e interpretada desde una perspectiva de género y, consiguientemente “cuando hay un conflicto entre necesidad e inminencia, la necesidad de la defensa debe prevalecer” (Chiesa, 2007, 57)

Lo que queda en claro de todo lo expuesto hasta aquí es que la interpretación de las autoridades judiciales en relación con la existencia (o no) de los requisitos para que se configure un caso de legítima defensa cambia drásticamente según se incorpore y tenga en cuenta el contexto de violencia cíclica que padecen las mujeres en estos casos. Por supuesto que siempre subsistirán casos de difícil solución, y habrá de detenerse en su análisis concreto para una correcta respuesta, pero no caben dudas que sea cual sea esa posible solución, aún en los casos difíciles, ella no es posible sin incorporar una mirada de género.

IV. Reflexiones finales

La redefinición de la interpretación de los requisitos mediante la incorporación de una perspectiva de género a la investigación penal y a las decisiones judiciales no supone más que el deber de actuar sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja histórica en que han sido colocadas las mujeres (en general) y la vulnerabilidad de la mujer cuya conducta está siendo enjuiciada (en particular). Interpretar los estándares

exigidos por la ley para tener por configurada la legítima defensa desde una mirada con perspectiva de género es comprender el origen de la problemática de violencia que afecta a un gran número de mujeres y que no se reduce a un mero conflicto privado de pareja. La incorporación de la perspectiva de género resulta de suma relevancia a los fines de garantizar el derecho de las mujeres a una vida sin violencia.

En efecto, incorporar la mirada de género a las interpretaciones de la ley permite visibilizar el contexto, las dificultades y problemas a las que se enfrentan las mujeres que son víctimas de violencia de género. De lo contrario, no sólo se estaría perpetuando la impunidad sobre la violación de sus derechos humanos fundamentales sino que también se les estaría negando su derecho a defenderse. Interpretar los estándares de la legítima defensa a la luz de una perspectiva de género que ponga el foco sobre la contextualización de la particular situación de violencia de la que es víctima la mujer enjuiciada es, de alguna manera, poder materializar la impartición de justicia.

Otra de las cuestiones sobre las que considero correcto hacer una reflexión final es la actividad probatoria. Ello es así en tanto los procesos penales buscan abordar a la verdad de lo ocurrido y, por esta razón, suelen centrar la actividad probatoria sólo en el hecho delictivo porque ir más allá del hecho enjuiciado, en ocasiones, resultaría irrelevante e impertinente. Muy por el contrario, en los casos de violencia de género en donde la mujer ha llegado a los estrados en calidad de imputada, cobra especial importancia la producción de la prueba destinada a contextualizar la particular situación de violencia de género de la que era víctima la mujer. En este sentido, la amplitud probatoria constituye en este ámbito un elemento fundamental para comprender la inminencia de la agresión y la percepción que la mujer tenía del peligro al que se enfrentaba, para entender por qué actuó como lo hizo. Así, se torna necesaria una defensa técnica eficaz que incluya la perspectiva de género a su estrategia de modo de asegurar la adecuada contextualización de las condiciones de vulnerabilidad y subordinación en las que se encontraba la mujer al momento de desplegar la acción defensiva. Por lo tanto, todos sus esfuerzos deberían estar destinados al ofrecimiento de medios de prueba tendientes a visibilizar la situación de violencia de género, asegurarse que se incorpore la perspectiva de género en la intervención pericial como así también en procurar que el tribunal juzgue los hechos a través de esta lupa contextual. Considero que la incorporación de la perspectiva de género es necesaria y extensiva a todos los actos jurisdiccionales.

