

Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina¹

Legitimate defense in cases of gender violence. a study of argentine doctrine and jurisprudence

Hernán Herrera²

Manuel Francisco Serrano³

Daniel Gustavo Gorra⁴

Universidad Nacional de San Luis (Argentina)

Sumario: 1. Introducción. 2. La violencia de género y su abordaje jurídico-institucional. 3. Legislación protectoria en Argentina y a nivel Internacional. 4. La violencia de género como una forma de tortura. 5. La legítima defensa en los casos de violencia de género. 5.1 Agresión ilegítima. 5.1.1 Actualidad de la agresión. 5.1.2 Inminencia de la agresión. 5.1.3 Agresión incesante. 5.1.4 Agresión que ya ha cesado. 5.2 La necesidad racional del medio empleado. 5.3 Falta de provocación. 5.4 La falta de voluntad de defensa (aspecto subjetivo). 6. Conclusiones

Resumen: Nuestro propósito es describir la aplicación de la legítima defensa en las denominadas *situaciones no confrontacionales*. Para ello, en primer lugar conceptualizaremos la violencia de género como aquella que se ejerce sobre la mujer, por su condición de tal y describiremos la ausencia por parte de los tribunales en la identificación de esta problemática. En segundo lugar, analizaremos la recepción de la legislación argentina e internacional sobre el tratamiento de la violencia de género y las recomendaciones y criterios a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar la ley penal. Por último, expondremos el tratamiento de la legítima defensa en contextos de violencia de género analizando cada uno de sus elementos. Nuestras conclusiones se centrarán en necesidad de abordar las situaciones de violencia de género tomando como base las normativas internacionales para la aplicación de la legítima defensa en las situaciones no confrontacionales.

Palabras claves: Legítima defensa, Perspectiva de género, Argentina

Abstract: Our purpose is to describe the application of legitimate defense in so-called non-confrontational situations. To do this, we will conceptualize gender violence as that which against women, due to their condition as such, and we will describe the absence by the courts in the identification of this problem. Second, we

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Consolidado "15-0120 Derecho y lenguaje: delimitación y alcance de los criterios judiciales" UNSL – CyT.

² Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Magister en Derecho Penal (Universidad de Sevilla), Profesor Adjunto de Derecho Penal I - Parte General (Universidad Nacional de San Luis), Juez Interino de la Cámara de Apelaciones en lo Penal y Correccional N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial de San Luis.

³ Abogado (Universidad Nacional de San Luis), Magíster en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes), Ayudante docente en Ética (Universidad Nacional de San Luis), becario del Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas (CONICET).

⁴ Abogado (Universidad Católica de Cuyo), Magíster en Criminología (Universidad de Mendoza), Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo), Profesor de Filosofía de Derecho (Universidad Nacional de San Luis).

will analyze the reception of Argentine and international legislation on the treatment of gender violence and the recommendations and criteria to take into account when interpreting and applying criminal law. Finally, we will present the treatment of legitimate defense in contexts of gender violence, analyzing each of its elements. Our conclusions will focus on the need to address situations of gender violence based on international regulations for the application of legitimate defense in non-confrontational situations.

Keywords: Legitimate defense, Gender perspective, Argentina

1. Introducción

En la actualidad la problemática sobre violencia de género ha abierto espacios de debate en diferentes áreas del derecho. En particular, el derecho penal es uno de los ámbitos donde más ha repercutido. A partir de la redefinición de algunos institutos, conceptos y categorías, la violencia de género se incorpora como una especie de "criterio evaluativo" o elemento a tener presente para la aplicación de la ley penal en determinadas circunstancias. Por ejemplo, las causas de justificación se están evaluando con eje en la violencia de género de acuerdo al caso particular. En efecto, la legítima defensa ha comenzado a redefinirse a partir de situaciones de contexto de violencia de género. Así, en algunos casos, aunque se den los elementos formales para su aplicación, esta se rechaza - siendo una víctima mujer -, o bien, cuando ante la ausencia de estos elementos la causa de justificación se aplica siendo una mujer la imputada. En ambos casos - su rechazo o procedencia - se ha argumentado sobre la base de tratarse de contextos de violencia de género.

Al respecto, nuestro propósito es describir la aplicación de la legítima defensa en las denominadas *situaciones no confrontacionales*. Estas se caracterizan por el hecho de que se ejercen en un momento en el cual el hombre violento no se encuentra realizando un acto de violencia en concreto. Ejemplos de estas situaciones son aquellas en la que la mujer asesina a su pareja violenta mientras duerme o se encuentra distraído. Para realizar esta tarea, en primer lugar conceptualizaremos la violencia de género como aquella que se ejerce sobre la mujer, por su condición de tal y describiremos la ausencia por parte de los tribunales en la identificación de esta problemática. En segundo lugar, analizaremos la recepción de la legislación argentina e internacional sobre el tratamiento de la violencia de género y las recomendaciones y criterios a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar la ley penal. En este sentido, abordaremos el tratamiento que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido la violencia de género, en particular, que ha sido reconocida como una forma de tortura y cómo las situaciones de vulnerabilidad y agresiones de todo tipo deben tenerse presente para la procedencia o rechazo de la legítima defensa. Por último, expondremos el tratamiento de la legítima defensa en contextos de violencia de género analizando cada uno de los elementos (agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de voluntad de defensa). Nuestras conclusiones se centrarán en necesidad de abordar las situaciones de violencia de género tomando como base las normativas internacionales para la aplicación de la legítima defensa en las situaciones no confrontacionales.

2. La violencia de género y su abordaje jurídico-institucional

Cuando hablamos de *violencia de género* nos referimos al tipo de violencia que se ejerce sobre la mujer por el sólo hecho de ser mujer. Debe destacarse que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica, ni doméstica, sino de género. Aquí no nos hallamos ante una forma de violencia individual, que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja, sino que obedece a un contexto de discriminación

que tiene su origen en una estructura social patriarcal⁵. De esta manera, el género es producto de un proceso de construcción social según el cual se le atribuyen expectativas y valores diferenciados a los varones y las mujeres⁶. Así, mientras los valores propios de los varones se refieren a la racionalidad, la fortaleza, el liderazgo; los de las mujeres hacen referencia a la sensibilidad, la maternidad, la atracción sexual, generando que las expectativas de estas últimas se dirijan a ser esposa y madre. Aunque la mujer sea una profesional o asalariada, su rol de madre, esposa o atractiva no se deja de lado.

Siguiendo este razonamiento María Luisa Maqueda Abreu ha sostenido que:

Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género [...] Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género⁷.

En este sentido, a la teoría feminista se le debe el gran mérito de definir la violencia de género en términos estructurales, como un problema vinculado a la forma no equitativa en que se han construido en la sociedad las relaciones entre los sexos, destacándose que se trata de una situación de discriminación, derivada de la posición subordinada y dependiente que el patriarcado reserva a las mujeres limitándolas en sus posibilidades de autonomía⁸. La violencia de género aparece así como una manifestación de la opresión de las mujeres en la sociedad.

La doctrina⁹ y jurisprudencia internacional¹⁰ afirman que la violencia de género contra las mujeres debe ser considerada una grave violación a los derechos humanos porque esta vulnera la dignidad, la integridad y la seguridad de las mujeres y porque también debe ser leída en cuanto discriminación a las mujeres como colectivo, dado que este tipo de violencia es funcional al posicionamiento de las mujeres en un lugar de subordinación e inferioridad respecto de los varones¹¹.

⁵ COMAS DE ARGEMIR CENDRÁ, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La violencia de género: política criminal y ley penal. Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, 2005, pp. 1204 y 1205.

⁶ BERGALLI, R. y BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, p. 53.

⁷ MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08.

⁸ Tal discriminación resulta estructural, dado que se manifiesta de modo ostensible en las distintas pautas de comportamiento social y en las relaciones interpersonales. Por eso, cuando se habla de la violencia de género como una forma de discriminación de las mujeres el punto de referencia "no es el acto concreto de un sujeto individual sino la propia estructura patriarcal que constriñe la libertad de las mujeres y las relega a roles secundarios y siempre dependientes". LAURENZO COPELLO, P., "¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 783 – 830.

⁹ En este sentido se han expresado DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., "El derecho a defenderse del femicidio: la legítima defensa en contextos de violencia doméstica", en *Papeles del Centro de Investigaciones*, año 6, número 17, 2016, pp. 52; RODRIGUEZ, M. J. F., *Los Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México D.F., 2011, p. 10.

¹⁰ Siguiendo esta postura se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes casos: "Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú", Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 303; "Fernández Ortega y otros Vs. México", Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 118; "Rosendo Cantú y otra Vs. México", Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 108; "Espinoza González Vs. Perú", Sentencia del 20 de noviembre de 2014.

¹¹ DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., "El derecho a defenderse del femicidio...", ob. cit., p. 54.

Si bien es cierto que la privacidad doméstica o familiar constituye el ámbito más propicio¹² para la violencia de género, toda vez que es donde se configura el ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género; esto no permite restringir el concepto de *violencia de género* a un ámbito tan reducido como es el hogar. En primer lugar, porque la violencia de género obedece a una estructura patriarcal que ubica a la mujer en una posición de inferioridad y subordinación con respecto al hombre. En segundo lugar – y vinculado con las normas jurídicas que regulan este asunto – es que tal reducción no se encuentra prevista en ninguna normativa de orden supranacional que aborda esta problemática¹³.

Así, Maqueda Abreu sostiene que ambas:

[s]on situaciones de riesgo no ya sólo por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, sobre todo, porque constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina¹⁴.

Los relatos de los casos de violencia contra las mujeres son más crudos cuando se refieren a los infructuosos intentos de obtener ayuda de la policía o a las malogradas procesiones por los tribunales¹⁵. Lo cierto es que la mujer es víctima de violencia en un porcentaje sumamente superior que el hombre, pues debe considerarse la cifra oculta de la criminalidad que las investigaciones oficiales no relevan. Como si fuera poco, la realidad nos demuestra que -en la República Argentina- aún con la sanción y funcionamiento de la Ley N° 27.499 que establece la "Capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación" (artículo 1), los operadores siguen tratando a la violencia contra las mujeres como un problema menor - hecho evidenciado por el acelerado trámite de las actuaciones hacia el archivo - y con un manifiesto sesgo de género.

En este sentido, las diferentes resoluciones de los magistrados que omiten condenar la violencia contra las mujeres no sólo envían un mensaje a la sociedad acerca de qué es lo permitido y lo prohibido dentro del marco de las relaciones familiares, sino que también refuerzan la concepción cultural de la familia como un ente ideal libre de violencia¹⁶. Esta situación da cuenta de un trato hacia la mujer

¹² Según el Observatorio de las Violencias de Género "Ahora que sí nos ven" desde el 01/01/2021 al 29/05/2021 en Argentina hubieron 103 femicidios, de los cuales el 70,9% fue cometido por las parejas y ex parejas de las víctimas (<https://ahoraquesinosven.com.ar/reports/103-femicidios-y-4-transfemicidios-en-2021>). Descarga de fecha 20/06/2021.

¹³ No es nuestro interés desarrollar el concepto de violencia de género y su alcance de manera precisa o elucidatoria; sino más bien, dar cuenta que la violencia de género existe como una categoría propia dentro de la realidad social y, como tal, no puede escapar de la tarea judicial al momento de decidir un caso penal. Limitándonos a las decisiones judiciales que abordan casos en los que la mujer víctima de violencia de género asesina a su victimario, creemos suficiente con remarcar que la normativa aplicable a estos casos de manera alguna establece que la violencia de género únicamente se da en el ámbito familiar u hogareño, sino que abarca diversas situaciones y ámbitos, tal como se verá más adelante.

