

**LEGÍTIMA DEFENSA EN UN CONTEXTO DE VIOLENCIA DE
GÉNERO DENTRO DEL ÁMBITO DOMESTICO.**



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

Ivana de los Ángeles Ahumada.

2.019

RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos, dentro de la teoría del delito, puntualmente en la categoría antijuridicidad, la causal de justificación de la legítima defensa. Este instituto será abordado en un contexto de violencia de género dentro del ámbito doméstico.

Tanto las normas penales como la aplicación que de ellas hacen los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensados en una determinada situación y contextos. Debemos tener presente que aquellas conductas típicas realizadas por mujeres que se encontraban en un contexto de violencia de género difícilmente puedan ser comprendidas en toda su dimensión si se aplican los mismos parámetros que se utilizan para otras situaciones diferentes.

Por lo expuesto, el Trabajo Final de Grado tiene por objeto analizar la posibilidad de aplicación de la legítima defensa, con especial énfasis en las dificultades prácticas que presentan tales figuras. Igualmente, se analizará la posibilidad de dar cierto contenido a estas causales desde una perspectiva de género que valore las especiales circunstancias derivadas de la violencia contra la mujer, y si es válido afirmar que tales circunstancias pueden influir en la interpretación que de la legítima defensa se dé en estos eventos.

PALABRAS CLAVES: Violencia de género- legítima defensa- criminalización de la mujer- perspectiva de género.

ABSTRAC

In the present work, we will analyze, within the theory of crime, punctually in the unlawfulness category, the justification cause of self-defense. This institute will be addressed in a context of gender violence within the domestic sphere.

Both the criminal norms and the application that judges make of them are endowed with unequal content, because normally the requirements that surround their interpretation have been elaborated by men thought of in a certain situation and contexts. We must bear in mind that those typical behaviors carried out by women who were in a context of gender violence can hardly be understood in all their dimensions if the same parameters used for other different situations are applied.

Therefore, the Final Degree Project aims to analyze the possibility of application of self-defense, with special emphasis on the practical difficulties presented by such figures. Likewise, the possibility of giving certain content to these causes from a gender perspective that assesses the special circumstances derived from violence against women will be analyzed, and if it is valid to affirm that such circumstances may influence the interpretation of the legitimate defense give in these events.

KEYWORDS: Gender violence - legitimate defense - criminalization of women - gender perspective.

Índice	
Introducción.....	6
CAPITULO I “MARCO NORMATIVO”	9
Introducción.....	9
1. Violencia de género. Aproximación conceptual.....	9
2. Marco normativo internacional y regional.	12
2.1 Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.	13
2.2 La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém Do Pará.....	16
CAPITULO II “LA LEGITIMA DEFENSA.	24
ASPECTOS JURIDICOS”	24
Introducción.....	24
1. Naturaleza Jurídica.	24
2. Concepto y fundamento.....	25
3. Marco legislativo de la legítima defensa.	27
3.1 Requisitos de la legítima defensa.....	27
Conclusión.....	31
CAPITULO III “EL DERECHO PENAL Y LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER” ...	32
Introducción.....	32
2. Requisitos de la legítima defensa. Problemáticas específicas en el escenario de la violencia de género. Necesidad de repensar estas causales con perspectiva de género.....	35
2.1 Falta de actualidad o inminencia de la agresión.	37
2.2 La falta de necesidad racional del medio empleado como limitante de la legítima defensa.	39
2.3 Falta de voluntad de defensa.....	41

Conclusión parcial.....	42
CAPITULO IV “ANALISIS JURISPRUDENCIAL”.....	44
Introducción.....	44
2. Análisis del fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Tucumán. Materialización de la “perspectiva de género” como criterio de interpretación de las normas aplicables.....	47
3. Análisis del fallo resuelto por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.	51
Conclusión parcial.....	54
Conclusión Final.....	55
Bibliografía.....	57
Doctrina.....	57
Legislación.....	58
Jurisprudencia.....	58

Introducción.

La violencia de género en sus múltiples manifestaciones y formas evidencia una problemática social que atraviesan muchas mujeres en el Estado Argentino. Problemática que ha generado posiciones y debates estatales, doctrinarios y jurisprudenciales con la intención de dar a las víctimas de esta situación una protección y solución que parecería estar lejos de resolverse.

Este fenómeno de la violencia contra las mujeres impacta de manera directa en el derecho penal. Ante esta situación existe en nuestro país una evolución jurídica normativa tendiente a evitar que la mujer víctima de violencia continúe padeciendo su condición. La normativa internacional a la cual adhirió nuestro país, y la norma infra constitucional busca en este último período de tiempo la protección y erradicación de la mujer víctima de este flagelo como mal social. Sin embargo la evolución normativa, no parecería suficiente para evitar en algunas situaciones la criminalización de la mujer que se defiende de su agresor para lograr salir del círculo de la violencia, trayendo como consecuencia la necesidad de un replanteo de interpretación de la normativa penal o de algunos de sus institutos.

Uno de los fenómenos derivados de la creciente violencia contra las mujeres son los eventos en que mujeres víctimas de violencia de género causan la muerte a sus agresores. Esta situación ha generado la necesidad del análisis de las posibles circunstancias de exclusión de responsabilidad que podrían aplicarse a tales eventos. Normalmente el primer análisis que se hace desde la defensa de tales mujeres es la aplicabilidad de la legítima defensa, el cual se encuentra regulado en el art. 34 inc 6 del Código Penal, que refiere a las causas de justificación y los requisitos que deben estar presentes para la procedencia de mencionado instituto.

El presente trabajo, tiene por designio señalar algunos aspectos acerca de cómo opera la utilización de la figura de la legítima, en aquellos casos en que las agresiones ilegítimas repelidas ocurrieron en un contexto de violencia de género en el ámbito doméstico (esto es una modalidad en que se manifiesta la violencia de mujer quedando comprendido éste último), en especial cuando la interpretación para la valoración de los hechos, pruebas y las calificación jurídica aplicable a cada caso se

realiza con prescindencia de perspectiva de género, existiendo así una limitación al derecho de la legítima defensa para las mujeres. Por lo expuesto, el trabajo final de grado tiene por objeto responder al interrogante que motiva la obra, esto es, ¿Cuáles son los aspectos de relevancia que deben tenerse en cuenta para la interpretación con perspectiva de género de los requisitos de la legítima defensa en un contexto de violencia de género para evitar la criminalización de la mujer que se defiende?

Conforme a lo mencionado, y siguiendo el problema planteado, se instaura como objetivo general analizar cuáles son los aspectos de relevancia que deben tenerse en cuenta para la interpretación con perspectiva de género de los requisitos de la legítima defensa en un contexto de violencia de género para evitar la criminalización de la mujer que se defiende.

Con la finalidad de dar respuesta a la problemática abordada proponemos como objetivos específicos: exponer el concepto de violencia de género brindado por la normativa internacional y nacional; analizar el marco jurídico de la violencia contra la mujer tanto a nivel internacional como nacional.; abordar el concepto del instituto de la legítima defensa, concepto, naturaleza jurídica, fundamento y requisitos; indagar los requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género; explicar las posturas doctrinarias sobre la legítima defensa en un contexto de violencia género (quienes niegan su aplicación y quienes encuentran amparo en la causal de justificación);mostrar la relevancia de los tratados y acuerdos internacionales de protección de la mujer víctima de violencia de género e identificar el impacto de la misma en el instituto de la legítima defensa.; analizar la jurisprudencia nacional sobre la legítima defensa y la muerte del agresor en manos de la víctima en un contexto de violencia de género.

Como hipótesis del trabajo final de grado arribamos a que la violencia de género reconocida en Tratados Internacionales vinculantes para nuestro país, permite exigir una interpretación afín del derecho interno, por lo cual los requisitos de la legítima defensa previstas en el Código Penal deber ser interpretadas a la luz de los Tratados Internacionales de derechos humanos de las mujeres, resultando la aplicación de una perspectiva de género en estos casos una obligación que tiene el poder judicial

emanada de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); del Bloque de Constitucionalidad Federal, y filtra todos los institutos del derecho.

En el desarrollo del presente trabajo de investigación utilizare el tipo de investigación descriptivo ya que la finalidad de la investigación es describir el fenómeno bajo estudio, determinar los aspectos y la relevancia de la perspectiva de género en la interpretación jurisprudencial de los requisitos de la legítima defensa en casos de violencia de género en el ámbito doméstico. Y la estrategia metodológica de tipo cualitativo. La selección de esta estrategia se funda principalmente en que la orientación de la tarea de investigación consiste en recolectar datos que me permitan describir el impacto que la perspectiva de género produjo desde la ratificación de los derechos humanos por Argentina en el derecho interno del país, más específicamente el impacto en el derecho penal argentino y dentro del en el instituto de la legítima defensa y la interpretación de sus requisitos.

Para una mejor presentación el trabajo se dividió en 4 (cuatro) capítulos. El capítulo primero tiene por objeto abordar los conceptos brindados por la normativa nacional e internacional sobre que debe entenderse por violencia de género. Además, indagaremos el marco legislativo internacional y nacional de protección a la mujer víctima de violencia. En el segundo capítulo, se analizará el instituto penal de la legítima defensa, sus elementos constitutivos y naturaleza jurídica. Seguidamente, el capítulo tercero abordará en el derecho penal con una mirada desde la violencia de género, expondremos algunos aspectos relevantes acerca de cómo opera la utilización de la figura de la legítima defensa en aquellos casos en que las agresiones ilegítimas repelidas ocurrieron en un contexto de violencia de género y las posturas doctrinarias al respecto. En el capítulo cuarto se realizará un análisis sobre la jurisprudencia respecto de la mujer que se defiende de su agresor ocasionándole la muerte. Por último se intentará dar una respuesta a la pregunta de investigación y a la hipótesis planteada mediante una conclusión fundada en derecho, doctrina y jurisprudencia.

CAPITULO I “MARCO NORMATIVO”

Introducción

El presente capítulo tiene por objeto definir qué se entiende por violencia de género. Como podremos observar para ello será necesario acudir a los cuerpos normativos que introducen dicho término, resultando preciso recurrir a la normativas internacionales, pues fueron las primeras normas en abordar la materia.

Una vez precisado el concepto mencionado, indagaremos en el marco legislativo internacional de protección a la mujer víctima de violencia. Expondremos los puntos más relevantes, abarcando conceptos, derechos de la mujer, deberes y obligaciones asumidas por los Estados parte que suscribieron a la normativa internacional.

Asimismo, a este capítulo le corresponde el análisis y descripción del marco normativo nacional, la ley 26.485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales) que trata específicamente la violencia contra la misma, los tipos y modalidades de la violencia.

1. Violencia de género. Aproximación conceptual.

Los términos violencia contra la mujer y la violencia de género, se utilizan indistintamente, y comprenden las diversas formas de abusos cometidos contra las mujeres que tienen su raíz en el estatus subordinado de las mujeres en relación a los hombres en las sociedades.

También, suele apreciarse en muchos casos el uso indistinto de los términos violencia familiar, doméstica o interpersonal y de violencia de género o contra la mujer. Resulta oportuno destacar que, estas visiones, hacen foco en dos cuestiones diferentes, pues mientras que las primeras se centran en el lugar donde se produce la violencia, las segundas encuentran su eje en las relaciones de desigualdad entre varones y mujeres, que conduce a la subordinación de éstas a aquéllos (Durán, 2012).

Esclarecido que la violencia contra la mujer no es lo mismo que violencia familiar, corresponde mencionar que a los fines del presente trabajo se utilizaran indistintamente violencia de género o contra la mujer.

