



VIOLENCIA DE GÉNERO EN SALTA
**PARADIGMA DE LA SOCIEDAD PARA UNA JUSTICIA
EQUITATIVA Y MODERNA**

NOTA A FALLO- ENTREGA N° 4

Tema: “Problema Jurídico - Autos: Recurso de casación– J.M.D.A. (M) por homicidio calificado en perjuicio de Tolosa, TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN SALA IV – PODER JUDICIAL DE PROVINCIA DE SALTA. Expte. M.O. 57375/19”

Carrera: Abogacía

Nombre del alumno: Villa Héctor Catalino

Legajo: VABG-79829

DNI: 17.791.130

Fecha de entrega: 26/06/2022

Tutor: Cesar Baena

Año 2022 - Salta

Sumario: I Introducción. II Hechos de la causa: Historia procesal y Decisión del Tribunal. III. Ratio Decidendi. Identificación y reconstrucción. IV. Análisis y comentario del autor. a) Antecedentes doctrinarios. b) Jurisprudenciales. c) Posición del autor. V. Conclusión. VI. a) Bibliografía. b) Sentencias. c) Doctrinas.

I –Introducción

En presente trabajo se desarrollará el tema vinculado a la “VIOLENCIA DE GENERO”, haciendo hincapié lo que implica juzgar con perspectiva de género, aspecto que se podrá vislumbrar con la presentación de un caso, así como de jurisprudencia y doctrina que hacen referencia al tema mencionado ut supra.

Primeramente, se debe tener en cuenta que históricamente la mujer fue víctima de distintas formas de violencia, y peor aún, esa violencia fue naturalizada por la sociedad.

Ahora bien, la realidad de la vida cotidiana que hoy vivimos, nos impulsa a que en los delitos de Género, debamos realizar un análisis crítico sobre los hechos así como de la prueba vinculada al mismo, a los efectos de que no resulte una mera interpretación de la cuestión fáctica, pues en el caso en análisis, se disputa la inaplicabilidad de ley respecto de la legítima defensa.

Debemos partir de la base, que somos una sociedad que constantemente está cambiando y ello surge como consecuencia de que al reconocer nuestros errores, comenzamos a tener una nueva visión, lo que nos lleva a madurar como sociedad, y a su vez esto nos permite ampliar la mirada y desmenuzar las razones por las cuales las personas convierte un vínculo, en un hecho trágico, donde no necesariamente quien se cree más fuerte, sale airoso. Por lo tanto, los operadores jurídicos, así como los que formamos parte de esta comunidad, necesitamos que el Estado, brinde la cobertura legal necesaria, mediante el dictado de leyes que brinden una adecuada protección, y por ende una adecuada intervención por parte de la justicia.

Es así, que, ante la realidad descrita precedentemente, nuestra Carta Magna (C.N.), incorporó en el art. 75 inc. 22, diversos tratados, como ser: la Convención para la Eliminación de Toda las Formas de Discriminación Contra la Mujer (también conocida como CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (a partir de ahora "Convención de Belem do Pará"), que si bien no cuenta con jerarquía constitucional si posee jerarquía supra legal, conformando así el bloque de constitucionalidad.

La realidad, nos demuestra que las mujeres que han sido víctimas de violencia de género, entre las que se puede mencionar: violencia doméstica, así como la violencia en manos de sus parejas, producen una cierta dependencia que se vuelve adictiva para el sometido. Los tribunales, por estar sujetos a viejas estructuras patriarcales, utilizan criterios androcéntricos para resolver las cuestiones, apartándose de lo que implica juzgar con perspectiva de

Argentina. Constitución Constitución Argentina en lectura fácil. - 2a ed ilustrada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Ediciones SAIJ, 2017

CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women), diciembre de 1979

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem do Para; (9 de Junio 1994), suscripta por la República Argentina en Belem do Pará, República Federativa del Brasil

género, sin siquiera aplicar los criterios y principios que proponen los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país, trayendo como consecuencia un apartamiento de los nuevos paradigmas que nos señalan los mismos, y lejos de una visión que respete la perspectiva de género y se analice los valores de las conductas y de las cosas- índole axiológica móvil, desarrollándose con la debida diligencia

La Ley 26.485, la cual hace referencia a la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, define en el Art. 4 a la violencia contra la mujer como: “...*toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes...*”.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la mujer que incurre en un delito, en procura de defender su integridad moral, física, económica y laboral, cuando ejerce su defensa material, tiene el derecho de ser escuchada con más detenimiento, y no como una versión defensiva más, pues esta puede estar haciendo emerger la génesis que desencadenó una conducta antijurídica, con una perspectiva más específica, que se inscribe en la problemática de género, dada las circunstancias del caso.