¹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social...", ob. cit., p. 4.

¹⁵ Esta circunstancia es denunciada constantemente por el movimiento feminista. El pliego de demandas colectivo presentado por el Colectivo Ni Una Menos para la manifestación del 3 de junio de 2021 presenta varios puntos referidos a reclamos policiales y judiciales para investigar, perseguir y castigar casos de violencia de género desde una perspectiva de género no patriarcal. Ver <http://niunamenos.org.ar/manifiestos/pliego-demandas-colectivo/> Descarga de fecha 20/06/2021.

¹⁶ En similar sentido se ha expedido la CIDH, en el caso "Véliz Franco vs. Guatemala", de fecha 9/5/2014, al decir que: "(l)a ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra

totalmente discriminatorio porque se le asigna un estatus sub-humano que violenta el principio de igualdad. Recién a fines del siglo XX es que comenzó a revisarse la desigual posición de la mujer, tanto como autora de delito como en calidad de víctima. Se constató la falta de protección que padecía en el sistema penal y también la importante diferencia respecto de la muy superior violencia masculina contrastada con la baja violencia cometida por la mujer, a excepción de los delitos de aborto e infanticidio. Lo cierto es que históricamente, "el paradigma de la ciencia moderna ha asegurado la dominación masculina"¹⁷ y, al mismo tiempo, lo esconde manteniendo así la diferencia de género ignorada.

Si bien el número de mujeres que responden a la violencia matando a sus agresores es ínfimo, paradójicamente, estos casos han tenido una notoria exposición en los medios masivos de comunicación. Por lo que parecería que en nuestros países el homicidio del esposo en manos de su pareja recibe una mayor condena social que el caso inverso. Esta valoración no es casual si se tiene en cuenta que tiempo atrás el homicidio al marido fue considerado tan grave como el delito de traición y que, además, el cónyuge varón podía golpear a su mujer como parte del ejercicio del derecho de corrección¹⁸.

Hace ya algunos años atrás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) habría reflexionado sobre el trato asignado a la mujer víctima de violencia de género, sosteniendo que tales hechos deben ser no sólo ser erradicados, sino también investigados, juzgados y si es necesario sancionados, sentando un loable precedente en el caso "Góngora", oportunidad en la que se opuso a la concesión del beneficio de la suspensión del proceso a prueba a favor del encartado¹⁹. Ahora bien, dicho precedente jurisprudencial es desoído por muchos jueces inferiores de Argentina, quienes continúan concediendo este beneficio y por ende sobreseyendo a violentos y femicidas, lo que demuestra a las claras que éste tipo de magistrados actúan con un fuerte sesgo machista y desconocen la operatividad de los tratados de DDHH que protegen a la mujer.

Más recientemente, el Alto Tribunal de la Nación, en el caso "R., C.E."²⁰, dejó sin efecto una sentencia que condenaba a una mujer por lesiones graves a su ex

las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia" y en la medida que existan "indicios o sospechas concretas de violencia de género", la falta de investigación "puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género".

¹⁷ BARATTA, A., *"Criminología y feminismo"*, Porto Alegre, 1999, p. 20.

¹⁸ Cfr. BARRANCOS, D., "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", en GIL LOZANO, F.; PITA, V. S. e INIM. G. (dirs.) *Historia de las mujeres en la Argentina. Colonia y siglo XIX*, Buenos Aires, 2000, p. 111.

¹⁹ CSJN, "Góngora, G. A.", Causa n°14.092 de fecha 23/04/2013. LA LEY 2013-E, p. 449 con nota de LLERA, Carlos Enrique, Suplemento Penal (Octubre de 2013). Dicho fallo sostiene que: "...la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba. De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Para" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados."

²⁰ CSJN, "RCE s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", de fecha 29/10/2019, Nro. CSJ 733/2018/CS1. Los hechos se desencadenaron a partir de que ella no había saludado a su conviviente, quien reaccionó

pareja, destacando que no se había considerado el contexto de violencia por razones de género que rodeaba al hecho, y eludiendo que ella se había defendido de un ataque. Destacando que en estos casos: "la declaración de la víctima es crucial, y que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados y tampoco la falta de señales físicas implica que no se ha producido la violencia". Añadiendo que: "la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial." Exponiendo que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento de la mujer.

Lo cierto es que el Estado Argentino tiene particular interés por constatar el alcance de tales conductas violentas y determinar la responsabilidad de sus autores -sean cuales fueren las condiciones de la sanción que eventualmente, quepa aplicar, para evitar que la impunidad fomente la repetición de esa clase de hechos.

3. Legislación protectoria en Argentina y a nivel Internacional

Lo cierto es que el sistema normativo penal es patriarcal y, en consecuencia, coloca a la mujer en desventaja, dándole menos recursos materiales, juzgándola con parámetros diferentes y poco apropiados. Una posible explicación –lo que no significa que sea la única– es que el sistema penal no ha sido estructurado pensando en la criminalidad de la mujer ni tampoco en su situación de víctima. Esto ha sido denunciado por el movimiento feminista al señalar las deficiencias de los tipos penales que tienen a la mujer como víctima, la falta de incorporación al elenco penal de determinadas figuras delictivas que incluyan conductas lesivas en su contra y la inadecuada aplicación de la ley penal que efectúan algunos jueces respecto de los hombres que delinquen contra mujeres²¹. Este tipo de orientación ideológica -que no es compartida por la mayoría de la doctrina penal contemporánea- se ve reflejada en las nuevas regulaciones legales dictadas sobre esta temática en Argentina y a nivel

pegándole un empujón y piñas en el estómago y en la cabeza. En ese contexto, ella tomó un cuchillo y se lo clavó en el abdomen. Inmediatamente se dirigió a la policía y desde el primer momento sostuvo que no quería lastimarlo pero que fue la única manera de defenderse que encontró. En la causa existían múltiples elementos probatorios que corroboraban el testimonio de RCE. Sin embargo, el Tribunal en lo Criminal N° 6 de San Isidro descreyó de la versión de la imputada y no valoró la prueba en forma adecuada. Por esta razón, RCE fue condenada a dos años de prisión en suspenso por el delito de lesiones graves. La decisión luego fue confirmada por la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la PBA. Entonces, la defensa interpuso recursos de inaplicabilidad de la ley y de nulidad por entender que la resolución resultaba arbitraria y carecía de fundamentación.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia desestimó las presentaciones. En relación con el recurso de inaplicabilidad, consideró que no cumplía con los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal provincial y que la arbitrariedad alegada no había sido planteada de forma adecuada. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal. La CSJN decidió el caso con base en la doctrina de la arbitrariedad, pues si bien los aspectos de hecho, prueba y derecho común son ajenos a la instancia extraordinaria, las sentencias deben ser fundadas y constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos 331:1090). A su vez "las causales de arbitrariedad alegada se relacionan en forma inescindible con la cuestión federal, porque la aplicación de estereotipos de género afecta a la interpretación y aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 14, inc. 3°, de la Ley N° 48 y Fallos 336:392) y del artículo 16, inciso i) y de la Ley N° 26485".

²¹ Asimismo, el feminismo ha tenido el mérito de contrarrestar la idea de que las mujeres corren menor riesgo de ser víctimas de la violencia que los hombres; y desmitificar los estereotipos de seres pasivos, inferiores, condicionados por su biología, mitos que no hacían otra cosa que legitimar su supuesta inferioridad femenina y su determinación biológica. (GARCÍA, C. A. "Feminismo y criminología" en *Capítulo Criminológico*, vol. 23, núm. 2, 1995, pp. 445 - 456).

internacional al incorporar entre sus normas una descripción previa acerca de la violencia que pretenden combatir. Un claro ejemplo de esto es la Ley N° 26.791 que incorpora como agravante del delito de homicidio a la violencia de género.

En este sentido, del *Corpus Iuris* de derechos humanos²² vinculados a la violencia contra la mujer es posible extraer el concepto de violencia de género y sus rasgos identitarios. De este conjunto normativo se desprende el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer. Así, la discriminación en contra de la mujer, es materia específica de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) e incluye, según el comité "la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada"²³. Esa violencia de género es una forma de discriminación "que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el hombre"²⁴.

Este nexo *discriminación-violencia* aparece claramente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²⁵ pues el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (art. 3), también incluye "el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación" (art. 6, a)²⁶.

Por ello, la violencia a la que refieren estos instrumentos jurídicos internacionales tiene como rasgo característico el de configurar una manifestación de la discriminación por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer "porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada"²⁷.

De lo expuesto se colige que en Argentina resulta irrelevante que el agresor integre o no una relación interpersonal con la víctima (que sea su cónyuge o ex-cónyuge, o bien esté vinculado por una relación análoga presente o pasada, con convivencia o sin ella), o que la violencia ocurra en un ámbito privado o público, siempre y cuando se posicione respecto de la mujer en un binomio *superior/inferior*, tratándola con violencia física, psicológica o sexual, entre otras, por su género. Es decir, como alguien que no es igual y por eso, no se le reconoce fácticamente que cuenta con un ámbito de determinación para su personal proyecto de vida. De allí la demostración de poder, dominación o control por la violencia²⁸.

Esta desjerarquización de la mujer como una igual, es cultural porque: "[s]u trasfondo son las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer" por ello "la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre"²⁹.

Recordemos que en nuestro país, rige la Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales³⁰, que plantea como objetivos promover y

²² Al hacer referencia al *Corpus Iuris*, aludimos al conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones de los organismos supranacionales competentes) relativos a los derechos de las mujeres.

²³ Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, párr. 8, 11º período de sesiones, 1992.

²⁴ Comité CEDAW, Recomendación General N° 28, párr. 19, 47º período de sesiones, 2010.

²⁵ También denominada "Convención de Belém do Pará", de fecha 9 de junio de 1994. Dicha convención Interamericana fue aprobada por la República Argentina por la Ley 24.632 otorgándosele a la misma jerarquía supralegal.

²⁶ Estas convenciones se vinculan con el derecho a la igualdad que en el Sistema Interamericano de DDHH está consagrado por los arts. 1.1 y 24 de la CADH.

²⁷ Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, 11º período de sesiones, 1992.

²⁸ Ver en este sentido, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), *Las lentes de género en la jurisprudencia internacional...*, ob. cit., p. 34.

²⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de fecha 20 de diciembre de 1993.

³⁰ Ley 26485.

garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

Y es en razón de dichos instrumentos normativos, que la proyección contra la violencia de género debe ser entendida de modo transversal, en la medida que ésta tenga lugar dentro del grupo familiar o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal -con o sin convivencia del agresor- o en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, o que sea practicada o tolerada por el propio Estado o sus agentes donde quiera que ocurra³¹.

Por lo demás, cabe tener presente que, la violencia de género y la violencia familiar pueden o no concurrir simultáneamente en un caso concreto, pero ninguna de las dos se absorbe completamente³². De allí que resulte necesario referir que:

En la medida que la violencia contra las mujeres se entienda como parte de un fenómeno que va más allá de las solas normas penales, y no simplemente como una clase de lesiones, o una clase de delitos de violencia intrafamiliar, podrán también darse respuestas más adecuadas frente a la complejidad que reviste este tipo de delitos. Cuando no se entiende la violencia contra las mujeres de este modo, entonces se plantean todo el tiempo cuestiones tales como "*las mujeres también ejercen violencia*" o "*los hombres también son víctimas*", como si se tratara simplemente de quién da o no un golpe o insulto³³.