Nuestro Código Penal Argentino, en su art. 80 inc.11, prevé expresamente prisión perpetua al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. La normativa penal, si bien utiliza el término violencia de género, no aporta una definición del mismo, como así tampoco nos brinda herramientas terminológicas para obtener una definición unívoca.

Ahora bien, resulta menester poder delimitar conceptualmente el término introducido por la normativa penal, y para ello será necesario acudir a los cuerpos normativos que introducen el término bajo análisis en el ordenamiento jurídico. Así encontramos que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará¹), prevé que debe entenderse por violencia contra la mujer “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”².

La Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la define como:

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada (Resolución 48/104, 1993, art.1).

Por su parte, la Convención (CEDAW) define la discriminación contra la mujer, la misma incluye:

La violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad³.

¹ Ratificada en la República Argentina por la Ley N° 24.632 en el año 1996, quedando incluida en el bloque de tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina.

² Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer.

³ Art.1 de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

De forma similar a las definiciones antes mencionadas, la Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW (Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer), refiere que la violencia de género es aquella dirigida contra las mujeres por el sólo hecho de ser mujeres, pero, además, agrega aquellas manifestaciones de violencia que afectan de manera desproporcionada.

De lo expuesto, se puede advertir que, las definiciones sobre violencia contra las mujeres contenidas en los instrumentos internacionales son consistentes en tomar como punto de partida el reconocimiento de que este tipo de violencia constituye una manifestación de desigualdad entre varones y mujeres que existen en nuestra sociedad. Asimismo, puede apreciarse que la violencia contra la mujer no sólo se produce en el ámbito privado de la familia, sino también en ambientes públicos, y es por ello, que trasciende el concepto de violencia familiar.

En segundo lugar, es provechoso recurrir a normativas del derecho interno en busca de una precisión terminológica. Así, encontramos que la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollan sus Relaciones Interpersonales, en su art. 4, define la violencia contra las mujeres como:

Toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una desigualdad de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también sus seguridad personal⁴.

Por todo lo expuesto, decimos que la violencia contra la mujer comprende una serie de atentados cuyo común denominador es la presencia de un sujeto pasivo femenino que es el objeto maltratado por el solo hecho de pertenecer a ese género y cuyo agresor se caracteriza por pertenecer al género opuesto. Además de esta caracterización binaria de protagonistas, es decir hombre-mujer, la violencia contra la mujer tiene un componente subjetivo, esto es, la conducta del autor de causar un daño por el hecho de ser mujer. De esta manera, no cualquier ejercicio de violencia

⁴ Art. 4 de la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que desarrollan sus Relaciones Interpersonales

contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una persona por el solo hecho de pertenecer al género femenino.

2. Marco normativo internacional y regional.

La violencia contra las mujeres da origen a una serie de obligaciones específicas por parte de los Estados en conformidad con el derecho internacional.

La trascendencia pública de las distintas manifestaciones de violencia hacia las mujeres, como expresión extrema de la discriminación de género y de las desiguales relaciones de poder entre hombres y mujeres, se ha tornado una preocupación pública y, en esta medida, ha generado la obligación de los Estados de asegurar las condiciones para una vida sin violencia.

La Republica Argentina, línea con la mayoría de los países de América Latina, ha asumido compromisos con la comunidad internacional para dar cumplimiento a los derechos de las mujeres, a través de la ratificación de tratados vinculantes tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1,2,3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 6.1, 7, 9.1 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes. Entre estos últimos, son de particular relevancia la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer (en adelante CEDW), su protocolo facultativo y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém Do Pará).

Desde la sanción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW) en 1.979 y su incorporación a través de la ley N° 23.179 en el año 1.985, para luego incorporarlas a la Constitución Nacional a través de la reforma del año 1.994, y más específicamente con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém Do Pará), ratificada mediante ley N°24.632 del año 1.996, el Estado Argentino y los estados provinciales están obligados a implementar normas y políticas contra la violencia hacia las mujeres.

2.1 Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Tras un largo y tortuoso proceso de negociación, finalmente la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, fue aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entrando en vigor en 1981.

La CEDAW brinda el marco indispensable para entender el vínculo entre discriminación y violencia. Con su ratificación los Estados se encuentran jurídicamente obligados a adoptar las medidas necesarias –incluidas leyes y medidas especiales temporales-, para que las mujeres posean el disfrute pleno de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales. Además, crea el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para examinar los progresos realizados en la aplicación de las disposiciones de la Convención.

La Convención promueve que las mujeres ejerzan plenamente sus derechos y se asienta sobre el principio democrático de la igualdad, en oposición a las prácticas de discriminación que caracterizan a las sociedades injustas, desiguales.

El logro de la CEDW radica en constituir un instrumento jurídico vinculante y obligatorio para los estados partes, de modo que su incumplimiento por parte de éstos trae aparejada responsabilidad internacional. También es dable mencionar el avance que implica la CEDW en cuanto a la conceptualización de discriminación, pues la misma constituye tanto cuando el objeto es discriminar como cuando el resultado es la discriminación. Por lo dicho, la CEDW se trata de un tratado de carácter general, que trata la cuestión de la violencia de la mujer.

Entrando al análisis de la CEDW, la misma consta de un Preámbulo y de treinta artículos en los cuales se establecen diferentes medidas a adoptar por parte de los Estados y por parte de determinados actores privados para avanzar en el reconocimiento y profundización del principio de no discriminación. Uno de los aspectos más importantes de la Convención radica en que no sólo se dirige a los Estados sino que también se dirige al ámbito privado, que es donde se producen las más graves violaciones de los derechos de la mujer. Como ha puesto de manifiesto Sullivan (1995), la Convención “contempla la reconstrucción de las relaciones de

género dentro de la familia; requiere que el Estado adopte medidas positivas para proteger a las mujeres contra la discriminación por actores no estatales” (pág. 129).

La CEDW está regida por tres principios básicos: a) no discriminación, b) igualdad de resultados y, c) responsabilidad estatal. El primero de ellos, está previsto en el art. 1 y resulta de trascendental importancia porque en él se define lo que se entiende por la expresión discriminación contra la mujer, refiriéndose con ella a “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (...) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra”. Entonces, son discriminatorias todas las situaciones en las que las mujeres no acceden al ejercicio de todos los derechos que tienen como seres humanos, no son tenidas en cuenta, no son regladas o bien no tienen las mismas oportunidades que los varones para desarrollar actividades.

Por su parte, el art. 2 establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra la mujer. Para lograr dicho propósito, se comprometen a todo un conjunto de medidas que van a ser detalladas en los diferentes apartados de la Convención. Así, los Estados se comprometen a:

- ✓ Asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer (art.3);
- ✓ Adoptar medidas especiales para tratar de lograr la igualdad de facto entre el hombre y la mujer (art.4);
- ✓ Se conmina a los Estados a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, estableciendo la “responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos”; (art.5)
- ✓ La supresión de todas las formas de trata de mujeres y explotación en la prostitución de la mujer (art.6).
- ✓ La eliminación de la discriminación de la mujer en la vida política y pública del país (art.7)

Además, la Convención también refiere a la promoción de la participación de las mujeres en la esfera internacional (art.8); la no discriminación en cuanto a la nacionalidad (art.9); igualdad de derechos en el ámbito de la educación, empleo, atención médica, en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones

familiares (arts. 9, 10, 11, 12 y 16) y la promoción de la mujer en el mundo rural (art.14).

En síntesis, la Convención establece un marco general para enfrentar las situaciones de discriminación sufridas por la mujer. Por un lado, en lo que respecta a los derechos civiles y a la condición jurídica de la mujer y, por otra parte, al papel de la cultura y la tradición en los obstáculos que enfrentan las mujeres para ejercer sus derechos fundamentales, en los ámbitos del empleo, la educación, la salud y en familia, entre otros.

En lo que refiere a los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres establecidos en la Convención, cabe señalar que sólo contempla el mecanismo de los informes periódicos.

Conforme el art. 17 de la CEDW se establece un Comité sobre la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que va a tener como objetivo básico analizar los progresos realizados por los Estados partes en cuanto a la aplicación de la Convención. Para lograr este objetivo:

Los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y los progresos realizados en este sentido⁵.

Dichos informes son examinados por el Comité, que emite conclusiones y recomendaciones que se conocen con el nombre “observaciones finales” (CEPAK, 2007:15).

Habiendo analizado y mencionado los principales contenidos de la CEDAW, a modo de cierre de este apartada, corresponde mencionar que la misma fue ratificada por Argentina por ley N° 23.179 del año 1985 y la dotó de jerarquía constitucional con la reforma a la Carta Magna en 1994.

⁵ Art. 18 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

2.2 La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém Do Pará.

La Comisión Interamericana de Mujeres es un organismo especializado de carácter permanente que tiene por objeto controlar y supervisar las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer por los Estados miembros que ratificaron la Convención Interamericana, adoptada el 9 de junio del años 1.994, y que entro en vigor en marzo de 1.995.

En el marco jurídico y de política a escala internacional se ha acompañado la adopción de varios marcos jurídicos y de política a escala regional. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como la Convención de Belém do Pará, es la única convención dirigida exclusivamente a la eliminación contra la mujer.

La Convención consta de un preámbulo donde reconoce que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales que trasciende todos los sectores de la sociedad (...). Asimismo reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombre.

La convención define un derecho humano nuevo, el derecho a una vida libre de violencia. Define a la violencia contra la mujer como toda acción o conducta, basada en su género, que causa muerte, daño o sufrimiento, físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. (art.1). La violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica , que puede tener lugar dentro de la familia o unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal, dentro de la comunidad y que sea perpetrada por cualquier persona y la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (art.2).

Asimismo, la Convención prevé un amplio marco de derechos que protege: la una vida libre de violencia en el ámbito público y privado (art.3); al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y libertades reconocidos por los instrumentos regionales e internacionales, en particular el derecho a que se respete

su vida, su integridad física, psíquica y moral, a la libertad y la seguridad personales, a no ser sometidas a torturas, a igual protección ante la ley y aun recurso rápido y sencillo ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos, libertad de asociación, entre otros (art.4); a ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art.5).

Entiéndase que el derechos a toda mujer a una vida libre de violencia incluye, libre de toda forma de discriminación, a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, entre otras (art.6).

En relación a los deberes de los Estados parte, la Convención establece dos niveles de obligación, con diferentes mecanismos para el caso de incumplimiento o violación. En primer lugar, dispone que los Estados deben adoptar los medios apropiados- sin dilaciones- para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y, en particular, de abstenerse de cualquier acción o práctica violenta, de actuar diligentemente para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres, incluyendo la sanción de las normas necesarias a tales efectos, establecer procedimientos legales, judiciales, administrativos, justos y eficaces, y adoptar las disposiciones legislativas o de otra índoles que sea necesarias para hacer efectiva la Convención (art.7). En segundo lugar, se refiere a medidas y programas específicos, los cuales están previstos en el art. 8 y consta de 9 letras (a-i).

Mencionado los principales artículos importantes de la Convención, y sin ánimos de extendernos en el análisis de los artículos restantes por cuantos será expuesto con posterioridad correspondiendo su análisis en otros apartados de nuestro trabajo final, consideramos que a modo de cierre debemos mencionar el mecanismo de protección utilizado por la Convención. En este sentido, la Convención prevé que los Estados deberán incluir en sus informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, información concerniente a las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la

violencia y para asistir a la mujer víctima, los obstáculos para su aplicación y los factores que contribuyen a la violencia contra la mujer⁶.