Las nuevas perspectivas, motorizadas por los mandatos Constitucionales que indican un rumbo que el Estado debe respetar y cumplir, dando estatus jurídico y equiparando los Tratados Internacionales que nuestro país ha suscripto con los demás naciones, ha posibilitado que la Justicia se replantee viejos tabúes y dogmas, y así lo ha demostrado la Sala IV del Tribunal de Impugnación de la Provincia de Salta, en los autos caratulados J.M.D.A.(m), por Homicidio Calificado en perjuicio de Tolosa Lucas- Recurso de Casación- causa N° MO1-57375/19. En el fallo de referencia, el Vocal N° 1 de la Sala II del Tribunal de Juicio y Titular del Juzgado de Menores N° 1 del Distrito Judicial de Oran, declaro penalmente responsable a M.D.A.J. por del delito de Homicidio calificado por existir relación de pareja mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (Art. 80 inc.1° en función del último párrafo del C.P.), condenando a la menor a la pena de cinco años y seis meses de prisión.

En dicho fallo, se puede apreciar que las circunstancias de atenuación surgen ante la situación de violencia preexistente por lo que atravesaba la pareja compuesta por M.D.A.J. y Tolosa. El juzgador no consideró que el hecho estuviese encuadrado en la legítima defensa, al no concurrir los requisitos necesarios para su configuración.

Ante la condena aplicada, la Fiscal Penal de Graves Atentados, Dra. Claudia Carreras, interpuso Recurso de Casación cuestionando, de manera medular, “*el examen crítico de los elementos de convicción*” que fueron incorporados al proceso, toda vez que consideró la Fiscalía, que hubo exceso en la legítima defensa.

El problema jurídico se identifica entonces como un problema de relevancia, ya que se disputa la inaplicabilidad de la ley respecto de la legítima defensa por parte del Juzgado de Menores, contemplada en el Art. 34 inc. 6 del C.P., sosteniendo el MPF la legítima defensa ante la agresión sistemática que sufría la menor, situación que si consideró el Tribunal de Impugnación.

Por consiguiente, de ello puede inferir que el problema del fallo es de orden axiológico, toda vez que se debió realizar un estudio sobre el valor de la prueba tanto de cargo como de descargo, dado que la conducta reprochada a la justiciable, queda subsumida en distintas normas, las que quedarán sujetas a la interpretación que debe realizar el Juez a cargo, y siempre basado en la sana crítica racional.

La axiología jurídica trata el problema de los valores jurídicos, es decir, dilucida cuales son los valores que hacen correcto un modelo derecho que primara a la hora de elaborar o aplicar el derecho. Álvarez, M. I., afirma “...*que la dimensión del derecho denota el fenómeno jurídico como un hecho, un acontecer que se presenta en la realidad social al momento en que las personas interactúan entre sí. Una persona enojada puede desear matar, pero no lo hace porque sabe que está prohibido...*”. Por su parte, Miguel Reale, dice que “...*el carácter coactivo de la norma garantiza una determinada conducta social...*”.

Robert Alexy esboza la “**fórmula del peso**”, el cual es un pensamiento matemático para poder discernir cómo llevar a cabo una ponderación. Cuando se busca principios tiene uno que buscar el equilibrio entre las diversas normas, las que tienen su peso. El peso de la norma estará de acuerdo a la capacidad argumentativa del intérprete a la luz de las circunstancias del caso en concreto, lo que inclina la balanza y determina la norma que deberá prevalecer. El peso estará definido entonces por la cuestión fáctica y normativas del hecho.

Las normas abarcan desde las de rango Constitucional, así como las de desarrollo legislativa, y jurisprudenciales. En tal sentido se deber procurar la norma “**pro personae**”, la que indica que se debe buscar la más favorable, allí donde este, ya sea en la Constitución, en un tratado o en un reglamento en favor de la persona, para el caso concreto.