Por ello insistimos en que debe reconocerse que la violencia contra las mujeres es parte de un sistema social, en el que las mismas se hallan claramente en desventaja, por lo que el alcance de las normas penales debe abordarse desde la "perspectiva de género". Repárese que dicha *categoría de análisis* es un mandato de derechos humanos (reconocido por vía legal, convencional, supra legal y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁴ y de organismos y tribunales internacionales) y una garantía contra la arbitrariedad que generan los estereotipos de género (durante la investigación de un caso, su proceso judicial y el dictado de una sentencia, ya sea esta condenatoria o absolutoria). Así, la perspectiva de género sirve para evaluar las prácticas e instituciones del derecho que resultan discriminatorios, así como también los *estereotipos de género*³⁵ (latentes en la

³¹ Conf. art. 2 Convención "Belém do Pará".

³² Así se ha sostenido con razón que la violencia de género como expresión delictiva "se trata de una noción que permite aunar fenómenos que, aparentemente, pueden ser distintos -como los homicidios sexuales de mujeres por parte de desconocidos y aquellos homicidios cometidos por maridos o novios-, pero que encuentran una raíz común en cuanto se trata de crímenes contra mujeres motivados o basados en el lugar subordinado que ellas ocupan en la jerarquía de género"(TOLEDO VÁSQUEZ, P., "Introducción", en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009, p. 15).

³³ TOLEDO VÁSQUEZ, P., "Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes" en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009, p. 50.

³⁴ CSJN, Leiva, Maria Cecilia s/ homicidio simple, 01/11/2011, en donde se estableció que, en un contexto de violencia de género, al apreciar los presupuestos de la legítima defensa, los jueces deben seguir el principio de amplitud probatoria consagrado en los arts. 16 y 31 de la Ley 26.485.

³⁵ Los estereotipos de género fueron definidos por la Corte IDH en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 16/11/2009, Serie C, N° 205, párr. 401, señalándose que implican: "una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan

sociedad, intrínsecos al derecho, o que los que moldean la interpretación y aplicación del derecho) con el objeto de erradicarlos y no replicarlos.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, es que a continuación analizaremos aquellos casos en los cuales la mujer le da muerte a su marido o pareja en el marco de un contexto de violencia de género.

4. La violencia de género como una forma de tortura

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la violencia de género es reconocida como una forma de tortura. En este sentido, cabe recordar que la tortura supone la concurrencia de dolor y sufrimiento físico o mental severos de una persona, que es infligido por un tercero de modo intencional, con un propósito específico y con algún tipo de participación oficial, ya sea activa o pasiva³⁶. Tales elementos, se encontrarían presentes en los casos de violencia de género. Dado que el quebrantamiento de la voluntad y el hecho de engendrarle miedo o terror a una mujer no requieren de armas o instrumentos especiales sino que pueden practicarse a través de medios disponibles en la vida diaria, tales como cuchillos, cigarrillos, objetos, golpes, patadas. Asimismo, diversos expertos, tribunales e instrumentos internacionales refieren que la violencia sexual, ya sea en la forma de violación³⁷, tocamientos, introducción de objetos, desnudos forzados³⁸, pueden ser considerados una forma de tortura específica. En igual sentido, las amenazas de muerte o el abuso sexual configuran una forma de sometimiento y/o dominación³⁹. Tales amenazas de violencia son tan efectivas como las agresiones físicas, ya que fuerzan a la mujer a actuar como lo desea su victimario, perpetuando de este modo la dependencia económica, social y psicológica que, a su vez, contribuye a colocar a la mujer en una posición de vulnerabilidad. Defendiendo esta postura, el Comité de Derechos

cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.”

³⁶ Dicha conceptualización se desprende del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que reza: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

³⁷ Ver Informe del Relator Especial sobre la Tortura, UN Doc. E/CN.4/1986/15, párr. 119; o su declaración a la Comisión de Derechos Humanos de 1992 en la que señala explícitamente que la violación constituye un acto de tortura, Resumen/Recopilación de 21º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1992/SR.21, párr. 35. Tales declaraciones fueron consideradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martín de Mejía c. Perú”, Caso Nº 10970, Informe Nº 5/96, de fecha 28 de febrero de 1996, convirtiéndose en el primero de los organismos regionales en reconocer explícitamente que la violación podía constituir un acto de tortura. En dicha oportunidad se observó que la violación es un método de tortura psicológica cuyo objetivo suele ser la humillación de la víctima, así como la de su familia o su comunidad.

En igual sentido, se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Aydin c. Turquía”, Nº 23178/94, Informe 1997-VI, ECHR, fallo del 25 de septiembre de 1997.

³⁸ El *desnudo forzado* importa una agresión directa a la intimidad de la mujer, y demuestra la intención del autor de generar una permanente vulnerabilidad sobre la persona abusada, así como también constituye un contexto orientado a facilitar otros abusos sexuales y degradarla moralmente.

³⁹ Dichas agresiones de carácter verbal, suponen un ataque a la identidad y la dignidad de la mujer, que van acompañados de un discurso y lenguaje misógino, con el objeto de someter e intimidar a su pareja, cuestionándola de promiscua y castigando su supuesta libertad sexual. Al tiempo que tiene constituye una estrategia de anulación de su personalidad.

Humanos de la ONU ha considerado que las amenazas de muerte o de grave daño físico son una forma de tortura⁴⁰. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que las amenazas de muerte o las agresiones verbales de carácter sexual constituyen una forma de tortura⁴¹ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) en su artículo 2 también hace énfasis en la suficiencia del componente psicológico como forma de tortura, al abarcar explícitamente los métodos que debilitan el control mental que no son experimentados como dolor o sufrimiento⁴².

De otro costado, cabe analizar la intencionalidad requerida para los casos de tortura. Así, en los supuestos de violencia de género basta con el mero conocimiento por parte del agresor de que sus actos previsiblemente producirán un sufrimiento severo en su pareja. Luego, en orden a los fines o propósitos perseguidos por el violento, cabe referir que la violencia de género suele ser funcional al posicionamiento de las mujeres en un lugar de subordinación e inferioridad respecto de los varones, poniéndose en juego su dignidad personal, integridad y seguridad. El propósito de la violencia de género es dominar a la mujer, someterla a través del terror, logrando de este modo cercenar la libertad y la autodeterminación anulando la personalidad⁴³. Desde esta perspectiva, cabe añadir que la tortura tiene por objeto provocar más que el dolor temporal, pretende reducir a una persona, destruir su autoestima, implica degradación, terror y vergüenza que sobreviven al dolor y marcan profundamente a la mujer. Y en este sentido, es que cabe tener presente la CISPT que prohíbe la violencia cuyo propósito sea disminuir las capacidades físicas o mentales de la persona. Por lo que cabe sostener que tanto los efectos psicológicos como los físicos de la violencia de género doméstica satisfacen los requisitos legales previstos en el art. 2 de dicha convención para constituir una modalidad de tortura.

En suma, los propósitos del violento son producir sumisión y dolor al igual que en otros supuestos de torturas. Diferenciándose que la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico "opera como un sistema alternativo de control social, como una suerte de castigo personal extralegal, carente de reconocimiento jurídico formal, con el permiso explícito o implícito del Estado"⁴⁴. Desde otro ángulo, debemos analizar si el hecho de que la violencia no sea infligida en forma pública modifica su carácter tortura. Al respecto, se destaca que la participación de agentes estatales u oficiales no es una distinción que afecte esta cualidad, dada la magnitud y persistencia del daño ocasionado a la mujer víctima de violencia de género por su compañero. Por ello es que no puede sostenerse que la frecuencia o el alcance de la tortura oficial sean mayores. A ello se suma que el requisito de acción estatal perteneciente al concepto internacional de tortura, no responde al carácter atroz de la conducta que la constituye, sino más bien a la necesidad de la intervención de los Derechos Humanos internacionales para evitar su impunidad.

Lo cierto es que las acciones estatales suelen ser insuficientes - por no decir nulas - para evitar los episodios de violencia de género en el ámbito doméstico, por lo que su inacción consolida la impunidad del violento, lo cual genera un Estado paralelo informal. Tal situación deja a la mujer desolada, sin protección ni alternativas

⁴⁰Informe del Comité de Derechos Humanos, ONU G.A.O.R., 37ava sesión, supp. N° 40 (1982), Anexo V, Comentario General 7, párr. 2.

⁴¹ Corte IDH, "Cantoral Benavides vs. Perú", Sentencia N° 69 del 18/08/2000, párr. 104. Ver también Corte IDH, "Urrutia vs. Guatemala", Sentencia N° 103 del 27/11/2003, párr. 92.

⁴² Si bien el artículo 6 de la CIPST establece que "los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción", dicho cuerpo normativo interamericano no ofrece una definición de ese comportamiento ni indica cuál es el límite que separa a la tortura de otras formas de malos tratos

⁴³ COPELON, R. "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en COOK, R. J. (edit.) *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Colombia, 1997.

⁴⁴ DEL RÍO AYALA, Alejandra C. y otros, *El derecho a defenderse del femicidio...*, ob. cit., p. 62.

de escape efectivos a través del sistema de justicia, por lo que sostenemos que en estos casos no sólo se requiere la condena del agresor sino también la intervención de agentes oficiales para desmontar este Estado paralelo.

Además, el sometimiento en el que se encuentran muchas mujeres víctimas de violencia de género puede llegar a ser tan crítico que las mismas experimenten un estado de aislamiento de la ayuda, de no poder escapar de su situación. Ahora bien esta situación de dominio no requiere paredes o custodia en sentido tradicional, pues muchas mujeres tienen restringida su libertad y/o su capacidad para resistirse. En estos casos, la mujer es gradualmente aislada de todas las fuentes potenciales de ayuda y silenciada mediante amenazas o vergüenza para que no admita su situación ante otros. Asimismo, es probable que la víctima de la violencia íntima sea mucho más vulnerable a la manipulación que un prisionero político cuyo cautiverio nace de la fuerza y no del consentimiento y cuya resistencia será fortalecida por compromisos ideológicos y odio a su captor, en lugar de ser disminuida por el amor, la empatía y un sentido del deber femenino, dado que el maltratador suele atrapar a su víctima apelando a sus valores más preciados, por lo que es común que las convenza de regresar después de que esta ha tratado de huir de sus garras.

De allí que lo que hace peligroso tanto al violento como a un militar o policía que abusa de su función, es su presunción del derecho a ejercer dominio sobre una mujer. Y en este sentido, cabe destacar que el hecho de que uno esté respaldado directamente por el Estado y el otro indirectamente por la costumbre patriarcal que goza de la complicidad o la aceptación del Estado, no mitiga la experiencia de la mujer; por el contrario, en los casos de violencia de género por el compañero se incrementa la vulnerabilidad de la mujer.

Si bien existen autores que cuestionan la posición hasta aquí esbozada⁴⁵, cabe sostener que la impunidad de los casos de violencia de género resulta intolerable, en particular si se repara que la sentimentalización de la violencia desplegada en un ámbito doméstico aumenta su terrible impacto sobre la mujer privándola de sus mecanismos de defensa, curación y supervivencia. Por lo demás, las sanciones previstas en las leyes penales para casos de violencia de género se aplican en muy pocos casos, lo que genera un estado de impunidad que de algún modo legitima la dominación del violento y le quita la posibilidad a la mujeres de escapar o de recibir una protección apropiada a través del sistema de justicia. Este contexto de impunidad genera miedo en las víctimas, al tiempo que es frecuentemente utilizado por los agresores para desincentivarlas de denunciar los abusos. Es, en otras palabras, un instrumento para la impunidad del que los agresores son muy conscientes y hacen uso de él. De allí que coincidimos con lo sostenido por Alejandra Ayala quien refiere que:

El Estado interactúa con la violencia de género en el ámbito doméstico a través de la impunidad que existe en torno al reconocimiento formal de este tipo de agresiones. De este modo ser violento contra la mujer, deja de ser un acto individual, para convertirse en una práctica social, culturalmente enraizada y predominantemente inmune a la sanción legal⁴⁶.