3. Marco Normativo Nacional. Ley 26. 485

La violencia contra la mujer, de carácter sistemático en nuestra sociedad, ha sido reconocida como un problema que afecta la igualdad y viola los derechos humanos. En este contexto, la necesidad de su erradicación se vio reflejada en las legislaciones nacionales.

La tendencia hacia la sanción de un marco normativo integral se había iniciado en la región años atrás, con la aprobación de la legislación que redefine la violencia en los términos establecidos en la Convención Belem Do Pará y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Violencia contra las Mujeres.

En este marco, la Argentina el 11 de marzo del año 2.009 se sanciona la “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”⁷ y fue promulgada ese mismo año. Esta normativa busca hacer efectivo el principio de igualdad considerando las situaciones de vulnerabilidad vividas por las mujeres en función de su condición de género.

Esta normativa es una herramienta de gran importancia, pues plantea un plan de acción que propone coordinar a diversas instituciones (Ministerios, Secretarías, Poderes del Estado) y jurisdicciones, a nivel nacional, provincial y municipal, para abordar la diversas formas de violencia que sufren cotidianamente las mujeres.

Esta ley implica un cambio de paradigma en tanto aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva más vasta y abarcativa de la que hasta ahora existía en la legislación argentina. Es una norma que rebasa las fronteras de la violencia doméstica para avanzar en la superación del modelo de dominación masculina, proporcionando una respuesta sistemática a la problemática, con una dimensión transversal que proyecta su influencia sobre todos los ámbitos de la vida (Lloveras y Orlandi, 2012, pág.155)

⁶ Art. 10 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém Do Pará.

⁷ Ley 26. 485 (Boletín Oficial 14/04//2009) y su Decreto Reglamentario 1011/2010 (Boletín Oficial 20/07/2010).

La ley N° 26.845, está basada principalmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (Convención de Belem Pará, ratificada por ley 24.632, en 1996) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 1979, ratificada por ley 23.849, en 1990; art. 75 inc.22). Se trata de una norma sancionada con carácter de orden público y dirigida a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Es decir, que esta ley pone su atención en la violencia sufrida por las mujeres, más allá del ámbito físico donde esta se produzca (Bertoldi, 2012).

Entre los aciertos de la ley bajo análisis, pueden señalarse la recepción expresa del concepto de “género” y la transversalidad en el abordaje de la violencia de género para su prevención y tratamiento. Asimismo, resalta la tipificación de diversos tipos de violencia, la obligatoriedad de su aplicación en todo el territorio nacional, la especial atención puesta en el detalle de las políticas públicas necesarias para el cumplimiento de sus propuestas, la gratuidad del asesoramiento y actuaciones judiciales, la recepción de figuras especiales como la violación en el matrimonio.

Es una ley transversal a todas las ramas del derecho y comprende cuatro Títulos, esto es, disposiciones generales, políticas públicas, procedimientos y disposiciones finales:

A) Disposiciones generales: comprendiendo ámbito de aplicación de la ley (art.1), el objeto de sus disposiciones (art.2), definiciones y tipos de violencia, derechos protegidos y modalidades de violencia (arts. 3 a 6);

B) Políticas públicas: refiere a las políticas que deberán llevarse adelante a través del Consejo Nacional de la Mujer, como órgano rector encargado de efectivizar las disposiciones de la ley. Asimismo, en este articulado cabe destacar la formación de un observatorio de la violencia contra las mujeres (arts. 7 a 15);

C) Procedimientos: en este capítulo encontramos reglas procesales genéricas y específicas. Así, los arts. 16 a 18 están destinados a consagrar las reglas procesales genéricas dirigidas a estipular los derechos y garantías mínimas en los procedimientos judiciales y administrativos, mientras que, por otro lado, los arts. 19 a 40 prevén un

régimen procesal específico, que en la práctica solo es aplicable en la ciudad de Buenos Aires (Famá, 2011);

D) Disposiciones finales: en este articulado se hace una declaración expresa en cuanto a que la Ley 24.417 de protección contra la Violencia Familiar, será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos por la ley 26.485 (art. 41 a 45).

Por cuestiones de brevedad, nos abocaremos en las disposiciones generales (Título I), pues aquí está lo esencial de la ley. En lo que refiere al ámbito de aplicación, se prevé expresamente que las disposiciones de esta ley son de orden público y es aplicable en todo el territorio de la República, con excepción de las disposiciones de carácter procesal establecidas en el Capítulo II del Título III de la presente⁸. Esta nueva ley, “no deroga sino que complementa las respectivas leyes locales en materia de violencia doméstica” (Lloveras y Orlandi, 2012, pág. 169).

Siguiendo el análisis de la ley, el art. 2 dispone que la norma tiene por objeto promover y garantizar eliminar la discriminación, el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia. El ámbito de protección a la mujer no se limita al familiar o doméstico sino que, como su nombre lo revela, pretende una protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Abarca la problemática de la violencia contra la mujer con una dimensión transversal, proyectando su influencia sobre todos los ámbitos de la vida. Dicha transversalidad, impone la adopción de todas las políticas públicas desde una perspectiva de género. Asimismo, esta ley tiene por objeto promover y garantizar la remoción de los patrones socioculturales, el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y la asistencia integral⁹.

⁸ Art. 1 de la Ley 26.485 de Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

⁹ Art. 2 de la Ley 26.485 de Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

Los principales bienes protegidos en este artículo 3° son la vida sin violencia ni discriminación, y los derechos fundamentales o personalísimos de las mujeres, incluyendo especialmente el derecho a decidir sobre su vida reproductiva.

En lo que refiere a los derechos protegidos, los mismos se encuentran previstos en el art. 3. Los principales bienes protegidos en este artículo son la vida sin violencia ni discriminación, y los derechos fundamentales o personalísimos de las mujeres, incluyendo el derecho a decidir sobre su vida reproductiva. En lo particular, se detiene en el derecho al suministro de información adecuada y suficiente, a la aplicación de medidas integrales de asistencia y garantiza el acceso gratuito a la justicia cuando sean casos comprendidos en esta ley. Asimismo, refiere expresamente a la protección de la igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres, y prohíbe conductas revictimizantes hacia la mujer¹⁰.

Esta ley define a la violencia contra las mujeres como:

Toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con el varón¹¹.

Enseña Lloveras y Orlandi (2012) que la normativa bajo análisis define a la violencia contra la mujer basándola en la desigualdad de poder y de acuerdo a la manera directa o indirecta que la afecte en su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica y en su seguridad personal.

Continuando el análisis de la normativa, en su art. 5 establece y define cinco tipos de violencia contra la mujer, estas son: violencia física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y, por último, simbólica.

¹⁰ Art. 3 de la Ley 26.485 de Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

¹¹ Art. 4 de la Ley 26.485 de Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

La violencia física, es la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato que afecte su integridad física.

Entiéndase por violencia psicológica la que causa daño emocional y disminución de la autoestima y perturba el pleno desarrollo personal o busca degradar o controlar sus acciones, comportamiento, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, entre otros. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a la salud psicológica y a la autodeterminación.

Por su parte, la violencia sexual es definida como cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de las relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, como así también la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

La normativa también define a la violencia económica y patrimonial como aquella que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; la pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; la limitación o control de ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tareas, dentro del mismo lugar de trabajo.

Por último, menciona la violencia simbólica, la cual a través de patrones estereotipos, mensajes, valores, ícono o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en sociedad.

Un aporte merecedor de destacar de la ley, es la enumeración de tipos de violencia contra la mujer, pues dicha enumeración es más amplia que la efectuada por la Convención de Belem Do Pará. En esta última, hace referencia esencialmente al sufrimiento físico, psicológico y sexual causado por la violencia, mientras que la ley nacional menciona la violencia económica y patrimonial. Otro dato significativo es que en la definición, del artículo mencionado, se incluye no sólo las acciones sino también las omisiones (Chiarotti, 2010).

Seguidamente, el art. 6 prevé y define las modalidades de violencia, entendiéndose por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando comprendidas las siguientes: violencia doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática. Como mencionamos precedentemente, por cuestiones de enfoque en nuestro objeto de estudio, corresponde brindar la definición de violencia doméstica, entendiéndose como:

Aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgo. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia¹².

Ahora bien, corresponde mencionar que si bien la ley analizada define cada uno de estos tipos (art.5) y cada modalidad de violencia (art. 6), en la reglamentación del artículo 6 por parte del decreto del Poder Ejecutivo de la Nación N° 1011/2010, aclara que dichas definiciones no deben interpretarse en sentido restrictivo ni taxativo, excluyentes de hechos considerados violencia contra las mujeres por otras normas, precisando que, para ello deberá interpretarse la norma en forma armónica y sistemática con la definición brindada por la ley en su art. 4 y con lo previsto por las convenciones y demás instrumentos internacionales.

¹² Ley 26.485, Art. 6 inc. a

CAPITULO II “LA LEGITIMA DEFENSA. ASPECTOS JURIDICOS”

Introducción.

El capítulo II tiene por designio abordar el instituto de la legítima defensa, expondremos la naturaleza jurídica, concepto y fundamento de este instituto brindado por la doctrina más destacada en materia penal. Para explayarnos más profundamente en la materia, realizaremos un análisis de su regulación en el ordenamiento jurídico penal argentino, haciendo hincapié en los requisitos exigidos para su procedencia.

1. Naturaleza Jurídica.

De manera preliminar, decimos que las causas de justificación son aquellos permisos concedidos por la ley para cometer en determinadas circunstancias una conducta tipificada como delito. Siguiendo al profesor Lascano (2005), definimos a las causas de justificación como aquellas “situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de un hecho típico” (pág. 412).

Es pacífica la doctrina y jurisprudencia en tratar el instituto de la legítima defensa como causal de justificación o de licitud, esto se traduce en que mencionado instituto autoriza a defender bienes propios atacando bienes jurídicos de quien trata de agraviar aquellos. Creus (19992) la cataloga como “una acción de repulsa autorizada” (pág. 327). Otros, la definen como “la defensa requerida para apartar de sí o de otro una agresión actual antijurídica” (Jescheck, 1981, pág.303).

Dicho esto, la legítima defensa es una causa de justificación de la conducta típica. La función de estas causas es autorizar acciones que vulneran la norma (es decir conductas típicas), porque éstas se realizan en aras de proteger mayores valores (Luzón Peña, 2.006). A través de la legítima defensa se justifica la lesión de uno o varios bienes jurídicos para salvaguardar los de quien ejerce la acción defensiva o los de terceros. Sin embargo, también se entiende que a través de la legítima defensa se defiende el orden jurídico (Correa Flórez, 2016).

Así, la legítima defensa (figura jurídica de carácter constitucional y penal) tiene como característica fundamental excluir la responsabilidad de la persona que se defiende, siempre que cumpla los requisitos que de manera expresa determina la ley, los cuales tienen relación con la agresión actual e ilegítima, la utilización de un medio racional para repeler la agresión, y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Es decir, la legítima defensa como causa de justificación “constituye un permiso o autorización que otorga el ordenamiento jurídico con el fin de realizar un tipo penal” (Bellatti Carlos A. 2002, pág. 1).

De modo que quien actúa en legítima defensa, lleva a que su conducta sea legítima por la exclusión de la antijuridicidad; “quien se defiende legítimamente no describe una conducta típicamente antijurídica y culpable, susceptible de antijuridicidad, sino que obra jurídica y legalmente conforme el espíritu de la ley, por lo que no debe ser acusado” (Frank, 2000, pág.28).

2. Concepto y fundamento.

Nuestro ordenamiento jurídico penal regula el instituto de la legítima defensa (art.34 inc.6), entendida como “la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica” (Soler, 1987, pág. 344). Por su parte, Balestra (1998) la define como las “reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano” (pág.280).