En conclusión, para entender la dimensión fáctica, se debe saber qué valor se está protegiendo y para comprender la dimensión axiológica se requiere saber los hechos que dieron lugar al problema a resolver. En este caso, la violencia de género vigente en la relación.

Por ende, es materia de análisis si el juzgador debe aplicar la letra fría del Código Penal o amerita que la conducta sea perforada mas allá de lo que la realidad señala y se adentre al análisis con una perspectiva de género, lo cual implica, al decir por la Dra. María Julia Sosa, Secretaria del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro.10 de Capital Federal:”... *juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico. Actúa sobre las personas, sobre los hechos y sobre la norma jurídica, aplicando una visión crítica de la realidad...*”, y lógicamente teniendo en cuenta según el caso presentado, el contexto de violencia en el que los actores convivían, hechos que necesariamente deben ser analizados bajo la lupa que fatalmente abarque una cuestión de género, como ya fuera referido, por ser un típico caso de conflictos de principios.

Álvarez, M. I. (1995 *Introducción al estudio del derecho*. México: McGraw-Hill)

Miguel Reale (1968 *Teoría tridimensional del derecho*. San Paulo: Saraiva)

Alexy Robert-*Teoría de los Derechos fundantes*.1985-1996 p 75 y ss. Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Ed. Palestra.Lima 2019

II Hechos de la causa: Historia procesal. Decisión del Tribunal.

El caso al que se hizo mención anteriormente, se origina como consecuencia de un hecho acaecido el día, 08-10-17, a hs 01.00 A.M., en la localidad de Orán, Salta. La víctima, Tolosa Lucas, mantenía una relación de pareja y convivía con la menor M.A.D.J. y la hija de ambos, de dos años de edad. La plataforma fáctica se basó en lo siguiente: víctima y victimario se enfrentaron en una discusión en el interior de la habitación, algo habitual según testigos, dado que el masculino no encontraba las llaves de la puerta de la vivienda, ya que se iba a juntar con sus amigos, con los cuales se pondría a beber. Las llaves habrían sido escondidas por la menor para no quedar encerrada, como acostumbraba Tolosa a dejarla. En esta ocasión se producen forcejeos, tomando la menor un cuchillo que estaba sobre una mesa, ante lo cual Tolosa y su pareja salen de la habitación, hasta la vereda de la vivienda, donde continúa la discusión, la que finaliza cuando la menor le asesta una puñalada. La víctima, reingresa a la habitación, procurando la menor M.A.D.J. brindarle asistencia, llamando al S.E. 911, acudiendo la policía y antes de que pudiera recibir ayuda médica fallece en brazos de su homicida, la que fue llevada a juicio y condenada en primera instancia a la pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de Homicidio Calificado por existir relación de pareja mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (Art. 80 inc.1° en función del último párrafo del C.P.), por considerar el Tribunal que hubo una agresión ilegítima, ya que no se acreditó que Tolosa hubiese agredido a la menor ni tampoco la existencia de forcejeos o malos tratos que la pudieran haber habilitado a tomar un cuchillo. Consideró el Tribunal que en caso de un supuesto peligro, podría haber cerrado la puerta y solicitado asistencia, demostrándose con ello, la carencia de racionalidad del medio empleado.

Frente a la condena aplicada, la Fiscal Penal de Graves Atentados, Dra. Claudia Carreras, interpuso el Recurso de casación por considerar que existen ciertas circunstancias en el caso que permiten afirmar que la acusada obró en legítima defensa, pero excediéndose en sus límites. Que tratándose de un hecho de violencia familiar por agresiones continuas en la pareja, no puede el operador jurídico soslayar el análisis que implica la “Legítima defensa” desde una perspectiva de género.

El Tribunal determinó válida la hipótesis de la Sra. Fiscal resolviendo CASAR el punto II de la sentencia, al haber valorado que el accionar de M.D.A.J., lo fue con exceso en la legítima defensa, porque la acusada obró dentro de una situación de defensa necesaria, en tanto preexistió una situación objetiva de justificación con la ilegítima agresión, pero sobrevino un exceso en su conducta y su reacción sobrepasó los límites impuestos por la situación, puntualmente, en la utilización de los medios necesarios para neutralizar el peligro, infringiendo la exigencia de la proporcionalidad racional de la reacción, en principio, autorizada y para ello tuvo en cuenta el contexto de violencia de género en el ámbito doméstico, valorando las características propias del ciclo de violencia en la que se encontraba inmersa desde hacía tiempo.