El objetivo que perseguí a largo de este trabajo fue indicar que los estándares actuales sin una adecuada interpretación, sumada a las nociones estereotipadas sobre cuál debería ser el comportamiento de la mujer maltratada, conducen a soluciones profundamente injustas que perpetúan la discriminación contra las mujeres. Las abstracciones en los conceptos de las figuras penales permiten ceder ante la necesidad de incluir circunstancias relevantes para eliminar la responsabilidad de las mujeres que matan a sus parejas en legítima defensa. En este sentido, es que insistí en la importancia de contextualizar la situación de la mujer en el caso concreto, con sus antecedentes de violencia, de modo que se incluya la violencia de género sufrida por aquella como una variable en el análisis de los hechos y de la valoración de la prueba. No creo que la solución dependa de una reforma legislativa ni de la flexibilización o aplicación diferenciada de los estándares reglados, puesto que nuestro ordenamiento jurídico evidencia enormes esfuerzos destinados a proteger los derechos de las mujeres -ratificación de Tratados Internacionales, Ley de Protección Integral, Ley “Micaela”, son algunos de los resultados-. En efecto, considero que quienes son los encargados de aplicar el derecho deberán orientar su trabajo interpretativo a armonizar aquellas herramientas protectoras y reivindicadoras de los derechos de las mujeres. Puesto que el ordenamiento jurídico está reconociendo la posibilidad de defenderse ante una agresión ilegítima a un bien jurídico, también evidencia un interés en proteger a las mujeres y reconoce el fenómeno de la violencia de género. Es decir, no existe carencia de normativa. Sin embargo, la aplicación pretendidamente neutral del derecho puede resultar discriminatoria y, por ello, es necesario interpretar este conjunto de normas en su mejor luz. Por esta razón, considero necesario estudiar, conocer y comprender acabadamente el fenómeno de la violencia de género, para una aplicación contextualizada y armoniosa de las normas que ya existen.

Para finalizar, cabe decir que es evidente la necesidad de una interpretación a través de una perspectiva de género de los requisitos exigidos por nuestro código penal para tener por legítima una defensa. A través del análisis de jurisprudencia desplegado en el apartado anterior, busqué dar respuesta al título de este trabajo: “mujeres víctimas de violencia de género ¿sin derecho a defenderse? Así, mediante la exposición de los argumentos de las autoridades judiciales que intervinieron en cada caso aquí citado, se puede ver cómo varía la solución del caso si los mismos hechos son analizados bajo una mirada de género y contextualizados en el marco de un adecuado conocimiento del fenómeno de la violencia de género. Creo firmemente, entonces, que para garantizar el derecho a defenderse de las

mujeres que son víctimas de violencia de género es necesario contextualizar los hechos, por ellas vivenciados, en el marco de una adecuada perspectiva de género que permita una interpretación de la norma que sea comprensiva del fenómeno de la violencia doméstica. Ello no sólo derivaría en prácticas jurídicas eficientes -que vayan desde la investigación, estrategias de defensa y hasta resoluciones judiciales- sino que también resultarían entendedoras de la problemática generalizada del fenómeno, receptivas de los estándares internacionales, reconocedoras de los derechos humanos de las mujeres y, por ende, impartidoras de justicia.



Universidad de
San Andrés

Bibliografía consultada

Aboso, Gustavo Eduardo. 2012. *Código Penal de la República Argentina, comentado y concordado con jurisprudencia*. Buenos Aires: B de F.

Antinua, Gabriel Ignacio. 2013. “Se trata de no criminalizar a las víctimas”. En *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Arduino, Ileana. 2017. “Mecanismos de simplificación alternativos al juicio y género en el proceso penal: redefinir la discusión desde la política criminal”. En *Género y justicia penal*, compilado por Julieta Di Corleto, 265-284. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Bertelotti, Mariano. 2019. *Derecho procesal penal: actos procesales. Prueba*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bodelón, Encarna; Naredo Moledo, María y Casas Vila, Gloria. 2012. “La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan violencia de género en España”. En *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Bolea Bardón, Carolina. 2007. “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 09/02/2007.

Casas, Laura J. 2014. Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. A propósito del fallo “XXX s/ homicidio agravado por el vínculo” de la Corte Suprema de Tucumán. En *Revista Pensamiento Penal*, ver en: <http://revista.pensamientopenal.com.ar/doctrina/38993-impacto-perspectiva-genero-dogmatica-penal-legitima-defensa-proposito-del-fallo-xxx>

Chiesa, Luis Ernesto. 2007. “Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona”. En *Revista Penal* n°20/2007

Colombo, Marcelo y Mángano, Alejandra. 2013. “Sobre víctimas victimarias”. En *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer. 1994. Belem do Pará.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 1958. Nueva York

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). 1979. Nueva York.

Corte Suprema de Justicia de la Nación “Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa N°14.092.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple (01/11/2011).

Creus, Carlos. 1993. *Derecho Penal, parte especial, tomo I*. Buenos Aires: Astrea.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. París.