Se reitera, las diversas omisiones de los Estados en orden a prevenir, erradicar, investigar y sancionar los casos de violencia en contra de las mujeres, generan una situación de impunidad, que implica de algún modo una forma pasiva de participación oficial. El hecho de que se naturalicen, reproduzcan y queden sin castigo los casos de violencia, deja de ser un acto individual, para convertirse en una práctica social, culturalmente enraizada y predominantemente inmune a la sanción legal. Así, la

⁴⁵ PETERS, E., *Torture*, Nueva York, 1985, pp. 3-4.

⁴⁶ DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., *El derecho a defenderse del femicidio...*, ob. cit., p. 63.

inacción del Estado frente a este estatus quodista enormemente de ser neutral⁴⁷, la falta de protección de las mujeres víctimas de violencia es una política pública⁴⁸.

En otras palabras, actos de violencia de género, como la violencia doméstica y la violencia sexual, constituyen graves violaciones a los derechos humanos calificables como tortura. A su vez, entre las diversas conductas que atentan gravemente contra la integridad de las personas, la tortura constituye la expresión más severa y su total prohibición tiene el carácter de norma imperativa de *ius cogens*. Ello da cuenta de la entidad de los bienes jurídicos lesionados y de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados tales como la debida diligencia en la prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción de los responsables y reparación integral para las víctimas⁴⁹.

5. La legítima defensa en los casos de violencia de género

La legítima defensa como causa de justificación de la realización de un tipo delictivo es una de las categorías de la teoría del delito más universalmente aceptada. Existe un acuerdo mayoritario en la doctrina y la jurisprudencia acerca de que debe contener, como elementos básicos y estructurales, una agresión antijurídica inminente, una respuesta necesaria y proporcional a la agresión y una intención defensiva⁵⁰. Sin ánimo de desconocer las extensas discusiones acerca de la naturaleza jurídica de la legítima defensa, es posible afirmar que actualmente es aceptada la idea de una doble fundamentación: este instituto tiende a la protección de bienes jurídicos y a la protección del ordenamiento jurídico, en este sentido, Roxin ha referido que el derecho no está en la situación de soportar o ceder ante lo ilícito, de lo cual surge una doble consecuencia: no solo se acuerda un derecho de defensa individual (autodefensa) sino también de ratificación del ordenamiento jurídico como tal (prevalcimiento o defensa del derecho)⁵¹. Lo cierto es que para que exista una acción defensiva es indispensable que nos encontremos frente a un supuesto necesidad de hacer algo para repeler una agresión o impedir que se consume.

⁴⁷ SCHNEIDER, E., *La construcción legal de la violencia contra las mujeres*, en DI CORLETO, J. (comp.) *Justicia, género y violencia*, ob. cit., pp. 23-42. En idéntico Marcela Rodríguez sostiene que "en un contexto de desigualdad no es posible la neutralidad, o se combate la desigualdad activamente, o, al no hacerlo, se sustenta la desigualdad". RODRIGUEZ, M., "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas" en BIRGIN, H (comp.) *Las Trampas del Poder Punitivo*, Buenos Aires, 2000, p. 143.

⁴⁸ La CIDH en el Informe Nº 54/01 del 16/04/2001 sobre el caso "María da Penha vs. Brasil", consideró a dicho Estado responsable por la violación a los derechos humanos de María da Penha Fernandes Maia. Esta mujer había sufrido durante años la violencia de su marido, violencia física, psicológica, moral, de enorme gravedad, había denunciado los ataques ante las autoridades de su país, pero nunca recibió la asistencia necesaria para salir de la situación de riesgo ni se tomaron medidas para investigar los sucedido y eventualmente sancionar a su marido por los delitos que había cometido contra ella. La violencia culminó con un intento de homicidio que tuvo como resultado la paraplejía irreversible de la misma y otros traumas físicos y psicológicos (párr. 8). La CIDH consideró que existía en Brasil una omisión sistemática de cumplir con las obligaciones de prevención, y una violación concreta al deber de investigación y sanción oportuna de estos hechos (párr. 45-46, 51, 55-56) y recomendó que Brasil realice todo aquello que fuere conducente a fin de concientizar a sus agentes para que puedan brindar la atención oportuna y adecuada en casos de violencia e impartir la formación necesaria para deconstruir los patrones culturales que llevan a la policía y a los órganos judiciales a desoír las denuncias (ap. VIII, párr. 4. a, c, d y e).

⁴⁹ SÁNCHEZ, L. y SALINAS, R., "Defenderse del femicidio", AAVV, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, 2012, p. 201.

⁵⁰ FLETCHER, G. P., *En defensa propia (Sobre el caso Goetz y sus implicancias legales)*, Valencia, 1992, p. 53.

⁵¹ ROXIN C., "Las restricciones ético sociales al derecho a la legítima defensa", en Código Procesal Criminal, Madrid, 1982, p. 318; ROXIN C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2003, p. 608.

Estas nociones, vinculadas a la amplitud de los bienes jurídicos defendibles (por ej. la vida, la integridad física o sexual), ponen de resalto que en casos de violencia de género es posible sostener la existencia de una situación en la que la legítima defensa pueda tener asidero, pues el agresor genera en su pareja y grupo familiar un verdadero clima de terror e incertidumbre, que coloca a la mujer en una especial situación de vulnerabilidad, no resultando razonable exigirle en tal contexto situacional que adopte otras alternativas como huir de su agresor o llamar a la policía, así como tampoco resultaría necesario un agresión física concomitante de parte de su agresor para que pueda aplicarse esta causa de justificación cuando la mujer lo lesiona o le da muerte. Por ello es que consideramos que resulta suficiente acreditar la existencia de una amenaza cierta, esto es el anuncio por parte de su victimario de un ataque inmediato posterior sobre su vida o integridad física o sexual.

De conformidad al artículo 34, inciso 6º del código penal argentino, los requisitos de la legítima defensa son: la existencia de una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor. En razón de los mismos y partiendo del análisis en clave de género de dicha eximente, es que surgen como problemáticos diferentes aspectos tal como seguidamente se explicita.

5.1 Agresión ilegítima

Denominamos acción agresiva a aquella conducta humana (portadora de significado y sentido) con voluntad de ofender o poner en peligro concreto a un bien jurídico penalmente protegido. Ahora bien, no debemos identificar los casos de agresión, única y exclusivamente con los supuestos de daño o lesión a un bien jurídico, pues debemos incluir como posibles aquellos supuestos de agresión en los que sólo se ha puesto en peligro un bien jurídico, aclarando que dicho peligro *ex ante*, debe ser objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno⁵². Es más, dicho peligro debe ser concreto, algo verificable *ex ante* y comprobable *ex post*, por lo cual quedan excluidos los casos de peligro abstracto, tentativas imposibles, agresiones aparentes y agresiones *iocandi causa*⁵³.

Recordemos que esta agresión debe ser al mismo tiempo antijurídica, debe expresarse mediante contradicción (formal y material relevante) con el ordenamiento jurídico, al punto tal de constituir una acción penalmente típica y antijurídica. Desde este punto de vista: “[l]a antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad de la teoría general del delito. Por tanto, una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor del resultado, sino que tiene que suponer también un desvalor de la acción”⁵⁴. Por tal motivo cabe referir que toda agresión física, verbal o sexual del hombre hacia su pareja mujer es ilegítima, máxime si se tiene en cuenta que dicha circunstancia se encuentra sancionada como una agravante o calificante de la penalidad para los casos de homicidios y lesiones⁵⁵.

En este punto es importante recordar antecedente sentado por la CSJN en la causa “LEIVA, María Cecilia s/ Homicidio simple”⁵⁶. Aquí la corte sostuvo que aún en

⁵² BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Buenos Aires, 2016, p. 264.

⁵³ IGLESIAS RIO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999, p. 38.

⁵⁴ ROXIN C., *Tratado de Derecho Penal... op. cit.*, p. 615.

⁵⁵ El artículo 80 incisos 11º y 12º del código penal argentino, contemplan las figuras del Homicidio calificado por femicidio íntimo y femicidio vinculado u homicidio transversal. Así, el inc. 11º del art. 80 del C.P. castiga pena de prisión o reclusión perpetua: “...al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género.” Y el inciso 12º del art. 80 del C.P.a. castiga con idéntica pena al que matare a otro: “... con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º.” Este último supuesto legal hace referencia al cónyuge, ex-cónyuge, conviviente o con quien hubiere mantenido una relación de pareja.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “LEIVA, María Cecilia s/ Homicidio Simple” - Fallos 334:1204, rta, Sentencia del 1 de noviembre de 2011.

casos en los que la defensa alega una causa de justificación, la carga de la prueba respecto de todos los extremos de la imputación, se encuentra a cargo de la acusación y que, de ninguna manera, podía exigirse a quien se defiende de la imputación que pruebe más allá de toda duda que tenía derecho (estaba justificado) para actuar de tal manera.

En este caso, M.C.L. había sido condenada a 12 años de prisión por el homicidio de su pareja y padre de sus hijos. Dicho hecho, ocurrió en la casa que compartían, cuando se ella lo hirió con un destornillador. Durante el proceso, la imputada afirmó que actuó en legítima defensa, para repeler los golpes que estaba recibiendo de su pareja. Ella estaba embarazada y sintió temor por su propia vida y por la del feto. Según surge del expediente, ella presentaba varias heridas en el cuerpo y en su rostro, sumado a un persistente estado depresivo, constatado por psiquiatras. Tales circunstancias fueron relatadas por la mujer en su declaración indagatoria, respecto de la forma en la que fue agredida por su pareja, y las pericias sobre el cuerpo del occiso también daban cuenta de una única lesión con el elemento punzante, en concordancia con lo afirmado por la mujer. Sumado a ello, la imputada había sufrido previamente un aborto provocado por los golpes de su pareja y existía una denuncia previa de violencia intrafamiliar. Lo cierto es que el último episodio de violencia del que se defendió M.C.L. sólo se pudo reconstruir desde su versión de los hechos ya que no había testigos presenciales del mismo, motivo por el cual el tribunal que la juzgó en primera instancia consideró que no había existido una agresión ilegítima y esta tesis fue confirmada por la Suprema Corte de Catamarca.

El voto mayoritario de la C.S.J.N. refiere que, el tribunal provincial no había cumplido con los estándares de revisión señalados en el fallo Casal⁵⁷, ya que la defensa había planteado la existencia de una causa de justificación y el tribunal que la condenó consideró que no se encontraba probada la existencia de una agresión ilegítima que habilitara la legítima defensa prevista en el art. 34 inc. 6º del C.P.A. Lo cierto es que la CSJN consideró que de las constancias de la causa debía colegirse que había buenas razones para pensar que existió una agresión ilegítima que habilitaba la defensa de M.C.L. Añadiendo que frente a la duda respecto de la ilicitud de la conducta, debió adoptarse un temperamento absolutorio, en lugar de condenar.⁵⁸

Siguiendo dicho razonamiento, en el caso "R., C.E.", la CSJN indicó que la agresión ilegítima debe ser entendida como la amenaza o puesta de bienes protegidos, que está en curso o es inminente, y es, además emprendida sin el amparo del derecho. Agregando que el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina "CASAL, Matías Eugenio" (Fallos 328:3399) En dicho precedente se censuró la práctica de los tribunales de casación de no revisar cuestiones de hecho y prueba, basándose en la concepción histórica del recurso de casación como un remedio extraordinario y dirigido principalmente a la unificación de la jurisprudencia. A la par que se determinó que el derecho al recurso debe implicar el máximo esfuerzo de revisión de todo lo que no esté condicionado por la intermediación.