III. Ratio Dicidendi. Identificación y reconstrucción de la misma.

De lo resuelto por el Tribunal, queda claro que se tuvo en cuenta como eje central, la inaplicabilidad de ley respecto de la legítima defensa, toda vez que se tuvo por acreditado la situación de violencia habitual de la pareja, valiéndose de los informes incorporados, como el testimonio de la Licenciada en Psicología y otros que indicaron

que sobre la menor, Tolosa ejercía hechos de abusos extremos, con episodios de violencia recíproca, encierros, ejerciendo sobre ella un dominio denigrante, existiendo incluso una denuncia de la menor, la que recién a llega a conocimiento del Juzgado cuando ya se había producido el hecho fatal.

El Tribunal de Impugnación consideró entonces, ante el cúmulo de evidencias y testimonios, en primer lugar, que existió agresión ilegítima por parte de la víctima hacía la menor, con lesiones que fueron verificadas por el médico Héctor Guerrero. Así también, especifica que no resulta cuestionable la causa de muerte del Tolosa ni que la autoría hubiese sido a manos de M.D.A.J., pero cree el Tribunal que por tener el torso desnudo, era más que evidente que Tolosa debía reingresar a la habitación y ante tal eventualidad, es que trae el juzgador a colación la enseñanza de Fontan Balestra, quien considera “... *que la agresión cumplida no supone excluir una nueva agresión, ya que el ataque puede continuar y por ello se puede oponer la legítima defensa en cualquier momento o bien ante la repetición de los sucesivos ataques..*”. Es decir, nada hacía presumir que una vez adentro, se reiniciara la agresión, con un resultado incierto.

Sabido es que los argumentos son las razones aducidas en la justificación, conocido como argumentación jurídica y que el problema jurídico es una controversia sometida a la decisión de un juez, la que debe ser motivada. Para el caso concreto, el Tribunal lo mira desde una perspectiva de violencia en contra de la mujer, tomándose para ello los fundamentos que brindan diversos tratados y trabajos de investigación, como lo es el documento del Comité de Expertas/os (MESECEVI), la Convención de Belem do Para, Jurisprudencias como el caso “Leiva” etc., los cuales explicitan que la reacción de las víctimas de estos casos, escapa a los estándares antijurídicos de otros casos. Evaluar con criterio de género significa individualizar la problemática, la que tiene características específicas.

Entiende el Tribunal, que la violencia dirigida contra la mujer constituye una violación de los derecho humanos y las libertades fundamentales apuntando a garantizar que puedan vivir una vida sin violencia como lo estipula la “Convención sobre la eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer” y su protocolo (Ley 26.171) y la Convención de Belem do Para (ley 24.632), las que además se encuentran regidas en nuestra provincia por la Ley 7.403 y Ley 7.888, todo lo cual señala que la violencia en la pareja no debe tomarse como hechos aislados, sino que debe comprender su intrínseco carácter continuo. La violencia domestica, es fácticamente constante, dificultándose saber cuándo termina y cuando continua.

En cuanto a la necesidad racional del medio utilizado, toman el criterio del maestro Jiménez de Asua, el cual considera “...*que la necesidad no es exclusivamente la oportunidad ni la proporción del medio empleado. La necesidad es todo eso y conforme criterio de la Corte de Justicia en el caso Leiva, en casos de violencia de género, el hecho debe ser valorado “con la suficiente amplitud y el debido contexto”*”.

Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal tII, Bs.As, 1970,149.

Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), perteneciente a la Organización de Estados Americanos (OEA)

Ley 26171 CONVENCION SOBRE ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER Fecha de sanción 15-11-2006

Ley 7.403 (Protección de la víctima de Violencia Familiar)

Ley 7.888 (Protección contra la Violencia de Género)

Por lo analizado entonces, concluye el Tribunal que cabe rechazar el razonamiento de que la defensa no resultaba necesaria, pues ante el entorno de violencia domestica, no se anula la necesidad de la defensa, no siendo subsidiaria otro tipo de reacción, como el de cerrar una puerta o pedir ayuda a vecinos. (Soler, Sebastián),

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado, la misma es analizada para el caso concreto tomando en cuenta la proporcionalidad entre la fuerza o reacción usada por el agredido y la usada por el agresor y la inevitabilidad del peligro que se corre. Por ello distingue el Tribunal el contexto en el cual la acusada toma el cuchillo (menor contextura, hechos anteriores de violencia) lo que torna viable el temor padecido por M.A.D.J. para tomar el arma e intentar amedrentar a su atacante, surgiendo la acción como acertada, pero no así el modo de la utilización, ya que resulta irracional el modo usado, siendo desproporcionado el resultado con el daño sufrida por la menor.