Finalmente, el doctrinario Jiménez de Asúa, ha entendido que:

La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla (Jiménez de Asúa, 1952, pág. 26).

De lo dicho, decimos que el instituto de la legítima defensa es el contraataque o repulsa de una agresión actual, inminente e inmediata, con el fin de proteger bienes jurídicos propios o ajenos.

Seguidamente analizaremos el fundamento del instituto de la legítima defensa, para ello traemos a colación algunos aportes brindados por la doctrina más destacada en la materia. Para Welzel y Jakobs (citados por Zaffaroni, 1987) el fundamento se

halla en el principio según el cual “el derecho no tiene por qué soportar lo injusto” (pág. 610).

La doctrina y jurisprudencia reconocen que el fundamento de este permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción. Decíamos que en la actualidad se reconoce unánimemente la naturaleza justificante del instituto analizado, y que el fundamento se ve en el principio según el cual el derecho no necesita ceder ante lo ilícito. Siguiendo estos lineamientos, sostiene Zaffaroni que:

Se defiende el fundamento por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos. El fundamento de la legítima defensa, reiteramos, se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto; su fundamento no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia (2002, pág. 612).

En igual sentido, el Dr. Donna (1995) sustenta un doble fundamento:

Por un lado la defensa del bien jurídico en particular, que surge de la propia normativa, en el sentido de que la defensa sólo es permitida en cuanto se trate de la persona o derechos propios o ajenos, esto es, de bienes personales y, por otro lado, la defensa del orden jurídico, en el sentido de que el derecho siempre debe prevalecer sobre lo injusto (Donna, 1995, pág. 127).

Por lo expuesto, halamos de un fundamento individual y otro supraindividual. El primero de ellos, estriba en que se protegen todos los bienes jurídicos personales o individuales, como la vida, la integridad, la libertad (en todas sus manifestaciones), el honor, la propiedad, la salud, entre otros (Córdoba Roda, 2008). A través de la necesidad de proteger los bienes jurídicos, se legitima una acción defensiva en situaciones especiales. El núcleo esencial de este fundamento se encuentra en la idea de que nadie está obligado a tolerar una agresión antijurídica a sus bienes jurídicos y por ello tiene derecho a defenderlos de ataques injustos.

Por su parte, aquellos bienes de colectividad denominados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, su fundamento está condensado en el conocido aforismo hegeliano de que “el derecho no tiene por qué ceder frente al injusto” (Nino, 2005, pág.26). Así, quien se defiende está reafirmando el derecho, en consecuencia se está protegiéndolo de ataques injustos. Enseña Luzón Peña (2003) que:

La agresión es antijurídica (contraria al ordenamiento jurídico), por tanto, defenderse de ella va a reafirmar el derecho (va a negar la acción) y es por eso que se entiende que la figura de la legítima defensa protege también el orden jurídico (Luzón Pena, 2003, pág. 36).

Así, el fundamento de la legítima defensa reside en que el hecho de ser víctima de una agresión antijurídica contra sus bienes jurídicos, es lo que va a legitimar a una persona a defenderse y es a través de esa acción defensiva que va a reafirmar el orden jurídico.

Si la protección a los bienes jurídicos no fuera relevante dentro de la legítima defensa, la agresión no actuaría como medio legitimador de la acción defensiva, que ya no se podría ejercer y, por tanto, no habría manera de reafirmar el Derecho. Por ello hay una interdependencia entre los dos fundamentos (Correa Flórez, 2016, pág. 293).

3. Marco legislativo de la legítima defensa.

El instituto de la legítima defensa se encuentra regulado en el art. 34 del Código Penal, el cual refiere a las causas de justificación y que no son punibles según el inc. 6 “el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

Igualmente, también existen casos que la doctrina ha denominado como “legítima defensa privilegiada” o “legítima defensa presuntiva”, esto es, supuestos donde la ley presume que concurren las condiciones de la legítima defensa; este privilegio se presenta si se produce escalonamiento o fractura del recinto habitado en horas nocturnas (art.34 inc.6, segundo párrafo) y si se encontrare a un extraño en el hogar y éste opusiera resistencia (art.34 inc. 6, tercer párrafo).

3.1 Requisitos de la legítima defensa.

Para que el autor de un hecho típico actúe en legítima defensa, el art. 34 inc.6 del Código Penal exige la concurrencia de tres requisitos:

A) Agresión ilegítima.

La legítima defensa procede en los casos de una agresión ilegítima contra un bien jurídico. La agresión es la amenaza a un bien jurídico, de un riesgo o daño, por parte de una conducta humana.

El requisito de la agresión ilegítima, requiere de cuatro condiciones para su configuración, pues debe ser una conducta humana, actual, agresiva y antijurídica. Así, conforme a la primera condicionante no hay agresión ilegítima si no hay conducta humana.

Como afirma Luzón Peña (2006), “la agresión es un elemento imprescindible y esencial de la legítima, sin la existencia de no agresión no se podría hablar de una situación de defensa legítima” (pág. 113). Enseña Soler (1997) que la agresión, sólo puede estar constituida por una conducta, que debe ser un hacer o no hacer de una persona física. Así, la agresión que va a justificar la respuesta defensiva debe provenir siempre de un ser humano.

Además, para ampararse en la causal de justificación es indispensable que la agresión sea actual, es decir, esté en curso, o por lo menos, que aparezca como inminente, esto es, cuando el peligro de la agresión es suficientemente próximo como para que el agredido se vea obligado a actuar para neutralizarla. Consecuentemente, se excluye toda agresión futura o pasada, pues si la agresión ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en venganza.

Los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende 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 (Zaffaroni, 2002, pág. 623).

Asimismo, la conducta debe ser agresiva. Entiéndase por agresión a la amenaza de lesión de un bien jurídicamente protegido por una conducta humana (Roxin, 1972). Así, “la voz agresión indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión” (Zaffaroni, 2002, pág.619).

La conducta agresiva debe ser además, ilegítima. Cuando se alude que la agresión inicial debe ser ilegítima, lo que quiere indicarse es que debe provenir de una conducta humana que genere peligro para el individuo o para sus intereses; la ilegitimidad implica contrariedad con el ordenamiento jurídico. Al respecto se ha dicho que:

La conducta agresiva debe ser ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica, es decir, toda conducta (lesiva) que afecta bienes jurídicos sin derecho, lo que otros denominan la ilegitimidad de la agresión. El indicador que se requiere que la agresión

sea ilegítima está planteando que tiene que ser antijurídica, esto es, contraria a derecho. El carácter antijurídico de la agresión tiene que estimarse con relación a todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no es necesario que sea típica y, con mayor razón que sea constitutiva de un injusto o delito (Bustos y Hormazábal, 1999, pág.125).

B) Necesidad racional del medio empleado.

El requisito de la necesidad de la acción defensiva se manifiesta de dos maneras:

- ✓ Materialmente: a través de la necesidad de defenderse de una agresión, que sería lo que permitiría que una persona ejerciera la acción defensiva;
- ✓ Instrumentalmente: por medio del requerimiento de que la acción defensiva, en su conjunto, sea necesaria. Es en esta segunda manifestación de necesidad donde se concretan las nociones de idoneidad y racionalidad.

Entonces, la defensa es aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Ahora bien, para calificar a la defensa de legítima, esta debe reunir dos condiciones: necesidad de la defensa y racionalidad de la defensa necesaria. Es decir, se exige que la defensa sea necesaria y, por ende, esta debe ser racional, es decir, la adecuada para impedir o repeler la agresión.

Necesaria es toda defensa idónea, es decir, que sea la más benigna de varias clases de defensa posibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño (Roxin, 1997). El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensas posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor; por ejemplo, quien puede repeler al agresor con puños, no puede echar mano a un cuchillo o al revolver. En este sentido, se ha dicho que “el defensor está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para el agresor” (Pérez López, 2016, pág. 101).

Por lo expuesto, decimos que la defensa es necesaria cuando exista una agresión en curso, o cuando ella es inminente, y por otra parte cuando la defensa aparece como el único camino válido para la defensa de los bienes jurídicos.

Para determinar la necesidad de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la acción de defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño (Bacigalupo, 1996, pág.126).

Enseña Zaffaroni (2002) que la defensa no es necesaria cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta típica desplegada en cuestión.

Asimismo, para que la defensa sea legítima debe haber racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. La racionalidad implica:

Que el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad... cuando la acción defensiva causa una lesión de una intensidad inusitada, cesa la legitimidad de la acción defensiva por falta de racionalidad (Zaffaroni, 2002, pág. 612).

Parte de la doctrina argentina interpreta la racionalidad del medio empleado, para efectuar la actuación defensiva, como proporcionalidad; se indica que debe materializarse tanto en la especie como en la medida. Es decir “la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión; de lo contrario, no habría justificación plena” (Muñoz y García, 2000, pág.371).

C) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Por falta de provocación suficiente se hace referencia a que quien ejerce la acción defensiva no debe haber sido quien generó, en el agresor, la idea de agredir o quién colaboró con él, para que llevara a cabo la agresión. Si el caso fuera este, la actuación del actor sería ilícita y no se podría reconocer la legítima defensa (Molina Fernández, 2012).

El Código Penal expresamente prevé como tercer requisito que debe concurrir en la legítima defensa a la falta de provocación suficiente. Es decir que para ampararse en la eximente de la legítima defensa, la normativa penal exige que además de no ser agresor, el agente que ejerce a defensa, no sea provocador. Es este punto haremos hincapié en el adjetivo suficiente, ya que tampoco sería justo negar toda posibilidad de defensa a quien provocó la agresión pero no en la entidad con que ésta se produjo (Muñoz Conde, 2000). El término suficiente implica una coherencia entre la provocación y la respuesta a esa provocación.

Sostiene Zaffaroni (2005), que “el que provoca suficientemente crea la situación de necesidad de defensa la conducta provocada debe operar como motivo determinante de la conducta agresiva antijurídica” (pág. 626).

De esta manera, el tercer requisito refiere a que no haya existido, por parte de quien se defiende, provocación suficiente, es decir incitación a una cosa, que en el caso concreto es adecuada para provocar la agresión pero no basta para justificarla. Por otro lado, su la provocación, además de adecuada para generar una agresión, es también suficiente como para justificarla, estamos en presencia de una defensa ilegítima. En otras palabras, no toda provocación torna ilegítima a la defensa (sólo la suficiente) y que nos encontramos en el ámbito de lo lícito (es decir la defensa es legítimo), si nos encontramos ante una provocación insuficiente.

Conclusión.

En este capítulo realizamos un estudio sobre los aspectos generales de la legítima defensa, y se especifica su concepto, fundamentación y naturaleza jurídica. Asimismo abordamos el marco jurídico de la legítima defensa que nuestro ordenamiento jurídico prevé en el art. 34 inc 6, entendida como “la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica. También hicimos referencia a los requisito que deben concurrir para que el autor de un hecho típico actué en legítima defensa, siendo estos requisitos: la agresión ilegítima; la necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerle y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

CAPITULO III “EL DERECHO PENAL Y LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER”

Introducción.

El capítulo III tiene por finalidad exponer algunos aspectos relevantes acerca de cómo opera la utilización de la figura de la legítima defensa en aquellos casos en que las agresiones ilegítimas repelidas ocurrieron en un contexto de violencia de género, en especial cuando la interpretación para la valoración de los hechos, pruebas y la calificación jurídica aplicable a cada caso se realiza con prescindencia de perspectiva de género, existiendo así una limitación al derecho de legítima defensa para las mujeres.