⁵⁸ Cabe aclarar que en el caso "LEIVA", la mayoría de los integrantes de la corte suprema se remitieron al dictamen del procurador general para fundar su voto. Sin perjuicio de lo cual, la Dra. Maria Elena Highton De Nolasco, en su voto concurrente, sostuvo que, este tipo de casos deben ser juzgados con perspectiva de género, añadiendo que: "... existe un aspecto que no fue expresamente recogido en su dictamen, al cual deseo referirme. Para descartar la eventual existencia de legítima defensa, en el fallo en crisis se expresa que 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...", de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo "...del concurso de su voluntad..." y "...por esa razón, no puede invocarla para defenderse" (considerando 2º); señalando que "... aquella afirmación del a quo para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir 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 solo 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" (considerando 5º).

de la Convención de Belem do Pará (MESECVI) - también conocido como el CEVI -, ha explicitado en la Recomendación General N° 1, del año 2018, que: "la violencia basada en el género es una agresión ilegítima definida por la Convención y que la inminencia debe ser considerada desde una perspectiva de género"⁵⁹; que en las relaciones de pareja la violencia basada en el género no debe ser analizada de forma aislada, sino como un continuo, porque en forma permanente se menoscaban los derechos como la integridad física o psíquica; que la inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia, que puede ser ejercida en cualquier momento y ser propugnada por cualquier circunstancia, y tiene carácter cíclico. Concluyendo que, todo eso se encontraba presente en el referido caso, pues la mujer era víctima de violencia en razón del género, que la misma había denunciado a su ex pareja con anterioridad por lesiones y, que el día del hecho, la violencia ejercida en su contra, se había originado por una simple discusión, que cesó cuando esta lo hirió con un arma blanca en el abdomen.

5.1.1 Actualidad de la agresión

Una de las cuestiones más polémicas en orden a la admisibilidad de la legítima defensa en los casos bajo estudio se relaciona con la actualidad de la agresión, pues gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia exigen que la mujer se defienda en el mismo momento en que se encuentra sufriendo un maltrato específico (golpes o amenazas reales y serias). Tal interpretación, aparentemente igualitaria, no se ajusta a la realidad de las mujeres que son víctimas de violencia de género por parte de su pareja, pues lo cierto es que en éstos supuestos las mismas no pueden defenderse con éxito.

Para Roxin una agresión ilegítima es actual: a) cuando aquella que se está produciendo, b) cuando la agresión es inmediatamente anterior (caso en el cual se asimila a la fase final de los actos preparatorios) y c) cuando la agresión es incesante⁶⁰. Dicho autor, añade que para considerar a una agresión como actual debemos partir de los actos preparatorios que son inmediatamente previos a la fase de la tentativa punible del delito. Así, pues, según él en "los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan la legítima defensa es donde encaja el disponerse inmediatamente a la agresión"⁶¹. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar van más allá al considerar que los límites temporales de la acción defensiva se extienden "desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos"⁶².

Siguiendo esta línea de razonamiento la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la Causa: "Díaz", Expte. N° 59157 de fecha 17/10/2013, absolvió a una mujer condenada a 4 años y 6 meses de prisión, por el delito del delito de homicidio en legítima defensa putativa, que mató a su pareja y sufría violencia de género de forma regular. En dicho caso se tuvo por probado que la noche del hecho, el occiso (Benítez) amenazó de muerte a la mujer (Díaz) y la echó del hogar en el que convivían junto a sus hijos. Que con posterioridad, el hombre se fue a dormir y que la mujer se fue a llorar al garaje de la vivienda. Que cuando esta regresó al interior de la casa, el hombre se encontraba acostado. Entonces, este sujeto la amenazó con dispararle en la cabeza. La mujer sabía que su pareja guardaba un arma en la mesa de luz y, por tal motivo, cuando éste se estiró hacia el

⁵⁹ Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.249-ES.pdf>, descarga del día 13/07/2021.

⁶⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 618-621.

⁶¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 619-620.

⁶² ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A.y ALAGIA, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2011, p. 486.

mueble, ella corrió, tomó el arma y le disparó dos veces, causando su muerte instantánea.

En dicho fallo se sostuvo que la situación de agresión constante a la que fuera sometida la mujer (violencia de tipo psicológica y física) fue comprobada por los testimonios rendidos durante el debate, así como también por los informes: socio ambiental, psicológico y psiquiátrico, sumado a que se incorporaron copias de una causa penal en la que la mujer había sido víctima de lesiones por el disparo de escopeta manipulada por el occiso.

Señalándose que tal cuadro situacional debía ser interpretado como el de una "agresión ilegítima" a la que alude el art. 34 inc. 6º, lit. a) del código penal argentino, pues no solo deben estimarse aquellas conductas humanas antijurídicas dirigidas a afectar algún bien jurídico de un modo inmediato, sino que la amenaza o peligro de que ello pueda concretarse con premura, autoriza el ejercicio de la acción defensiva.

Destacándose que tal afirmación tiene su soporte legal en el literal b) de la norma citada, que contempla tanto el comportamiento defensivo tendiente a *repeler* la agresión, lo cual implica que ya se inició, como aquella que se dirige a *impedir* su realización, por lo que la acción defensiva puede desplegarse desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico aun cuando no se hubiere comenzado el conato de la conducta.

En este sentido, se resolvió que:

"Impedir la afectación antijurídica del bien que aún no se ha concretado, pero que es de inminente realización, con lo cual vale decir que se impide lo que todavía no es peligro ni lesión. [...] Si la ley penal no permitiera defenderse más que de actos de lesión o puesta en peligro, la función del instituto de la legítima defensa perdería todo su sentido ante una manifiesta desprotección de los bienes jurídicos. Así, no es exigible que la agresión se esté llevando a cabo para afirmar la posibilidad de una legítima defensa; la propia ley así lo determina, que sólo se puede 'impedir' lo que no se ha producido, con lo que se admite la justificante ante una agresión futura cuando implica en sí misma un peligro para el bien jurídico...".

Por lo que, al contrario de lo concluido por el tribunal de juicio, la agresión ilegítima, como acto por el cual el occiso (Benítez) demostró inequívocamente su voluntad de lesionar a su pareja (Díaz), lo que podía concretar inmediatamente por poseer los elementos necesarios para ello – el arma al alcance de sus manos – tuvo existencia real y concreta como amenaza a concretarse en un futuro inmediato. "Tal fue el peligro que se cernía sobre su persona que impidió al apresurarse en tomar el arma de fuego y dispararla contra su pareja 'para evitar que él [la] agarrara', agresión 'anunciada' como se la califica en el dictamen psicológico"

5.1.2 Inminencia de la agresión

Como se advierte, el problema mayor reside en determinar el comienzo de la actualidad de la agresión en los delitos de realización instantánea, ya que en los delitos continuados y en los delitos permanentes (como por ejemplo la privación ilegítima de la libertad) la agresión perdura y durante ese lapso es posible defender el bien jurídico agredido. En este sentido, hay un acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en referir que un ataque inminente es una agresión actual. Ahora bien, tal ataque inminente, no siempre ocurre concomitantemente con la agresión desplegada por el hombre, pues resulta factible que dicho proceso de concreción de la violencia sea de realización próxima, de lo contrario se llegaría al absurdo de que el ordenamiento jurídico autorice a un sujeto a defenderse sólo cuando ya se ha iniciado el ataque. De este modo, cabe sostener que una mujer víctima de violencia no tiene por qué esperar a que el ataque se inicie para ejercer su acción defensiva⁶³.

⁶³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)*, Barcelona,

Por ello, afirmamos que una agresión actual no sólo es la que se está produciendo, sino también aquella que resulta inminente o que se manifiesta como razonablemente previsible, no resultando necesario que esta agresión alcance el grado de tentativa delictiva. Lo que si deberemos tener presente es que tal agresión no haya agotado la situación antijurídica, de lo contrario cabe suponer que la agresión ha cesado⁶⁴. En otras palabras, es posible actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada. Ello por cuanto, la violencia de género se caracteriza por su permanencia, puesto 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.

Aceptar esta interpretación resulta sumamente relevante a efectos de tutelar la acción defensiva de la mujer homicida en casos de agresiones inminentes, malos tratos incesantes o permanentes y de amenazas de agresiones futuras por parte de su pareja. Desde esta perspectiva no resulta correcto asimilar la inminencia con la inmediatez en un sentido cronológico entre la agresión y la defensa.

Ahora bien, lo real es que las permanentes amenazas de muerte o lesión por parte del violento, deben ser consideradas especialmente para subsumir estos casos como supuestos de legítima defensa, dado que este tipo de agresiones reiteradas hacen peligrar la vida e integridad de la mujer, afectándose su libertad y autodeterminación. En efecto, el contexto de violencia de género acaecido y las circunstancias de los hechos sufridos por la mujer son exactamente los datos que expresan sentido o significado necesario para definir el inicio del peligro al bien jurídico, de modo que la actualidad de la agresión se encontraría acreditada en estos supuestos por actos exteriores objetivos (que tienen sentido y significado) caracterizadores de peligro a la vida e integridad física y psíquica de la mujer. Con razón Roxin afirma que “[l]a amenaza, aún después de haberse pronunciado, sigue perturbando la libertad de actuación de la voluntad mientras pende como una espada de Damocles sobre la cabeza de la víctima”⁶⁵.

Según Elena Larrauri, en estos supuestos “[e]l tribunal necesita considerar el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente”⁶⁶. De este modo, a la inminencia no la podemos medir con una precisión cronológica, sino que la debemos estimar con un criterio psicológico, en el sentido de otorgarle preeminencia a la subsistencia de la voluntad delictiva en el agresor. Por ello, cabe afirmar que la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa.

En este sentido, se ha expedido la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán, al decir que “[l]a actualidad también está dada por la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico que son generalmente determinantes, y en muchos casos no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión”⁶⁷. De allí que nos encontramos frente a una situación que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos/as, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento.

Siguiendo tales razonamientos, se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, al decir que:

1996, p. 431; en igual sentido LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995, p. 33.

⁶⁴ VILLEGAS DIAZ, M., “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal” en *Revista Derecho*, Nº 23, 2010, pp.149-174.

⁶⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 623.

⁶⁶ LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., págs. 36 y 38.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, “S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo”, sentencia Nº 52/14 del 28 de abril de 2014.

En 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...⁶⁸.

En dicho caso, la referida mujer había sido condenada por homicidio calificado por el vínculo, al haberle dado muerte a su esposo y el referido tribunal superior provincial la absolvió, considerándola como una verdadera víctima del fallecido, quién la sometió durante años a brutales golpizas y a diversas formas de tortura y persecución psicológica. En el referido fallo se sostuvo que los celos son, también, violencia de género, sentando un importante precedente judicial que reconoce los derechos de las mujeres que padecen la violencia machista y la desigualdad de poder en el seno de su hogar. Además, en dicha resolución, se cuestionó a los magistrados intervinientes en las instancias inferiores, dado que estos habían omitido aplicar normativas internacionales y locales específicas vinculadas a la violencia de género. Por ejemplo, se citó a la Ley N° 26.485, cuyos artículos 4 y 5 definen como violencia a los celos excesivos; advirtiendo que no se puede omitir el análisis de este tipo de episodios fenoménicos, entre ellos: el aislamiento de la víctima, la negativa a formular denuncias por miedo y el irrefutable hecho de que sucesos como éstos se producen dentro del hogar y sin testigos.