El Tribunal tomó en cuenta que, al no haberse demostrado el “**onus probandi**” por parte de quien acusa, corresponde tener por probada una agresión ilegítima por parte de la víctima pero incurriendo la acusada, en un exceso en legítima defensa, infringiendo la exigencia de la proporcionalidad racional de la reacción, en principio autorizada, lo que configura un exceso intensivo, lesionado más de lo racionalmente necesario, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el MPF, debiendo la acusada responder como autora del delito atribuido pero con exceso en la legítima defensa (Art 35 del C.P.) y dado que el marco represivo en abstracto resulta ser el de prisión de uno a cinco años, y en base a lo normado por los Art.40 y 41 del C.P., decide tener por compurgada la pena y atento al tiempo de detención, ordena su libertad.

IV. Análisis y comentario del autor. a) Antecedentes doctrinarios. b) Jurisprudenciales. c) Posición del autor.

a. Antecedentes doctrinarios.

A lo largo de la historia la violencia contra la mujer siempre estuvo enraizada en nuestra cultura. El Estado y la sociedad, como en otros ámbitos de interrelación humana, permanecieron indiferentes por mucho tiempo a esta situación, a pesar de constituir una grave violación a los derechos humanos. En la actualidad, la ceguera que durante mucho tiempo nos impusieron los estándares de sociedad imperante, están desapareciendo y a decir de la Jurisconsulto Graciela Medina, tenemos dos opciones, una mirada patriarcal o una con perspectiva de género. Con la primera, la vulnerabilidad y dominación no tendrá fin.

Fueron fundamentales un cambio de paradigma, y esto se ve reflejado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados a la Carta Magna argentina y que tienen jerarquía constitucional. Así, el Estado argentino, quien ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, se comprometió a respetar los derechos y libertades, así como garantizar su pleno ejercicio de los mismos a todas las personas. De esta manera se comienza a hablar de fallar con perspectiva de género y a profundizar criterios como la legítima defensa cuando existe violencia de género.

Doctrinariamente se utiliza el término violencia de género o violencia contra las mujeres, para referirse a todo acto de violencia basado en la pertenencia del sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico o sexual, psicológico para las mujeres, tanto si se producen en la vía pública o privada.”

Por otra parte, el concepto resulta un elemento normativo extralegal del tipo, que surge del Art. 4 de la Ley 26.485 sancionada en la Argentina en el año 2009. La Provincia de Salta es conteste a esta norma y en el año 2015 sanciona la Ley 7.888.

Asimismo, nuestro país adhirió a la CEDAW, que trata específicamente la cuestión de la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y a aplicar los principios de la Convención de Belem Do Pará, donde los Estados parte se comprometen a adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de violencia contra la mujer y para conseguir esto, se debe educar a toda la sociedad para que esto se vea reflejado en las resoluciones de los jueces, quienes con otra visión podrá valorar los hechos y las conductas con una perspectiva de género, mas cuando estamos antes casos que indisolublemente nos remiten a hechos que en su génesis, aparece inserto la violencia de género.

En la doctrina, es mucho lo que se ha escrito en torno a la violencia contra la mujer, sobre su derecho a defenderse y del deber de la justicia de interpretar esta defensa como legítima, pero para que ello no quede en una quimera, deben los operadores jurídicos, encargados del proceso investigativo, ahondar si existen antecedentes de denuncias previas, informes sobre conceptos vecinales, si existen antecedentes, tales como historias clínicas en los hospitales o en los centros de salud, así como de escuelas etc., a fin de que se pueda acreditar, al menos en grado de probabilidad que la conducta antijurídica desplegada por la autora lo fue en el marco de defender su integridad física, a causa del accionar del agresor. Asimismo, que la acción defensiva puede ejercerse contra actos preparatorios, o en momentos previos a la consumación, debido a que la legítima defensa no busca evitar delitos sino proteger bienes y derechos (Zaffaroni et al, 2007).