Corresponde mencionar que, en este apartado, por cuestiones que hacen al sustento y mayor comprensión de lectura, mencionaremos de manera breve algunos fallos resueltos en primera y segunda instancia, donde los tribunales penales criminalizan a la mujer por defenderse de sus agresores, por considerar que no se dan los requisitos necesarios de la legítima defensa.

Si bien estas sentencias fueron revocadas por el Máximo Tribunal (cuyo análisis de los argumentos esgrimidos es merecedor de capítulo aparte), consideramos importante mencionar en este apartado los argumentos usados en sus primeras instancias para la no aplicación de la legítima defensa en estos casos. Es muestra de un análisis egocéntrico, pues omitieron la complejidad del fenómeno de la violencia de género y se apegaron lisa y llanamente a la letra del ordenamiento jurídico resultando así una limitación al derecho de la legítima defensa para las mujeres.

1. Posición doctrinaria sobre la legítima defensa en un contexto de violencia de género.

Uno de los temas más relevantes en la materia está el de la viabilidad de la legítima defensa como causa de justificación ante agresiones ilegítimas de violencia de género. Hacemos referencia a un aspecto no especialmente pacífico, pues sobre el tema podemos encontrar, por un lado posiciones antagónicas, ya que para algunos autores es necesaria la interpretación más laxa o flexible de los requisitos de la legítima

defensa, especialmente en la actualidad de la agresión y de la necesidad racional de medio; para otros la pertenencia a determinados núcleos familiares, y refieren a aquellos que surgen de deberes recíprocos entre los integrantes de los mismos, generando limitaciones de naturaleza ético social que restringen el ámbito de aplicación de la eximente.

Así, la doctrina tradicional ha considerado que existen algunos casos en los que corresponde negar la posibilidad de alegar la legítima defensa sosteniendo que la agresión, aunque antijurídica, no merece una respuesta ya que el afectado debió haber eludido el ataque, o bien haber requerido el auxilio de un tercero (Jakobs, 1997).

Autores doctrinarios de derecho penal, al momento de delinear los contornos de la legítima defensa, han recurrido a la idea del amor conyugal para limitar el derecho a defenderse. Los ejemplos que ilustran las situaciones contempladas por la literatura penal son clásicos: sostienen que en el ámbito de las relaciones de estrecha comunidad de vida el deber de solidaridad es más intenso y obliga al agredido a escapar de los ataques para evitar defenderse y, en caso de tener que defenderse de su agresor, imponen seleccionar el medio menos lesivo posible, aunque no brinde seguridad respecto de su eficacia para repeler el peligro que representa el ataque. Así, Jakobs sostiene que:

En estas relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada, frente a la obligación de cualquiera; por tanto, al repeler ataques, por ejemplo, de un cónyuge, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida, o aceptar menoscabos leves en sus bienes, antes que lesionar bienes existenciales del agresor (Jakobs, 1997, págs. 488 y 489).

En esta línea de argumentación, un sector de la doctrina sostiene que “se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etc.). Ello sólo significa que estos casos deben recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro” (Bacigalupo, 1999, pág. 371).

Por lo general, (y como podremos apreciar en el capítulo cuatro que refiere análisis jurisprudencial) la legítima defensa en casos de violencia de género suele rechazarse en función de la falta de actualidad de la agresión, en el sentido de estar produciéndose. Según Sánchez y Salinas (2012), tal valoración no sería correcta en

función de que la agresión no es un requisito autónomo sino que actúa condicionado por la necesidad. Completando esta idea, Zaffaroni (2009) enseña que, desde esta perspectiva, no es correcto asimilar la inminencia con la inmediatez en un sentido cronológico entre la agresión y la defensa.

Igualmente, Larrauri (2000) ha dicho que el tribunal necesita considerar el conocimiento específico de la mujer, para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias la mujer podía pensar que el ataque era inminente.

Por otra parte, Roxin (1997) menciona otros sesgos consistentes en exigir a las imputadas (mujeres víctimas de violencia) tolerancia frente a la violencia, en la forma de deberes especiales, irse u optar por un medio menos lesivo. Este autor también señala que los jueces exigen a las imputadas tolerar la violencia en el sentido de no reaccionar: cualquier reacción excluye la falta de provocación suficiente.

De esta manera, los elementos típicos de “inminencia o actualidad de la agresión”, o de “razonabilidad del medio empleado”, son entendidos por la doctrina y jurisprudencia de un modo que excluyen casos en los que, por ejemplo, la mujer repelió los golpes con un arma de fuego; o bien que realizó la conducta lesiva cuando la agresión había “momentáneamente” cesado.

Las opiniones arribadas no es actualmente la dominante, pues también existen otras destacadas que aceptan la procedencia de la figura de la legítima defensa en el caso de mujeres que se defienden de las agresiones de sus parejas. Así, por ejemplo, Roxin (1997) se ha ocupado con cierto detenimiento en el caso de la mujer que se encuentra sometida a continuos malos tratos por parte de su pareja y ha concluido que las limitaciones al derecho de defensa no pueden mantenerse incólumes en el caso de una mujer golpeada, pues no se le puede exigir a ella el deber que su pareja ha desatendido.

Mantener incólume las limitaciones de la legítima defensa, en los casos de mujeres sometidas continuamente a malos tratos, implica exigirles un deber especial que su pareja ha desatendido previamente, o bien extender un salvoconducto a los agresores para seguir maltratándolas (Roxin, 1997, pág. 652).

Asimismo, el autor citado ha dicho que:

Existen dos casos en que hay que admitir la extinción del deber de consideración. En primer lugar, nadie tiene por qué correr riesgo de sufrir lesiones graves, y a estos efectos entiendo por tales las que precisen tratamiento médico. Por tanto una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido (...). Y en segundo lugar ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos (incluso lesiones leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad de su 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 se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse (Roxin, 1997, pág. 652).

Traemos a colación, un comentario extraído de Di Carleto (2006) donde menciona que la mujer golpeada y sometida a reiterados malos tratos de su marido no puede exigirse defenderse abandonando el hogar ya que “las mujeres víctimas de violencia, no solo pierden la capacidad de ejercer un control sobre sus propias vidas, sino que incluso pierden la capacidad de defenderse y no pueden detener las agresiones” (pág.6).

2. Requisitos de la legítima defensa. Problemáticas específicas en el escenario de la violencia de género. Necesidad de repensar estas causales con perspectiva de género.

Como mencionamos precedentemente respecto a la eximente de la legítima defensa, son tres los requisitos exigidos para poder invocarla: existencia de una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente. En consecuencia, Larrauri (1995) enseña que los argumentos que se utilizan para negar la legítima defensa son, entre otros, “la falta de actualidad de la agresión ilegítima; la falta de necesidad racional del medio empleado; y en el aspecto subjetivo, la falta de voluntad de defensa” (pág.31).

A continuación, referiremos a aquellos requisitos de la legítima defensa que se encuentran problemáticas específicas en el escenario de la violencia de género. Asimismo, para una mejor interpretación, resultará práctico mencionar algunos casos donde alegando la causal de la legítima defensa y acreditando la existencia de violencia de género, los tribunales penales criminalizan a la mujer por defenderse de sus agresores, por considerar que no se dan los requisitos necesarios de la legítima defensa.

En el año 2012, la Cámara Segunda del Criminal de Mendoza¹³, condenó a Cinthia Rojas Echevarrieta a la pena de ocho años de prisión como autora del delito de homicidio simple (art. 79 del Código Penal). Conforme surge de la causa, en junio de 2012, la víctima discutió con la imputada mientras ella estaba cocinando. La discusión fue adquiriendo mayor intensidad y la víctima le arrojó un golpe de puño, ocasión en que la imputada le provoca una herida con un cuchillo (con el que se encontraba cocinando), que luego auxilió a la víctima y lo trasladó con ayuda de los vecinos al Hospital Carrillo donde falleció.

La Cámara sostuvo que la agresión de la víctima verbal y materializada a través de insultos, no fue suficiente para justificar su reacción defensiva. En consecuencia, la Cámara arribó a que las acciones del hombre no tuvieron la entidad de “agresión ilegítima”, necesaria para que se configure la legítima defensa, y condenó a la mujer por homicidio simple previsto en el art. 79 del CP, en base a las siguientes circunstancias:

Que antes que se desencadene el hecho fatal no hubo una agresión de tal envergadura, por parte de la víctima, que justificara la pretendida reacción defensiva; que el temperamento de la imputada es compatible con el impulso con ‘animus necandi’ con el que profirió la herida mortal y la alternativa y el medio elegido por la imputada no era la única que inexorablemente estaba en el menú de opciones (Segunda Cámara del Criminal “F.C/ROJAS ECHEVARRIETA, Cinthia Yasmín p/Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)”, 05/09/2013).

Otro caso es el de una mujer que recibió una condena a pena de 12 años de prisión por “homicidio agravado atenuado por circunstancias extraordinarias”. Allí, a pesar de la defensa de la imputada acreditó la existencia de un contexto de violencia de género en el ámbito doméstico, el tribunal no hizo lugar a tal requerimiento. Por el contrario, en los criterios esgrimidos del pronunciamiento se expresó que:

En los supuestos de legítima defensa es preciso que no tenga otra intención que la de defenderse y que en la especie ello no se advierte, atento a que la dirección y trayectoria seguidas por el arma y la lesión producida por la misma habla más bien de un propósito de agredir que de un empujón defensivo (Cámara Penal del Centro Judicial de Concepción, provincia de Tucumán, Sala I, “XXX S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO”, 08/10/2013).

¹³ Segunda Cámara del Criminal “F.C/ROJAS ECHEVARRIETA, Cinthia Yasmín p/Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)”, 05/09/2013.

2.1 Falta de actualidad o inminencia de la agresión.

Una de las mayores dificultades que se enfrenta cuando se busca aplicar la legítima defensa a los casos de homicidio de maltratadores por parte de sus mujeres, especialmente en los eventos no confrontaciones, es el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión o peligro.

Se ha dicho que en aquellos contextos donde no hay confrontación no se configura la agresión actual precisamente por eso, porque no hay confrontación de ningún tipo. En estos casos la víctima espera a que su agresor este desprevenido para ejercer su acción defensiva y es por ello que no se configura una situación clara de ataque. Tampoco podría hablarse de inminencia de la agresión porque, al estar desprevenido el agresor no hay fundamentos objetivos y razonables para que la mujer crea que será víctima de una agresión. Para Olmedo Cardenete (2001) “no cabe una legítima defensa en estos casos, bien sea porque no se está en presencia de una agresión actual, bien porque hay un exceso defensivo” (pág. 429).

En la misma línea Jakobs, Geerds y Sotelsek (1992), niegan la legítima defensa en estos casos porque la acción defensiva se realiza antes de que se dé, en contra de quien la ejerce, una agresión actual. De esta manera, no parece existir una agresión actual o inminente que se enmarque dentro del primer requisito exigido para la configuración de la legítima defensa.

Ahora bien, contra el argumento de la no actualidad de la agresión se ha dicho que:

Exigir que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer a un asesinato a plazos, pues concebir la legítima defensa de este modo, en el que se exige una situación de lucha, de contienda, implica hacerla inservible para las mujeres y limitarla a los hombres que sí pueden defenderse en el momento inmediato en el que se está produciendo el ataque. El requisito de la actualidad de la agresión formulado en forma neutral y aplicado con objetividad, convierte en inaplicable la legítima defensa para eximir de responsabilidad a la mujer autora (Larrauri, 2008, pág. 57 y ss.).