En similar sentido, recientemente la corte suprema argentina - en el caso "R., C.E" - ha sostenido que la inminencia debe ser analizada desde la perspectiva de género donde

"la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia -puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia- y su carácter cíclico -si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo."

5.1.3 Agresión incesante

De otro costado, la legítima defensa puede apreciarse cuando la agresión es incesante, esto sucede en los delitos permanentes por ej. en los casos de privación ilegítima de la libertad, en los que la víctima se defiende de su captor mientras dure su situación de encierro. Entonces, si el privado de su libertad ambulatoria puede defenderse legítimamente de su captor, cabe preguntarse por qué no puede hacerlo la mujer víctima de violencia de género, en los casos de amenazas, coacciones y agresiones físicas reiteradas.

En nuestra opinión, la agresión ilegítima en contextos de violencia de género siempre es actual aun cuando el bien jurídico amenazado no sea la vida o la integridad física, porque de forma permanente se está lesionando la libertad y el derecho de autodeterminación de la mujer⁶⁹. En este sentido, ha sostenido Elena Larrauri que "las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente"⁷⁰. Por

⁶⁸ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, "GÓMEZ, María Laura s/ Homicidio simple", Sentencia N° 10/12 del 28 de febrero de 2012.

⁶⁹ En esta opinión seguimos a LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., p. 38.

⁷⁰ LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, Buenos Aires, 2008, p. 62.

otra parte, los delitos permanentes se caracterizan por la creación de un estado antijurídico de lesión o de puesta en peligro concreto para el bien jurídico, que subsisten a la acción u omisión inicial, por lo que el sujeto sigue cometiendo ininterrumpidamente el delito. Esto es lo que suele ocurrir en los casos de reiteratividad de coacciones y/o amenazas, pues su repetición crea un estado antijurídico de violencia inminente en el hogar. Por ello, es que cabe apreciar a estos casos como de agresión incesante, latente y por ende concurriría el requisito de actualidad.

Es posible encontrar ejemplos jurisprudenciales de esta propuesta interpretativa. En efecto, la Sala II de la Suprema Corte de Mendoza explícitamente sostuvo que la legítima defensa

no implica que el sujeto agredido deba esperar a ser atacado para defenderse, ya que la ley argentina permite la defensa no solo frente a la agresión que ha comenzado sino que abarca la última etapa de la preparación, situación permitida por la ley al permitir la defensa tanto para impedirla, como para repelerla (art. 34, inc. 6º del C.P.A.)⁷¹

La corte mendocina cita a Claus Roxin al fundar su resolución, quien refiere que

una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Y en segundo lugar, ninguna esposa tiene por que soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que 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 defenderse⁷².

Ante una causa con características similares a las relatadas, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires afirmó que:

Fragmentar la situación que vive la mujer en ese contexto, entendiendo que su defensa sólo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe, sería olvidar que ha sido golpeada anteriormente y volverá a ser golpeada después, amén de su menor fuerza física respecto del hombre. Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que está sometida la mujer golpeada, obligan a entender 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, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales, e incluso por amenazas que sufre de parte del agresor. Y amén de ello, en las situaciones en que -como en el presente caso- conviven con la pareja niños menores de edad, el instituto de la legítima defensa no sólo tiene por objeto la propia vida de la mujer, sino también la integridad física y psíquica de aquéllos⁷³.

Precisamente en los casos de delitos permanentes, la agresión es incesante y aunque haya sido interrumpida por alguna circunstancia, esto no significa que haya

⁷¹ Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala II, "F.C./ Rojas Echevarrieta Cinthia Yasmín p/ Homicidio Simple s/ Casación", Sentencia del 23 de junio de 2014.

⁷² ROXIN, C., *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 652

⁷³ Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I "N.H.M. s/Recurso de casación", Sentencia del 16 de agosto de 2005

cesado, subsistiendo así la necesidad de la defensa. Justamente por ello, en el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad, pues la actualidad de la defensa no es un requisito autónomo sino una forma de especificar que la defensa sea necesaria.

Así, se expresó la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán al decir que "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"⁷⁴. En dicho precedente, la corte tucumana absolvió a una mujer víctima de violencia de género, señalando la necesidad de repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causa de justificación es una mujer víctima de violencia. En este tipo de violencia, hay un continuo, un proceso en el cual no se pueden establecer cesuras rígidas y precisas de cuándo comienza y cuándo termina la agresión. En sus palabras:

es preciso repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia. Es que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las notas propias del ciclo de la violencia en la que suelen permanecer las 'víctimas' de violencia devenidas en 'victimarias', profundizando el injusto jurídico.⁷⁵

En este caso el alto tribunal tucumano realizó una valoración integral del fenómeno de la violencia de género en el contexto social donde se encontraba inmersa la imputada, garantizando su derecho al acceso a la justicia. Otro aspecto relevante de dicho fallo es que introduce una variante radical en orden a la valoración de la declaración del imputado, pues dicho tribunal le otorga preponderancia a la versión de la imputada añadiendo que esta no ha sido desplazada con las pruebas de cargo aportadas por la fiscalía. Tal valoración de la declaración de la acusada como una versión calificada, es una de las futuras proyecciones del referido fallo para los casos de imputadas víctimas de violencia de género, dado que estructura nuevos roles en el proceso penal que conllevan a plantear nuevas estrategias de litigación: desde la defensa, en la visualización de la historia de vida; hasta la acusación, con nuevos estándares probatorios.

Igualmente, en la causa "H.C."⁷⁶, la Cámara en lo Penal de Trelew, consideró que la inminencia del ataque debía ser ponderada con el criterio más favorecedor a la imputada, pues en el contexto de violencia contra la mujer, la agresión habitual y cíclica siempre se encuentra presente de manera latente e inminente.

5.1.4 Agresión que ya ha cesado

Es común que la mujer para defenderse espere que la agresión se interrumpa o cese, lo que llevaría a considerar la inexistencia del requisito de lesión inminente propio de la legítima defensa, y eventualmente a admitir la eximente incompleta del *exceso extensivo en la defensa*, tal como indica la doctrina mayoritaria⁷⁷ y reiterada jurisprudencia⁷⁸.

⁷⁴Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, "S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo", sentencia N° 52/14 del 28 de abril de 2014.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Cámara en lo Penal de Trelew, Causa "HC", Expte. N° 56280, de fecha 19/09/2018.

⁷⁷ LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., pág. 39; SILVA SÁNCHEZ, J. M.; BALDÓ LAVILLA, F. y CORCOY BIDASOLO, M., *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, Barcelona, 1997, p. 252; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa...*, ob. cit., p. 271.

⁷⁸ A modo de ejemplo, cabe citar un fallo dictado en fecha 30/05/2019 en los autos: "SANCHEZ BRISA NOEMI - AV. HOMICIDIO CALIFICADO" PEX 203396/16 por la Cámara Penal N° 2 de Villa Mercedes (San Luis), oportunidad en el que se condenó a la joven Brisa Sánchez a la pena

Por el contrario, la jurisprudencia argentina, en los casos de violencia de género en los cuales la agresión que ya había cesado, se ha inclinado por admitir la concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena de conformidad con lo previsto en el artículo 80 *in fine* del código penal, pero no la legítima defensa⁷⁹.

Sin embargo, es posible encontrar jurisprudencia que admite la legítima defensa en las circunstancias que estamos abordando. Un claro ejemplo es la causa "S. B. L." en la cual el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de Lomas de Zamora⁸⁰, absolvió a una mujer que mató a su marido con un disparo de arma de fuego mientras este dormía. En el caso concreto, se probó que S. B. L. durante el matrimonio y en la noche del evento que culminara en la muerte de su marido, sufrió maltratos, vejaciones, y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua, así como también su hija – de apenas unos 45 días de edad – sufrió amenazas contra su vida. En concreto, la mujer declaró que desde el inicio de la relación, su pareja la maltrataba y amenazaba a punta de pistola, diciéndole que iba a matarla a ella junto a su familia. Situación que se repitió, luego de una violencia sexual exacerbada, en la noche en la que la imputada dio muerte a su marido, en su declaración manifestó que

Después sacó la pistola y me la ponía en la cabeza, en el ojo, en la boca, en el oído. No sé cómo hacía pero me gatillaba y no salía la bala. Luego le apuntó al bebé desde la cama y se reía y me decía querés que tire. Para todo esto me pegaba cachetazos y me tiraba de los pelos y yo le pedía por favor que deje el bebé, que no le haga daño ... Luego de apuntarme con la pistola a mí a mi bebé por horas tirándome de los pelos, me dice ahora me voy a dormir. Yo me acosté y me tapé, me dijo sacate la frazada, no te la merecés, entonces fui a buscar otras frazadas y se levantó y me las sacó por la fuerza, el se acostó y se dio vuelta y el arma estaba entre medio de los dos en la cama, entonces agarré el arma y le disparé⁸¹.

Este caso es sumamente ilustrativo de la razonabilidad de nuestra propuesta interpretativa porque da cuenta del cuadro de violencia constante a la que se encontraba sometida la mujer y lo irrazonable que se vuelve la postura que exige un acto de violencia concreto para que se pueda defender. Es un hecho indudable que

de 5 años de prisión domiciliaria por considerarla responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo convivencial cometido con exceso en la legítima defensa (art. 80 inc. 1º en función de los arts. 34 inc. 6º y 35 y art. 45 del Código Penal). En dicha resolución se tuvo por acreditado que la acusada se encontraba embarazada al momento del hecho y que era víctima de violencia de género sistemática por parte su pareja, observándose indicadores que daban cuenta que su personalidad se encontraba anulada por la manipulación sufrida. Añadiéndose que la acusada actuó amparada bajo la causa de la legítima defensa que realizó con exceso, desde que si bien se encontraban cumplidos y acreditados los extremos exigidos por la norma del art. 34 inc 6º del C. Penal, su accionar fue más allá de lo autorizado para repeler ese ataque actual, inminente y grave que puso en peligro su vida, su embarazo y la integridad física de su hermana y esto importó un error en la real apreciación del riesgo.

⁷⁹ A modo de ej. cabe citar la sentencia de fecha 11/10/2017 dictada por la Sala III del Tribunal de Juicio de Salta, en la causa caratulada "OMA" Expte. N° 139706/2017, en la que se condenó a la imputada a la pena de veinte años de prisión por el delito de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 *in fine* del Cód. Penal Argentino), y en la que además se recomendó que la misma realice tratamiento psicológico en la unidad penitenciaria (juezas Sanguedolce y González y juez Farah). Repárese que este tipo de resoluciones ponen de manifiesto diferentes problemas: el primero vinculado a la prueba de la agresión, y en segundo lugar la insensibilidad, desconocimiento y prejuicio en cuestiones de género del sistema judicial. Concretamente, lo mucho que falta para transformar los paradigmas patriarcales sobre los cuáles se sustentan este tipo de resoluciones judiciales.

⁸⁰ Tribunal Oral Criminal N° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, "S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 9 de diciembre de 2014.

⁸¹ Idem.

su vida y la de su hija se encontraba en peligro, sin contar la violencia que había sufrido y que con seguridad seguiría sufriendo. Por esta razón, afirmamos que la legítima defensa es plenamente aplicable en situaciones de violencia de género, aun cuando no haya una situación de violencia concreta de la cual defenderse, cuando la mujer ataca a su victimario.