Di Corleto, Julieta y Piqué, María L. 2017. “Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de Género”. En *Género y Derecho Penal*, coordinado por José Hurtado Pozo, 409- 433. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Di Corleto, Julieta. 2006. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. Artículo publicado en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, N° 5/2006, mayo 2006.

Di Corleto, Julieta. 2015. “La valoración de la prueba en casos de violencia de género”. En *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, compilado por Florencia Plazas y Luciano Hazan. Buenos Aires: Del Puerto.

Di Corleto, Julieta. 2017. “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”. En *Género y Justicia Penal* 285-308. Buenos Aires: Ediciones Didot.

Dirección General de Políticas de Género (2019). *Herramientas para el abordaje de la violencia de género desde los espacios institucionales*. Buenos Aires: Dirección General de Políticas de Género.

Faraldo Cabana, Patricia. 2006. “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. En *Revista Penal*, n°17.

Frister, Helmut. 2011. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.

Giberti, Eva. 2009. “¿Por Qué Algunas Mujeres Se Quedan Con El Golpeador?”. *Clarín*, no. 16/04/2009.

Herrera, María M. 2008. “La categoría de género y la violencia contra las mujeres”. En *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, compilado por Elida Aponte Sánchez y María Luisa Femenías, 55-74. La Plata: Universidad Nacional de La Plata.

Hopp, Cecilia M. 2017. “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”. En *Género y Justicia Penal*, coordinado por Julieta Di Corleto, 15-46. Buenos Aires: Didot.

INDEC. 2019. *Registro único de casos de violencia contra las Mujeres (RUCVM). Resultados 2013-2018*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos. Libro Digital en PDF. Ver en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_19.pdf

Jakobs, Günter. 1995. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.

Juzgado de garantías N° 3 de Mercedes "I.P.P. n° 264.424 seguida a M. C. V. por el delito de homicidio calificado" - (Buenos Aires) - 17/03/2009

Lacrampette Polanco, Nicole y Lagos Tschorne, Catalina. 2006. "El derecho internacional de los derechos humanos y las mujeres". En *Derechos Humanos y mujeres: teoría y práctica*, coordinado por Nicole Lacrampette, 69-147. Chile: Universidad de Chile

Larrauri, Elena. 1994. *Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal*. Ver en: [https://www.academia.edu/25683809/Violencia Dom%C3%A9stica y leg%C3%ADtima defensa una aplicaci%C3%B3n masculina del derecho penal](https://www.academia.edu/25683809/Violencia_Dom%C3%A9stica_y_leg%C3%ADtima_defensa_una_aplicaci%C3%B3n_masculina_del_derecho_penal)

Lauría Masaro, Mauro y Saba Sardaños, Nuria. 2017. "Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género". En *Género y Justicia Penal*, coordinado por Julieta Di Corleto, 47-74. Buenos Aires: Didot.

Ley n° 26.485 "ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales"

Maier, Julio B. J. 1996. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto.

Olaizola Nogales, Inés. 2010. "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria". En *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXX.

Righi, Esteban. 2016. *Derecho Penal: parte general, 3era edición*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Righi, Esteban. Fernández, Alberto. 1996. *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*. Buenos Aires: Hammurabi.

Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal: parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas S.A.

Sanchez, Luciana y Salinas, Raúl. 2012. "Defenderse del femicidio". En AA.VV, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

Siegel, Reva. 1999 "Regulando la violencia marital". En *Derecho y grupos desaventajados* compilado por Gargarella. Barcelona: Gedisa.

Superior Tribunal de Justicia de San Luis. "Gómez, María Laura s/homicidio simple (28/02/2012).

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, F. c/ Rojas Echevarrieta, Cinthia Jazmín P/ homicidio simple s/casación (23/06/2014)

Supremo Tribunal de Justicia de Tucumán. Sala Civil y Penal. 2014. “Seco Teresa Malvina s/ Homicidio agravado por el vínculo” Nro. Sent: 329 Fecha Sentencia: 28/04/2014

Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I. 2009. “D.A.I S/ Homicidio”. Fecha sentencia: 18/02/2009. Cita Online: AR/JUR/399/2009

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, “López, Susana Beatriz s/ recurso de casación (05/07/2016).

Villegas Diaz, Myrna. 2010. “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal”. En *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXIII n°10.

Zaffaroni, Eugenio R. 2005. *Manual de Derecho Penal: Parte general*. Buenos Aires: Ediar S. A.



Universidad de
San Andrés