Quienes abogan esta postura, sostienen que la mujer ha sido víctima de malos tratos constantes y que éstos configuran una agresión extendida en el tiempo. Esto significa entender que el concepto de agresión actual también se compone por la idea de una agresión permanente, entendido como un comportamiento que subyace a la víctima a través de la violencia física y que viola de manera grave su dignidad

humana. En esta línea, encontramos a Trechsel (2000) que, sin ampliar los requisitos de la legítima defensa, entiende que estos casos esta figura resulta aplicable.

El concepto de agresión se debe adaptar al contexto; el tirano de casa ataca y humilla a diario a sus víctimas indefensas y, por tanto, su comportamiento corresponde a aquello que les es subyacente a la noción de acción continuada. La violencia física regular anula- con el tiempo- cada voluntad y, casi, cualquier fuerza de voluntad. Genera ansiedad y constituye un grave ataque permanente sobre la integridad psicológica de las víctimas. La mera presencia del tirano va a intimidad a sus víctimas. Así, en lugar de la violencia física, se produce la psicológica, que puede estar presente durante un período de tiempo más largo que la violencia física (Trechsel, 2000, pág. 187).

Frente a estos supuestos, es necesario repensar estas causales con una perspectiva de género, comprensiva del fenómeno de violencia en contra la mujer pues es común que la violencia psicológica, las amenazas, el amedrentamiento y las coacciones sean una constante en la relación, todo ello como antesala de los episodios denominados “estallidos de violencia”. Asimismo, debe considerarse que en ciertas circunstancias la mujer sometida a constantes malos tratos sufre una circunstancia de peligro permanente que, a juicio de Roxin (1997) al cual adherimos:

Es equiparable a la inminencia exigida por el ordenamiento jurídico penal; el peligro permanente puede ser un peligro amenazante proveniente de cosa, pero también constituye un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder de nuevo a los malos tratos (Roxin, 1997, pág. 903).

Concordamos también con Villegas (2010), en el sentido de que:

La reiteración de actos conectados espacio-temporalmente entre sí crea un estado antijurídico de violencia inminente en el hogar, en el que la vida, integridad, la libertad y la seguridad de la mujer se ven constantemente en peligro. Por ende, habría apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa (Villegas, 2010, pág.157).

De esta manera, el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión, acorde a los estándares de derechos humanos de las mujeres en los casos de violencia contra la mujer debe ser interpretado acorde a la siguiente pauta: la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Tucumán, al sostener que:

La actualidad está dada por la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico que son generalmente determinantes, y en muchos casos no tan

fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión. Se trata de una situación que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estadio 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 (Cepilla, 2015, pág. 125).

2.2 La falta de necesidad racional del medio empleado como limitante de la legítima defensa.

Este requisito también fue alegada en los supuestos de las mujeres que se defienden de una agresión ilegítima, por considerarse que pudieron existir otros medios menos lesivos “la alternativa y el medio elegido por la imputada no era la única que inexorablemente estaba en el menú de opciones”¹⁴ y también porque hubo una desproporcionalidad¹⁵, al ser empleado normalmente por la mujer “un instrumento peligroso”; sin tomar en consideración la previa falta de proporcionalidad física entre hombre y mujer.

Al analizar el fundamento del instituto de la legítima defensa, citando a Zaffaroni (2012), decíamos que el mismo reside en los derechos de los ciudadanos a ejercer la coerción directa cuando el Estado no pueda proporcionarla en el caso concreto. También mencionamos que como todo derecho, tiene límites, que no solo son impuestos por la necesidad, sino también los que derivan de la racionalidad.

Ahora bien, consideramos que la racionalidad debe aplicarse no con miras a proteger la insuficiencia e ineficacia del sistema, sino para constituir verdaderamente una limitante adecuada, no extendida, que responda a la realidad social.

No en todos los casos es dable exigirle a la mujer que acuda a otros remedios que evitarían la lesión de bienes jurídicos, ya que en la realidad se ha comprobado la ineficacia de dichos remedios, y en esta situación de violencia contra la mujer la espera a que medidas diferentes surtan efectos puede terminar con la muerte la mujer (Roxin, 1997, pág. 904).

Por lo expuesto, la racionalidad del medio empleado, si bien es necesario en la limitación y justificación de la causal de la legítima defensa, implica reconocer que la racionalidad debe ser revisada a la luz de la situación real de aquel que actúa en

¹⁴ Segunda Cámara del Criminal “F.C/ROJAS ECHEVARRIETA, Cinthia Yasmín p/Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)”, 05/09/2013.

¹⁵ Cámara Penal, Sala I, “XXX S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO”, 08/10/2013.

virtud de la legítima defensa. Esto es, en el caso examinado, debe entenderse la racionalidad exigible a una mujer víctima de maltrato.

Larrauri (1994) indica que desprender el dolo del arma utilizada y el área del cuerpo afectada no parece ser adecuado para el caso de estas mujeres maltratadas:

Este razonamiento, creíble cuando la constelaciones una pelea entre hombres, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta es una mujer a un hombre; los tribunales deberían pensar que aun cuando quisieran lesionar, la mujer debería utilizar un arma de grandes proporciones” (Larrauri, 1994, pág.1).

De esta manera, para esta autora, alegar falta de racionalidad porque el medio empleado no es proporcional, perjudica a la mujer e implica ignorar que ésta tiene que utilizar un medio de defensa de mayor intensidad que el que utiliza un hombre para atacarla; “un hombre puede estrangular con sus manos, una mujer no” (Pizarro Beleza, 1991, pág.148).

En efecto, requerir que quien se defiende use sólo la defensa necesaria para repeler la agresión no tiene por qué operar de manera perjudicial para las mujeres que, armadas, responden a agresiones de quienes no están armados.

Esto por cuanto el requisito de la necesidad racional del medio empleado también invita a pensar en las capacidades de quien se defiende. A fin de evaluar si el uso de un arma por parte la mujer golpeada 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 hombres. La superioridad física de quien ataca es un factor a tener en cuenta para analizar la necesidad racional de la defensa ensayada (Di Carleto, 2006, pág. 11).

Creemos que la racionalidad debe recoger la realidad de la mujer maltratada, la odisea que vive diariamente al lado de su agresor, su desventaja física y psicológica para enfrentarse a éste y sus pocas capacidades como resultado de la violencia que influye en los medios y momentos en los que puede defenderse. Además, como sostiene Cepilla (2015) se reconoce que las víctimas de violencia retrasan su defensa a un momento donde ésta pueda ser efectiva, pues ésta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual el agresor esté indefenso y su capacidad de defensa este disminuida.

2.3 Falta de voluntad de defensa.

Finalmente, el último de los argumentos, es la falta de voluntad de la defensa, el cual es utilizado para alegar que la mujer actuó con “animus necandi” con el que profirió el arma mortal¹⁶; en los supuestos de legítima defensa es preciso que no se tenga otra intención que la de defenderse y –en la especie- se aprecia más bien un propósito de agredir que de defenderse¹⁷.

Para fundar la ausencia de necesidad de la acción defensiva, Olmedo Cardenete (2001) y Beckemper (2004), han sostenido que el ordenamiento jurídico debe darle prioridad a que la mujer busque otras vías o medios para dar solución a su situación. Lo que implica que en casos como los aquí tratados no existiría la necesidad de la defensa, como requisito para la configuración de la eximente. Dicen los autores mencionados que “la mujer tendría la posibilidad de abandonar el domicilio familiar, recurrir a las autoridades competentes, o lograr que el agresor se vaya de la casa obligado por una medida cautelar” (Olmedo Cardenete, 2001, pág. 122 y Beckemper 2004, pág. 102).

Sin embargo, en contra de lo sostenido por los autores mencionados se ha sostenido que, por diversas razones, en estas situaciones no es una opción viable para las mujeres irse de sus casas, recurrir a las autoridades competentes, o lograr que el agresor abandone el hogar; lo anterior resulta poco útil para evitar el peligro que se cierne sobre la vida y/o integridad de la mujer (Cerezo Domínguez, 2000).

Asimismo, respecto de este argumento contrario a la aplicación de la legítima defensa en estos casos, es decir la ausencia de necesidad de defensa, enseña Larrauri (1994) que se debe hacer un análisis a la luz del caso concreto. La autora ha dicho que no es claro que la mujer tenga otras opciones para protegerse y defenderse – que es el criterio para valorar la necesidad de la acción defensiva- y, por tanto, obligarla a huir de su casa es más gravoso que en otros supuestos de legítima defensa, porque para la mujer puede implicar una renuncia a su identidad personal.

¹⁶ Segunda Cámara del Criminal “F.C/ROJAS ECHEVARRIETA, Cinthia Yasmín p/Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)”, 05/09/2013.

¹⁷ Cámara Penal, Sala I, “XXX S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO”, 08/10/2013.

En este punto, consideramos que debe estarse al concepto planteado por Roxin (1987), el cual implica avanzar más allá de la exigencia de la especial intención de defenderse y transitar hacia el concepto de prevailecimiento del derecho. Así, alcanzaría con que la mujer actúe con conciencia de hacer prevalecer su derecho a una vida sin violencia, para que el requisito se encuentre satisfecho, más allá de la intención específica de defenderse del maltratador.

Conclusión parcial.

La falta de aplicación de la perspectiva de género al juzgar el caso analizado podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento de las mujeres en situaciones de violencia basada en el género al momento de valorar la presencia o no de los requisitos de la legítima defensa.

En este capítulo, hemos señalado las dificultades prácticas que algunos de los requisitos del instituto de la legítima defensa suponen en los eventos de las mujeres que causan la muerte a sus agresores. A su vez, consideramos necesario poner de presente la realidad de las mujeres sometidas al maltrato, logrando así dimensionar las particularidades que pueden impactar en estos requisitos, sin temor a que por realizar análisis situados se pierda su objetividad.

En eventos en los que la mujer causa la muerte a su agresor, la posibilidad de aplicación de la legítima defensa hace exigirle un análisis de sus requisitos atendiendo a la mujer situada en ese escenario, y de esta forma dotar de contenido real requisitos tales como la inminencia de la agresión, la racionalidad de la defensa o la inexistencia de otros medios de defensa

Aquellas conductas típicas realizadas por mujeres que se encuentran en un contexto de violencia de género difícilmente pueden ser comprendidas en toda su dimensión si aplican los mismos parámetros que se utilizan para otras situaciones diferentes. El estado de inminente agresión en el que se ven inmersas en todos los momentos de su vida, las condiciones sociales, económicas, psicológicas que la rodean entre otros aspectos, ponen de manifiesto una relación de desigualdad y

sometimiento que el ordenamiento jurídico debe receptor como una situación particular a ser atendida.

CAPITULO IV “ANALISIS JURISPRUDENCIAL”.

Introducción.

El fenómeno de la criminalización de las mujeres que activan mecanismos de auto defensa ante la agresión de sus parejas, guarda relación con la interpretación androcéntrica del derecho. No debemos perder de vista que la figura de la legítima defensa fue utilizada para explicar situaciones de confrontación entre hombres, pero cuando el enfrentamiento es entre un hombre y una mujer, requiere consideras aspectos particulares. Por ejemplo, podemos mencionar que el carácter cíclico y continuado de la violencia en las relaciones interpersonales, incide en la configuración de la “inminencia de la mujer”. Asimismo, en ciertas circunstancias, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer maltratada determina que para poder poner fin de manera efectiva a la agresión, requiere utilizar medios disponibles que implica un uso de fuerza mayor al que utilizaría un “hombre medio”, aspecto que debe considerarse con relación a la necesidad racional del medio empleado.