En este sentido se ha expedido el Tribunal Oral en lo Criminal N°3 de Mar del Plata⁸², al absolver a una mujer víctima de violencia de género que había matado a su esposo, tomando en cuenta el contexto de violencia permanente previo en el que vivía. Este pronunciamiento consideró que, en los casos de mujeres golpeadas, no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión; para ello se evaluó el pasado de abuso para redefinir el concepto de inminencia o la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente.

5.2 La necesidad racional del medio empleado

Aceptada nuestra propuesta interpretativa del requisito de la agresión inminente, el segundo aspecto que debemos desmenuzar es el vinculado a la necesidad racional de la defensa. En este contexto, para sostener válidamente que nos encontramos frente a un supuesto de legítima defensa, la acción defensiva (dispararle al agresor hiriéndolo o dándole muerte) debe ser necesaria y racional, pudiendo practicarse antes que el peligro desaparezca o sea neutralizado. Al mismo tiempo, dicha defensa se considerará necesaria si evaluándose ésta era la menos lesiva o gravosa, teniendo en cuenta si racionalmente era adecuada para hacer cesar, impedir o repeler el ataque. Tal racionalidad no debe ser interpretada como *proporcionalidad*, pues no constituye un mismo nivel de análisis la relación entre la naturaleza de la agresión y la defensa (racionalidad), por un lado; y la proporción entre el daño defensivo ocasionado y el que hubiera podido ocasionar el agresor (proporcionalidad), por el otro.

Lo cierto es que la mujer víctima de violencia de género no suele tener más alternativa que acudir a medios que son esencialmente gravosos para poder tener una defensa exitosa. En efecto, debe analizarse la contextura, fisonomía, edad, preparación física del agresor, y en razón de tales circunstancias analizar si la mujer se sirvió de un medio adecuado y racional, en particular si este se encontraba a su alcance para repeler la agresión que atentaba contra su integridad. Dicha necesidad debe ineludiblemente analizarse *ex ante*, conforme a la situación personal y específica que atraviese la mujer que se defiende, ponderando entre otros la perturbación psicológica del agredido y la posibilidad de elegir razonablemente el medio más adecuado, teniendo presentes los diversos instrumentos de los que se sirve la mujer que se defiende y sus capacidades personales, así como también deberá evaluarse la fisonomía y fuerza del agresor.

A fin de valorar si el uso de un arma por parte de una mujer víctima de violencia constituye una legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al tamaño y a la fuerza y la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres⁸³. Finalmente, parece adecuado que el parámetro para medir la racionalidad de la respuesta en situaciones de violencia de género no ha de hacerse sobre la base del *hombre medio* sino de la *mujer media en ese contexto*⁸⁴. Repárese que esta perspectiva de análisis se encuentra presente en nuestro código de fondo, pues al exigirse la necesidad racional del medio empleado para defenderse, se hace referencia explícita a que su finalidad es para *impedir o repeler* una ofensa.

⁸² Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, "BULACIO, Gladys Lery s/Homicidio Calificado", Sentencia de fecha 03 de junio de 2010.

⁸³ DI CORLETO, Julieta, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5/2006, Mayo de 2006, p. 11.

⁸⁴ LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., p. 61.

Un claro ejemplo de un análisis del medio empleado desde la perspectiva de género es la causa "S. B. L.", ya que el tribunal de juicio sostuvo que no se observaba irracionalidad o desproporcionalidad en la necesidad del medio empleado utilizado a la luz de las amenazas proferidas contra ella y su hija bebé, las agresiones físicas y sexuales sufridas durante el matrimonio y en la noche del evento y las circunstancias generales de una violencia de género doméstica impeditivas de otras opciones pasibles de provocar un daño menor. Dicho tribunal decidió por mayoría absolver a la imputada, fundando dicha determinación en la existencia de una relación caracterizada por la violencia de género que padecía la mujer en su interrelación sentimental con su compañero, valorando el conjunto probatorio de la violencia de género desencadenante del hecho de muerte. A mayor abundamiento, el tribunal valoró lo manifestado por los profesionales que asistieron a la imputada, quienes sostuvieron

Que el relato de los hechos realizado por la evaluada, resulta coherente y creíble, pudiendo desprenderse del relato de la misma, ante la escalada de violencia que padecía y las características de personalidad del fallecido, que las agresiones y las amenazas recibidas pondrían en riesgo cierto e inminente a ella y a su hija de ser dañadas gravemente en su salud.⁸⁵

Dicho informe tiene particular importancia toda vez que la violencia de género que ocurre de manera doméstica, es decir, puertas adentro y en la intimidad del hogar sin la presencia de otros testigos que los propios actores en dicha violencia, se inviste de una clandestinidad que indefectiblemente se traduce en la existencia de problemas probatorios, que llegan al grado extremo de complejidad cuando existe únicamente la declaración de la víctima de violencia, quien, en el caso en cuestión, es a su vez imputada por el homicidio de su esposo. Y es justamente frente a esta coyuntura en donde el juez debe aplicar sus conocimientos interdisciplinarios, con la ayuda de expertos, para valorar la credibilidad de la declaración de quien fuera víctima de violencia de género.

Entre los fundamentos de dicha sentencia se destaca que

Ignorar la violencia de género preexistente y profesionalmente acreditada para comprender los hechos que dan origen a los trágicos sucesos que derivan en la muerte de M. y que conllevan como consecuencia directa la negación del sufrimiento físico y psicológico de S. B. L., resulta contrario a la normativa constitucional y de Derechos Humanos, cuando no irracional, toda vez que la violencia de género implica cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, así como las amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad, constituyendo no solamente una violación de los derechos humanos, sino también una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.⁸⁶

Esta sentencia fue recurrida por la acusación y el querellante particular, sin embargo, el tribunal superior confirmó la absolución. Entro los argumentos que arguyó destacan los siguientes:

⁸⁵ Tribunal Oral Criminal Nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, "S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 9 de diciembre de 2014.

⁸⁶ Ídem.

Cuando el juez aplica la norma tal como esta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer, puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos.

La indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género obrantes en el caso originan asimismo responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas mediante la normativa internacional de derechos humanos.

El enfrentamiento entre una mujer y un hombre requiere la utilización de la perspectiva de género para su equitativa interpretación y aplicación.

Pretender que la actualidad de la agresión ilegítima sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer víctima de violencia de género toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento.

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.

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

La diferencia hombre/mujer necesaria a la hora de analizar la violencia de género doméstica, se agrava en el caso, puesto que el marido de la imputada, por su condición de suboficial de la policía, tenía entrenamiento físico y con armas fuego, las que utilizaba para efectuar amenazas hacia ella y la hija que tenían en común.⁸⁷

Párrafo aparte, cabe traer a colación lo sostenido por la corte suprema argentina en el caso "R., C.E." con relación a la necesidad racional del medio empleado, en donde se sostuvo que se debe considerar el contexto en que se da la agresión y la respuesta. Que dicha situación:

"No requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia. Se sostiene allí que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse. No se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión."

A su vez, señaló que el principio de menor lesividad no obliga a usar medios que sean de dudosa eficacia defensiva. Asimismo, destacó que el documento del CEVI requiere considerar el contexto en el que se produce la agresión y la respuesta que se ejerce; que tampoco se requiere proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque lo que existe es una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia ejercida; que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta pueden obedecer al miedo de la mujer respecto de las consecuencias a una defensa ineficaz. Agregando que según el referido documento, no se exige una proporcionalidad directa entre el medio utilizado, sino la falta de desproporción entre la agresión y la defensa. Explicitando que el caso concreto, la mujer había declarado

⁸⁷ Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, "S., B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 5 de julio de 2016.

que "tomó el cuchillo porque estaba sobre la mesada y fue lo que encontró más próximo para emprender su defensa"; que lo cortó porque le estaba pegando; y que las lesiones que tenía la imputada luego de la agresión habían sido constatadas por la médica que la examinó. Con base en todo ello, concluyó que las circunstancias del caso se ajustaban a las exigencias del art. 34 inc. 6 para la procedencia de la causal de justificación de la legítima defensa propia, y que así debieron ser consideradas por las instancias anteriores.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata en la causa "Bulacio", al analizar la racionalidad del medio empleado, se sostuvo que la mujer pretendió poner fin a la agresión que sufría, que la misma no encontró otra forma de proceder más que utilizar el revólver que el hombre había soltado en la creencia de que dominaba la situación y que, como sucedió otras veces, podía volver a usarlo y abusar sexualmente de ella. Que la mujer tomó el arma y disparó contra el hombre para que no pudiera volver a agredirla. Agregando que el agresor estaba armado, ebrio y había usado el revólver y sus puños minutos antes para amenazarla y golpearla, y que además la doblaba en peso. Asimismo, afirmó que, cuando la mujer se defendió el peligro subsistía, puesto que su pareja la esperaba en la cama para mantener relaciones sexuales. Repárese que durante el debate el Fiscal de la causa consideró que no se daban los requisitos para que se configurara la legítima defensa toda vez que la mujer no se había retirado del hogar en el momento en que cesó la violencia y que este tipo de razonamiento refleja el mito de que, si quisiera, la mujer podría abandonar el hogar y que si no lo hace es porque no quiere o porque le gusta ser maltratada, ignorando las características propias del ciclo de la violencia de género, en particular de la situación de aquellas mujeres que intentan huir de los ataques de sus parejas, y puso en funcionamiento los prejuicios sexistas que justifican la violencia contra las mujeres⁸⁸. Sin embargo, el referido tribunal resolvió que en el caso habían concurrido los requisitos que exigía la ley para la invocación de la legítima defensa toda vez que no solo procede contra una agresión actual sino también contra aquella que se presenta como inminente y, si la mujer no accedía a las pretensiones sexuales de su pareja, la agresión se reiniciaría.

Como se observa, el análisis en perspectiva de género efectuado por ambos tribunales permite realizar una interpretación razonable de las exigencias propias de la legítima defensa. En particular, la racionalidad del medio empleado es evaluada teniendo presente el contexto de violencia en su conjunto, y una acción violenta por parte del hombre. Esto le permite concluir a los jueces que el arma utilizada y el resultado obtenido es reconocido por la eximente de responsabilidad y, por lo tanto, conlleva a la declaración de absolución de la mujer víctima que se defiende.

5.3 Falta de provocación

Por otra parte, y en relación a la falta de provocación suficiente es necesario resaltar que interpretar cualquier comportamiento de la mujer anterior a la agresión es una "provocación" constituye un estereotipo de género. En este sentido, se ha expedido la CEDAW al señalar que:

"La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial."⁸⁹

En relación a este requisito, cabe traer a colación lo sostenido por la corte suprema argentina en el fallo "R., C.E.", en donde su recordó que la ley aplicable

⁸⁸ DI CORLETO, J., "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas" en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5/2006, Mayo de 2006.

⁸⁹ CEDAW/C/GC/35, párr. 26.

exige la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende; que se entienda por suficiente la defensa que es idónea para provocar la agresión, aunque sea un concepto relativo que debe anclarse en el caso concreto; y, en ese sentido, meritó que la falta de un saludo y la posterior discusión de la mujer con su ex pareja en modo alguno eran idóneas para provocar un ataque como el que este último emprendió.

5.4 La falta de voluntad de defensa (aspecto subjetivo)

En relación con esta cuestión, un aspecto sobre el cual corresponde indagar es qué percepción tuvo la persona acusada respecto de la inminencia y gravedad de la conducta lesiva, teniendo en cuenta los abusos sufridos con anterioridad. En efecto, el juez al analizar casos como los referidos, no sólo debe evaluar si se encuentran reunidos los requisitos objetivos de la legítima defensa, sino que también debe examinar el grado de certeza que poseía la mujer que se defendió respecto de la existencia de la agresión, de su inminencia y de la necesidad de responder de una u otra manera⁹⁰.