Este último capítulo tiene por objeto analizar la jurisprudencia que recoge estos señalamientos y analiza la legítima defensa a la luz de los estándares internaciones de Derechos Humanos de las mujeres, conformaos por la Convención Internacional contra todas las formas de discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la interpretación de sus órganos de control. Asimismo, podremos observar que la jurisprudencia abordada no solo analiza la legítima defensa a la luz de los estándares internacionales mencionados, sino que además emplea una interpretación con perspectiva de género.

1. Obligación de analizar en cada caso en concreto la aplicación de los instrumentos internacionales que han incorporado “perspectiva de género”.

La incorporación de las normativas internacionales en resguardo de la protección de la mujer obliga a la interpretación del art. 34 inc 6 con una adecuada perspectiva de género. Obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino tras la

ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internación de los derechos humanos (art. 75 inc.22)

Dentro de dicha normativa constitucional se encuentra la CEDAW (1979). En palabras propias de su texto, esta Convención tiene el objetivo de incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos. Dicha incorporación implica: reafirmación de la igualdad de género frente a los derechos y la incorporación de medidas o planes de acción que los Estados partes deben llevar adelante con el fin de cumplir con los requisitos establecidos en dicho instrumento jurídico. De estos fines normativos, es decir de garantizar las obligaciones estatalmente asumidas es de donde surge el concepto de perspectiva de género.

Lo propio surge de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), documento que goza de jerarquía constitucional y de cuyo texto se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género, a raíz del reconocimiento de que los patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer en todas sus formas (Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala VI, “Rodríguez, Jorge Daniel s/Recurso de Casación, 2014).

También, queda expresamente establecida esta perspectiva en la legislación nacional a través de su incorporación expresa en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad, y responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación. Por consiguiente, si se quiere respetar el contexto constitucional y convencional, no es posible defender ni juzgar sin perspectiva de género.

En este punto traemos a colación lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien a través de lo resuelto estableció la obligación de analizar en cada caso en concreto la aplicación de aquellos instrumentos internacionales que han incorporado esa “perspectiva de género”. Es dable mencionar que dicho criterio fue recogido por diversos fallos locales que serán expuestos en el próximo capítulo.

El Máximo Tribunal, en el precedente “Leiva, María Cecilia s/homicidio simple”, el Címero Tribunal compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen del Sr. Procurador fiscal, declarando procedente el recurso extraordinario dejando sin efecto la sentencia apelada. En el fallo, se destaca el voto de la Dra. Nolasco quien reseñó que:

Que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer- Convención de Belem do Pará-, en su preámbulo sostiene que la violencia contra la mujer constituye ‘... una violencia a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...’. Al referirse a cuáles son los derechos que se pretende proteger a través de este instrumento, menciona en primer término que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art.3).

Asimismo, ha dicho que la Ley 26.485 que apunta a erradicar cualquier tipo de discriminación entre varones y mujeres y a garantizar a estas últimas el derecho a vivir una vida sin violencia, declara que sus disposiciones de orden público (art.1), y define los diversos tipos de violencia a la que puede ser sometida una mujer como así también las distintas modalidades en que suele ser ejercida (art. 5y 6) pone en cabeza del estado la obligación de adoptar políticas y generar los medios necesarios para lograr los fines perseguidos por la norma; y finalmente establece un principio de amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos’ tanto para acreditar los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (art.6)

En consecuencia aquella información 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, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, 01/9/2011).

2. Análisis del fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Tucumán. Materialización de la “perspectiva de género” como criterio de interpretación de las normas aplicables.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán¹⁸ en el año 2014, absolvió a una mujer que había sido condenada por la Cámara en lo penal, en octubre de 2013, a 12 años de prisión por haber matado a su marido, pues considero que correspondía aplicar la legítima defensa (art. 34 inc. 6 del CP).

Se trata del caso de una mujer que fue condenada a 12 años de prisión por “homicidio agravado atenuado por circunstancias extraordinarias”. Contra dicha sentencia, luego de interpuesto el recurso de casación por parte de la defensa, el Máximo Tribunal dejó sin efecto el pronunciamiento anterior, y dispuso que la conducta en cuestión se encontraba comprendida dentro de la causal de justificación de la legítima defensa, prevista en el art. 34 inciso 6 del Código Penal, que habilita la puesta en acción de un medio defensivo racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión contra un derecho. Igualmente, afirmo que en ciertos casos es obligatoria la materialización de la “perspectiva de género” como criterio de interpretación de las normas aplicables.

Teniendo en cuenta que la cuestión debatida posee incidencia sobre una mujer que aduce ser víctima de violencia (de género y doméstica), debe incorporarse la “perspectiva de género” como pauta hermenéutica constitucional, “sensibilidad especial” y principio rector para la solución de derechos en pugna. Es que “... como lo señala la Convención de Belem do Pará... la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es 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 (Cfr. Corte I.DH., Caso “Rosendo Cantú y otra vs, México, sentencia 31 de Agosto de 1020, párr.108).

Respecto de la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva dijo que existió una errónea aplicación de la normativa de fondo ya que debió absolver a la imputada, en virtud del art. 34 inc 6 y 7 del CP. En ese sentido, introdujo diversos argumentos tendientes a justificar que la imputada actuó en legítima defensa. En

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de Tucumán “XXX S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO s/CASACION”, 28/04/2014.

primer lugar, explicó que existió una agresión antijurídica iniciada por la víctima, atento a que el mismo puso en peligro la vida e integridad física de su esposa (imputada en autos) y de su hijo menor de edad al intentar lesionarlos. Dicha agresión - manifiesta- fue “actual” ya que las lesiones que llevaron al deceso de la víctima se produjeron mientras este último mantenía vigente un ataque antijurídico.

En segundo orden, calificó de “necesaria” a la defensa ejercida por la imputada, en la inteligencia de que intentó protegerse con un cuchillo de cocina de escasa “ofensividad” y que ese fue el único modo que tenía de evitar que la víctima la matase a ella o a su hijo menor. Además, expresó que debía interpretarse que existió equivalencia entre la imputada y la víctima, ya que si bien la imputada utilizó un cuchillo, el último nombrado tenía superior fuerza física y la había mantenido sometida a una constante violencia de género. Sobre el punto agregó que:

El reconocimiento de la violencia doméstica como tortura impide exigir cualquier tipo de deber de tolerancia, de menor lesividad, o de acreditar debilidad o pasividad; del mismo modo que en los casos en que la violencia doméstica es frecuente (continua, reiterada o permanente) no es exigible para juzgar “racional” la necesidad del medio empleado que se trate de violencia física o que el homicidio se lleve a cabo durante un ataque físico que se esté produciendo.

En tercer y último lugar, explicó que la “falta de provocación suficiente” resultaba evidente ante el hecho de que la imputada se encerró en su casa para evitar ser golpeada, no obstante lo cual la víctima rompió la cerradura de la puerta con actos de violencia extrema. En ese contexto, sin perjuicio de recalcar que no existe ningún deber especial de tolerancia por parte de la víctima de violencia doméstica, dio cuenta de que los conocimientos sobre la materia informan que para el torturado el umbral de provocación es muy bajo y tiende a ser cada vez más bajo y arbitrario.

2. Análisis del fallo dictado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Aplicación del instituto de la legítima defensa con perspectiva de género

En 2013, la Cámara Segunda del Criminal de la Provincia de Mendoza, condenó a la pena de ocho años de prisión a una mujer por haber matado a su pareja. La Cámara sostuvo que la agresión de la víctima verbal y materializada a través de insultos, no fue suficiente para justificar su reacción defensiva. En consecuencia, la Cámara tiene

por acreditada la autoría de la imputada en el hecho atribuido por la acusación fiscal, y califico su conducta en el delito de homicidio simple, en base a las siguientes circunstancias:

Que antes que se desencadene el hecho fatal no hubo una agresión de tal envergadura, por parte de la víctima, que justificara la pretendida reacción defensiva; que el temperamento de la imputada es compatible con el impulso con ‘animus necandi’ con el que profirió la herida mortal y la alternativa y el medio elegido por la imputada no era la única que inexorablemente estaba en el menú de opciones.

La defensa de la imputada interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Cámara. En el año 2014, la Corte Suprema de Justicia de Mendoza¹⁹ aplicó el instituto de la legítima defensa con perspectiva de género y absolvió a la imputada, pues considero que correspondía aplicar la legítima defensa (art. 34 inc. 6 del CP), ya que debía tenerse en cuenta el contexto de violencia en el que se encontraba.

La Corte Suprema señala con acierto que la Cámara había dejado de lado muchos elementos de la causa, principalmente testimonios que daban cuenta de una situación de violencia sostenida en el tiempo.

En cuanto al recaudo de la agresión ilegítima (art.34 inc.6 del CP) , una agresión es actual en términos generales, cuando se está produciendo o cuando es inminente. Ahora bien, la Corte retomando la doctrina sobre el tema lo enfoca desde una perspectiva de género. En la sentencia cita a Larrauri (págs. 63 y 64) quien afirma que en el caso de una confrontación hombre/mujer, que al no tener ambos contendientes la misma fuerza, basta que la agresión sea inminente, y por tanto, una amenaza constituye por sí sola una agresión, al tiempo que es anuncio de una agresión futura, y aunque haya cesado, subsiste la necesidad de defensa. Y que entre el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad.

Así, al analizar el primer requisito para alegar la legítima defensa, la Corte ha dicho:

¹⁹Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en autos caratulados “F.C/ROJAS ECHEVERRIETA, CINTHIA YASMÍN P/HOMICIDIO SIMPLE S/CASACIÓN”, 23/06/2014.

Estos aspectos esenciales que surgen de las declaraciones de los testigos presenciales no fueron valorados por la Cámara, sino que el análisis se centró en un hecho de violencia aislado y del último (...) al no tenerse presente que la violencia de pareja que origina el desenlace fatal es consecuencia de otras agresiones anteriormente llevadas a cabo; en consecuencia con lo expuesto, considero que el requisito de la actualización de la agresión ilegítima se encuentra probado, porque la encausada fue agredida por la víctima a través de numerosos insultos que la humillaban y descalificaban como mujer.

En relación al segundo requisito, necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla, la Corte ha dicho que la Cámara tampoco había ponderado la situación de vulnerabilidad que presentaba la encausada, y que ha sido acreditada en la causa, esto es, que se encontraba embarazada y que en la sentencia se había omitido valorar lisa y llanamente esta prueba que también era decisiva. Asimismo, ha expresado que en ese estado de gravidez, y después de las agresiones que la encausada recibió por parte de la víctima ¿podía elegir otro medio y otro lugar del cuerpo menos lesivo de su pareja para defenderse de los golpes y hacer cesar los insultos que le profería?

Luego de citar vasta doctrina y jurisprudencia, la Corte entendió, acertadamente, que, en el caso concreto, se comprueba la racionalidad de la necesidad del medio empleado por la imputada, atento a las circunstancias de tiempo, lugar, secuencia de las agresiones y estado de embarazo en que se encontraba”.

Finalmente, para valorar si existió el dolo homicida o no, también corresponde ponderar que después que se desploma su pareja, con la ayuda de vecinos y de sus hermanos, lo traslada de manera inmediata al hospital para que lo asistieran. Así, la Corte aludió que “este accionar de la encausada que es relevante tampoco ha sido meritudo por la Cámara”.