Desde este punto de vista, cabe reflexionar que las autoridades públicas estatales, en particular las fuerzas de seguridad, en innumerable cantidad de casos no concurren cuando son convocadas por casos de violencia privada vinculada al género, así como también es frecuente que desestimen este tipo de denuncias por falta de testigos u otras probanzas. A su vez los vecinos u otros familiares de la mujer víctima no quieren involucrarse por temor a represalias, por lo que el análisis vinculado a la posibilidad de acceder a otras vías de solución no debe hacerse en abstracto.

En este sentido, cabe reflexionar sobre las creencias, percepciones o valoraciones de la mujer que se defiende y si tales razonamientos pueden modificar la percepción de los elementos objetivos de la legítima defensa. De tal modo, resulta necesario sopesar las valoraciones que fueron realizadas por una mujer respecto al riesgo o peligro que atravesaba al momento de darle muerte a su pareja. Ya que para 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. Incluso, parecería que existe una contradicción entre el *desamparo aprendido* y la respuesta violenta que provoca la muerte del violento.

Partiendo de estas consideraciones, es que sostenemos que la mujer no se encuentra obligada a huir de su casa, ya que este no es un requisito impuesto por la normativa tanto argentina como española. Como señala la doctrina: "no es exigible al agredido que evite la agresión huyendo. Solo en casos que ésta provenga de un niño, de un enfermo mental, etc., se debe evitar la agresión por un medio distinto de la defensa"⁹¹, "incluso cuando la huida es posible, cabrá recurrir a otros medios defensivos, más nocivos para el agresor, pues el derecho no tiene por qué ceder ante el ataque injusto"⁹². Por lo demás, exigirle a la mujer que abandone su hogar trae consigo serias consecuencias en orden a su vida personal, vivienda, economía, así como también en sus relaciones parentales con sus hijos, dado que los mismos pueden quedar en situación de calle o lo que es peor aún bajo la custodia de un violento.

En la jurisprudencia argentina es posible reconocer algunas sentencias en las que se reconoce explícitamente lo irrazonable que resulta la exigencia a la mujer víctima de que abandone el hogar. Es particularmente ilustrativo el caso "S., K. L."

⁹⁰ SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 524-541.

⁹¹ BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 369.

⁹² COBO DEL CORRAL, V. A., *Derecho Penal*, Valencia, 1996, p. 470.

⁹³ por el cual la Cámara en lo Criminal y Correccional de Cruz del Eje de la Provincia de Córdoba absolvió a una mujer que mató a su pareja en la localidad de Bialet Massé y tiró su restos al lago San Roque. En dicha resolución, se sostuvo que la prueba incorporada daba cuenta de un claro cuadro de violencia de género y familiar, evidenciado en una situación de desigualdad real entre los integrantes de la pareja. Añadiéndose, que el hombre se ubicaba en una situación de superioridad respecto a la mujer, y que este imponía sus exigencias, aprovechando su condición física y el manejo de las armas de fuego, ejerciendo sobre la acusada violencia física, sexual y psicológica, situación que se agravaba en los momentos de ingesta alcohólica a tal punto que no respetaba su calidad de ser humano y mujer y la trataba como a una cosa. Dicho tribunal afirmó que el occiso aplicaba esa violencia al instigar a su hijo menor para que aprenda a maltratar a su madre y, por consiguiente, a las mujeres, en general. Asimismo, se señaló que el accionar de la imputada: "no fue un anticipo preventivo imaginario o un peligro remoto, sino una clara defensa ante el actual acto agresivo del que estaba siendo víctima", puesto que el occiso era agresivo, estaba alcoholizado y tenía un arma de fuego. Destacándose que resulta razonable que la mujer se haya defendido con la misma arma de fuego que tenía su agresor y que haya afectado el mismo bien jurídico que ella defendía, pues "No aparece lógico y razonable pensar que haya tenido otra alternativa menos gravosa, sin que su propia vida corriera real peligro". En este fallo se dijo que este accionar estuvo plenamente justificado ante las graves, continuas y cíclicas agresiones que ella recibía por parte del occiso, pues "[o]pinar lo contrario, implicaría lo mismo que afirmar que toda víctima de violencia no podría tomar una decisión de irse y alejarse de su agresor, bajo el riesgo de no poder luego defenderse legítimamente de la reacción que generó la noticia, lo que a todas luces se presenta como irrazonable y contrario al sentido común".

6. Conclusiones

De acuerdo al desarrollo de los apartados de este trabajo, el instituto de la legítima defensa se encuentra en casos, como los mencionados precedentemente que escapan a los estándares de su diseño primigenio. De esta manera, la aplicación de una perspectiva de género en estos casos, no surge como una alternativa que tiene el poder judicial, sino que constituye una obligación que surge de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará, del Bloque de Constitucionalidad Federal, y que filtra todos los institutos del derecho. Esta normativa es de suma importancia, porque a partir de esta, los jueces pueden argumentar y justificar el tratamiento de la legítima defensa para situaciones complejas. Así, el razonamiento judicial ofrecerá razones para las justificaciones de la mujer -en situaciones no confrontacionales- por vía de la legítima defensa. Por ello, es necesario un análisis de la situación de la mujer y sus condiciones físicas y psicológicas. Todo ello interpela a los jueces a un esfuerzo mayor en la interpretación y aplicación de la ley, para evitar decisiones ineficaces o indiferentes frente a casos individuales de violencia contra las mujeres, y que indudablemente constituyen una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.

Bibliografía

- BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, B de F, Buenos Aires, 2016.
BARATTA, A., *"Criminología y feminismo"*, Ed. Sulina Porto Alegre, 1999.

⁹³Cámara Criminal y Correccional de Cruz del Eje, "S., K. L. p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis", Sentencia de fecha del 10 de mayo de 2017.

- BARRANCOS, D.: "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", *Historia de las mujeres en la Argentina. Colonia y siglo XIX*, Gil Lozano, F.; Pita, V. S. e Inim. G. (dirs.), Taurus Buenos Aires, 2000.
- BERGALLI, R. y BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp. 43-74.
- COBO DEL CORRAL, V. A., *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COMAS DE ARGEMIR CENDRÁ, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., "La violencia de género: política criminal y ley penal" en AA.VV. *Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández, M., Barreiro, A. J y Suárez González, C. J., Aranzadi, Navarra, 2005.
- COPELON, R.: "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en Cook, R. J. (edit.) *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, PROFAMILIA, Colombia, 1997.
- DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., "El derecho a defenderse del femicidio: la legítima defensa en contextos de violencia doméstica", *Papeles del Centro de Investigaciones*, año 6, número 17, 2016.
- DI CORLETO, J., "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas" *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5/2006, Mayo de 2006.
- FLETCHER, G. P., *En defensa propia (Sobre el caso Goetz y sus implicancias legales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARCÍA, C. A. "Feminismo y criminología" *Capítulo Criminológico*, vol. 23, núm. 2, 1995, pp. 445-456.
- IGLESIAS RIO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, B de F, Buenos Aires, 2008
- LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Eub, Barcelona, 1995.
- LAURENZO COPELLO, P., "¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?" *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 783 - 830.
- MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito*, Repertor, Barcelona, 1996.
- PETERS, E.: *Torture*, University of Pennsylvania Press, Nueva York, 1985.
- RODRIGUEZ, M., "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas" en AA.VV. *Las Trampas del Poder Punitivo. El género del derecho penal*, Birgin, H (comp.), Biblos, Buenos Aires, 2000.
- RODRIGUEZ M. J. F., *Los Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2011.
- ROXIN C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Thompson Civitas, Madrid, 2003.
- "Las restricciones ético sociales al derecho a la legítima defensa", en *Código Procesal Criminal*, trad. de José Manuel Gómez Benítez, Madrid, Edersa, 1982.
- SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SÁNCHEZ, L. y SALINAS, R., "Defenderse del femicidio", en AAVV, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012, pp. 181 - 216.
- SCHNEIDER, E., *La construcción legal de la violencia contra las mujeres*, en AA.VV. *Justicia, género y violencia*, Di Corleto, J. (comp.), Librarias, Bs. As., pp. 23-42

- SILVA SÁNCHEZ, J. M.; Baldó Lavilla, F. y Corcoy Bidasolo, M., *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- TOLEDO VÁSQUEZ, P., "Introducción", en *Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009.
- "Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes" en *Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009.
- VILLEGAS DIAZ, M., "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal" en *Revista Derecho*, Nº 23, 2010, pp. 149-174.
- ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

Jurisprudencia citada

- Cámara Criminal y Correccional de Cruz del Eje, "S., K. L. p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis", Sentencia de fecha del 10 de mayo de 2017.
- Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, "N.H.M. s/Recurso de casación", Sentencia del 16 de agosto de 2005.
- Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, "S., B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 5 de julio de 2016.
- Cámara Penal Nº 2 de Villa Mercedes, Provincia de San Luis, ""Sanchez, Brisa Noemi - Av. Homicidio Calificado" (PEX 203396/16), Sentencia de fecha 30/05/2019.
- Cámara en lo Penal de Trelew, Causa "HC" (Expte. Nº 56280), Sentencia de fecha 19/09/2018.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Informe 1997-VI, "Aydin c. Turquía", fallo Nº 23178/94 del 25 de septiembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Cantoral Benavides vs. Perú", Sentencia Nº 69 del 18 de agosto de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Espinoza González Vs. Perú", sentencia del 20 de noviembre de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fernández Ortega y otros Vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nº 10970, Informe Nº 5/96, "Martín de Mejía c. Perú", sentencia del 28 de febrero de 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú", sentencia del 25 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Rosendo Cantú y otra Vs. México", sentencia del 31 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Urrutia vs. Guatemala", Sentencia Nº 103 del 27 de noviembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Véliz Franco vs. Guatemala", Sentencia del 9 de mayo de 2014.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Góngora, G. A.", Sentencia del 23/04/2013
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina "LEIVA, María Cecilia s/ Homicidio Simple" - Fallos 334:1204, rta, Sentencia del 1 de noviembre de 2011
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "R., C. E. s/ recurso de extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa Nº 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", Sentencia de fecha 29 de octubre de 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, "S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo", sentencia Nº 52/14 del 28 de abril de 2014.

- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, "GÓMEZ, María Laura s/ Homicidio simple", Sentencia N° 10/12 del 28 de febrero de 2012.
- Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala II, "F.C./ Rojas Echevarrieta Cinthia Yasmín p/ Homicidio Simple s/ Casación", Sentencia del 23 de junio de 2014.
- Tribunal de Juicio de Salta, Sala III, "OMA" (Expte. N° 139706/17), Sentencia de fecha 11/10/2017.
- Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, "BULACIO, Gladys Lery s/Homicidio Calificado", Sentencia de fecha 03 de junio de 2010.
- Tribunal Oral Criminal N° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, "S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 9 de diciembre de 2014.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, "Díaz" (Expte. N° 59157), Sentencia de fecha 17/10/2013

Informes y recomendaciones

- CIDH, Informe N° 54/01 del 16/04/2001 sobre el caso "María da Penha vs. Brasil"
- Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, 11° período de sesiones, 1992.
- Comité CEDAW, Recomendación General N° 28, 47° período de sesiones, 2010.
- Recomendación N° 1 (2018) del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI).
- Informe del Relator Especial sobre la Tortura, UN Doc. E/CN.4/1986/15.
- Informe del Comité de Derechos Humanos, ONU G.A.O.R., 37ava sesión, supp. N° 40 (1982).
- Resumen/Recopilación de 21° período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN4/1992/SR.21.