Por lo expuesto considero que la Cámara no ha valorado desde una perspectiva de género, las reglas de la sana crítica racional, el principio de la unidad de prueba, y a la luz de la normativa y estándares internacionales en concordancia con la ley 26.485, aspectos esenciales de las pruebas testimoniales antes señaladas, las que son decisivas para la interpretación y aplicación de la eximente de legítima defensa propuesta por la parte concurrente. En consecuencia, encontrándose cumplidos los requisitos previstos en el inc.6 del art.34 del CP, arribo al convencimiento de que se ha demostrado una causa de justificación que borra la antijuridicidad del hecho atribuido a Cinthia Yasmín Rojas Echeverría, porque actuó en respuesta a las

agresiones recibida por parte de González Brizuela en legítima defensa de sí misma y del hijo que llevaba en su vientre.

3. Análisis del fallo resuelto por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

En el año 2014 el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de Lomas de Zamora, dicto veredicto absolutoria a una mujer, en relación al delito de homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego (art. 34 inc. 6 CP) contra dicho pronunciamiento el particular damnificado, con patrocinio letrado, interpuso recurso de casación; hizo lo propio el Agente Fiscal del Ministerio Publico del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires²⁰, sentadas las bases de impugnación e ingresando al análisis de las mismas, estimó pertinente efectuar una aclaración previa puesto que se encontraba frente a una causa caracterizada por la presencia de violencia de genero dentro del ámbito conyugal, lo que le impone analizar un concepto fundamental para comprender situaciones como las que se hacen presente en la causa.

De manera preliminar menciono que las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 65 inc. 22) establecen la necesidad de cambios coyunturales de las leyes y la administración y justicia. Dentro de la normativa mencionada se encuentra la CEDAW, que tiene el objetivo de incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos. Esta incorporación implica no solo la reafirmación de la igualdad de género frente a los derechos, y el respeto de la dignidad humana, sino también la incorporación de medidas de acción que los Estados deben llevar a cabo con el fin de cumplir los requisitos establecidos en la Convención. De estos fines normativos, es de donde surge el concepto de perspectiva de género.

²⁰ "L. S. B. S/ RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR PARTICULAR DAMNIFICADO" Y "L., S. B. S/ RECURSO DE CASACIÓN²⁰ INTERPUESTO POR AGENTE FISCAL

Lo propio surge de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994, documento que goza de jerarquía constitucional y de cuyo texto se infiera la necesidad de aplicar una perspectiva de género, a raíz del reconocimiento de que los patronos socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer todas sus formas (citando lo anteriormente sostenido en la causa “Rodríguez, Jorge Daniel S/Recurso de Casación”, 2014). De esta manera queda también expresamente establecida esta perspectiva en la legislación nacional a través de su incorporación expresa en Ley 26.485.

Cuando abordamos el análisis de la perspectiva de género particularmente en el derecho penal, las distintas posturas tendientes a la igualdad de género han sostenido que tanto las normas penales como la aplicación que de ellas hacen los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación ha sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente cuando el juez aplica la norma tal como ésta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contexto para los cuales ha sido ideada y de desde este punto de vista tendera a discriminar a la mujer puesto que ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma, han sido tenido en consideración al elaborar los requisitos (págs. 37 al 55)

Sobre la base de estas consideraciones la Cámara partió al análisis de los hechos y circunstancias específicas de la causa. Frente al requisito de la agresión ilegítima, ha quedado comprobado que mujer durante el matrimonio y la noche del evento que culminara en la muerte de su marido, sufrió malos tratos, vejaciones, y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua. Teniendo en consideración lo manifestado por la imputada en su declaración. Esto es que desde el inicio de la relación, su marido la maltrataba y amenazaba a punta de pistola, diciéndoles que iba a matarla a ella junto a su familia. Situación que se repitió, luego de una violencia sexual, en la noche que la imputada dio muerte a su marido, saco la pistola y me la ponía en la cabeza, en la boca, en el ojo; no sé cómo hacia pero me gatillaba y no salía bala. Luego le apunto al bebé desde la cama y se reía y me decía “quieres que tire”. Por lo expuesto la cámara sostuvo que todo esto constituye, además de violencia de género, una agresión ilegítima, lo que torna innecesario analizar este requisito esencial a la legítima defensa.

Continuando el análisis, cabe determinar si dichas agresiones provocaron la apreciación de la posibilidad de un daño inminente, tal como lo requiere la ley para utilizar la causal de la legítima defensa. En lo que refiere este punto, la cámara ha dicho que resulta necesario considerar entonces el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado de una perspectiva de género;

Puesto que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento. En este sentido, no debe entenderse a la violencia de género en el ámbito doméstico como por hechos aislados sino como por 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.

Finalmente, como tercer requisito nuestra ley impone la necesidad racional del medio empleado, lo que implica la idoneidad de la defensa mediante el empleo del medio más benigno posible. Frente a este requisito, tanto en el caso concreto como en similares, se aprecian diferentes sugerencias de los impugnantes, acerca de lo que debería o podría haber hecho la mujer en lugar de matar a su marido con un arma de fuego. Sin embargo, todas esas propuestas -denunciar, huir con su hija, separarse, parecen únicamente realizarse en “el reino de lo ideal,” pues la realidad –plasmada en las estadísticas- demuestra lo opuesto, reflejando la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia en la doméstica.

Por lo expuesto, el Tribunal ha sostenido que no se observa en el presente caso, irracionalidad o desproporcionalidad en la necesidad del medio utilizado a la luz de las amenazas proferidas contra la imputada y su hija bebé, las agresiones físicas, psíquicas y sexuales sufridas y las circunstancias generales de una violencia de género impositivas de otras opciones posibles de provocar un daño menor.

Conclusión parcial.

Resulta necesario repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia de género devenida en victimaria. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido enfática en que las mujeres que sufren violencia y enfrentan cargos penales por haber agredido a sus victimarios deben ser juzgadas con perspectiva de género.

Pudimos observar que los argumentos esgrimidos en los fallos emitidos tanto por el Máximo Tribunal de la Nación, como por los tribunales provinciales, no cabe duda de que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima, sancionada en nuestro país, y además se encuentra definida y sancionada en los instrumentos internacionales de la cual nuestro Estado es parte. Enfatiza que la legítima defensa supone una reacción a una agresión ilegítima que ponga en riesgo un bien jurídico protegido, como son la vida y la integridad personal y que sostener que es el comportamiento de la mujer el que origina la agresión ilegítima desnaturaliza la legítima defensa e ignora el prólogo de la convención que menciona como la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres.

Conclusión Final.

Conforme la normativa penal, existirá legítima defensa por parte de aquel que en defensa de su persona o de sus derechos le ocasione un perjuicio a la persona o derechos del agresor, empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente de su parte.

Ahora bien, uno de los fenómenos derivados de la creciente violencia contra las mujeres y que ha llamado especial atención es el caso de muchas mujeres que han terminado con la vida o le han provocado una lesión a sus agresores al ser víctimas de agresiones ilegítimas de violencia en razón del género. Esto ha causado que muchas de estas mujeres sean procesadas penalmente por el delito de homicidio o de lesiones en sus múltiples tipos, a pesar de haber actuado en defensa de sus propias vidas, e incluso de las de sus hijos. En esta dirección, los elementos típicos de “inminencia o actualidad de la agresión”, o de “razonabilidad del medio empleado”, son entendidos por la jurisprudencia y doctrina de un modo que excluyen casos en los que, la mujer repelió los golpes con un arma de fuego, o bien que realizó conducta lesiva cuando la agresión había momentáneamente cesado.

Por lo expuesto nos llevan a concluir que resulta necesario repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia de género devenida en victimaria. Si bien, como expusimos en el análisis jurisprudencial y los criterios esgrimidos parte del Máximo Tribunal Nacional y los Provinciales han utilizado una correcta hermenéutica a la hora de emitir sus resoluciones, en sus primeras instancias se negó la aplicación de legítima defensa y fueron condenadas a prisión, pues en su análisis omitieron la complejidad del fenómeno de la violencia de género y se apegaron lisa y llanamente al letra del ordenamiento jurídico resultando así una limitación al derecho de la legítima defensa para las mujeres.

Para una correcta aplicación del instituto de la legítima defensa en este contexto, basta con aplicar la normativa internacional y nacional sobre derechos de las mujeres víctimas de violencia con perspectiva de género, pues un análisis que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las

características históricas de desigualdad de poder entre hombres y mujeres. La posibilidad de aplicación de la legítima defensa requiere un análisis de sus requisitos atendiendo a la mujer situada en ese escenario, y de esta forma dotar de contenido real requisitos tales como la inminencia de la agresión, la racionalidad de la defensa o la inexistencia de otros medios de defensa.

Aplicar la perspectiva de género en los proceso de juzgamiento donde las mujeres víctimas de violencia son acusadas de matar o lesionar a sus agresores en legítima defensa de sus derechos o de terceros, exige un cambio de paradigma con el que se deben valorar los hechos e interpretar la ley penal. Asimismo, exige incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los estándares tradicionales utilizados para la para la legítima defensa en otros tipos de casos, pues la violencia a la que se ven sometidas por el agresor en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial.

Por todo lo expuesto, arribamos a que la violencia de género reconocida en Tratados Internacionales vinculantes para nuestro país, permite exigir una interpretación afín del derecho interno, por lo cual los requisitos de la legítima defensa previstas en el Código Penal deber ser interpretadas a la luz de los Tratados Internacionales de derechos humanos de las mujeres, resultando la aplicación de una perspectiva de género en estos casos no es una alternativa sino una obligación que tiene el poder judicial emanada de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará); del Bloque de Constitucionalidad Federal, y filtra todos los institutos del derecho.

Bibliografía.

Doctrina.

- ASENSIO, RAQUEL. (2010). Discriminación de Género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires.
- BACIGAPULDO, ENRIQUE. (1996). Manual de Derecho Penal. Tercera Reimpresión. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- CARRARA, F. (2000). Programa de derecho criminal. Parte general. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- DI CORLETO, JULIETA, Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas.”.Lexis Nexis, Buenos Aires
- DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte general, T IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- FONTAN BALESTRA, C. (1998). Derecho Penal. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- JESCHECK, H. (1982). Tratado de Derecho Penal. Parte general. Barcelona: Bosh.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1976). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires: Losada.
- MIR PUIG, S. (2004). Derecho Penal. Parte general (7ª ed.).Montevideo Buenos Aire: B de f.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCIA ARÁN, MERCEDES. (2000). Derecho Penal. Parte General. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NINO, C.S. (2005). La legítima defensa. Buenos Aires: Astrea.
- NUÑEZ, R.C. (1987). Tratado de Derecho Penal (Tomo I). Córdoba: Marcos Lerner.
- LARRAURI, ELENA. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal.
- LARRAURI, ELENA. (2008). Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica. Buenos Aires: Euro Editores
- ROXIN, CLAUDIUS. (1997). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2da edición alemana y nota por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas.

- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. 2002. Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar.

Legislación.

- Código Penal.
- Constitución Nacional.
- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará).
- Ley N° 26.485 “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales”.

Jurisprudencia.

- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, “N.H.M s/Recurso de casación”, 16/08/2005.
- Tribunal Oral en lo Criminal N°16; “H., A. E.”; Sentencia del 31/05/2013
- Segunda Cámara del Criminal “F.C/ROJAS ECHEVARRIETA, Cinthia Yasmín p/Homicidio Simple (art. 79 del C.P.)”, 05/09/2013.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, “F.C/ROJAS ECHEVARRIETA, CINTHIA YASMÍN P/HOMICIDIO SIMPLE S/CASACIÓN”, 23/06/2014.
- Corte Suprema de Justicia de Tucumán “XXX S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR EL VÍNCULO s/CASACION”, 28/04/2014.