Carlos Lascano usa la definición de Santiago Soler para conceptualizar la legítima defensa como: *“Es la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”* (p. 423).

El art. 34 del C.P. en su inc. 6) enumera los tres requisitos esenciales, que deben concurrir para que se configure la causa de justificación: **una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.**

Concordante a esto, el C.P. regula el exceso en esta legítima defensa. La doctrina y los tribunales han coincidido en que para que haya exceso en la legítima defensa, debe haber un exceso en la causa que *“consiste en que la necesidad de defenderse no guarda la debida proporción respecto de la provocación del agredido”*, o un exceso extensivo que *“atiende a la relación de la agresión con el medio empleado para evitarla o repelerla”*, según el Jurisconsulto Ricardo Núñez.

Graciela Medina (2018/09 Juzgar con Perspectiva de Género)

Ley 7.888 de Protección Contra la Violencia de Género.

Carlos Lascano (Derecho Penal- Parte Gral- Córdoba 2005

Ricardo Núñez, Manual de Derecho Penal parte Gral1981, pp. 209, 210-Editora Córdoba.

Ahora bien, la mujer que logra reaccionar ante la agresión, debe hacerlo en un marco de “*legítima defensa*” ante un peligro inminente, situación que resulta de muy difícil concreción, siendo factible que reaccione cuando el peligro pasó y antes del próximo evento y, por otra parte, el medio empleado debe resultar racional, ya que se enfrenta a preguntas como “¿por qué no escapo?”, “¿porque lo mato?” etc., y ante la falta de repuestas, se tiende a decir que la reacción fue “irracional”.

Una interpretación literal y exégeta de la norma tal como se encuentra en el C.P., devendría injusta para las mujeres en un contexto de violencia machista. Como analiza Laurenzo Copello citando a Elena Larrauri, esto es así ya que la norma fue concebida “*sobre el modelo de confrontación hombre/hombre, pensando en personas de fuerza semejantes...lo que deja fuera del grupo de referencia a la mayoría de las mujeres*”. De aquí la importancia de interpretar la norma en cada caso concreto con una mirada histórica y de género, y en su momento juzgar con perspectiva de género.

Gloria Poyatas i Matas, acerca el siguiente concepto de perspectiva de género: “*Juzgar con perspectiva de género es una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género*” (2019, pp 7,8). La protección efectiva de los derechos de la mujer cuando actúa en ejercicio de su legítima defensa, implica reconocer su estado de vulnerabilidad permanente en situaciones de violencia de género.

b. Antecedentes Jurisprudenciales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó precedentes en el fallo Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” (01/11/2011), quien mato a su pareja con un destornillador cuando era golpeada por éste, considerando que lo hizo en ejercicio de su legítima defensa. De esta manera quedó sentado el camino que toma la CSJN en estos casos. (Leiva, M. C. 2011).

Puricelli (2012) enseña que el medio que utilice quien sufre violencia de género para su defensa, no puede ser medido matemáticamente, teniendo en cuenta el estado emocional de la mujer víctima de violencia, lo que se vio plasmado por La CSJN en su fallo "R.C.E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la causa N° 63.006" (2019) cuando dice que “no se requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia”.

En el fallo N.H.M., s/Recurso de Casación (causa N°10406), ha quedado explicitado que no se puede pretender que la defensa de la mujer solo pueda ocurrir cuando ha sido golpeada sin tener en cuenta que ya hubo una agresión anterior y que nuevamente será agredida ante la diferencias de fuerzas, por lo que el ámbito de legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, la que es parte de un proceso en la que se encuentra inserta.

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán, “X s/ homicidio agravado por el vínculo” (28/04/2014) fallo en la acusación que pesaba contra una mujer la que, previo a una discusión con su esposo, tomó en sus manos un cuchillo de mesa y le dio un puntazo. El Tribunal señaló que la mencionada se encontraba sometida a una constante violencia de género (...) y que en los casos cuando la violencia doméstica es frecuente (continua, reiterada o permanente) no es exigible para juzgar racional, la necesidad del medio empleado. La Corte Suprema de Tucumán entendió que la conducta de la imputada se encontraba justificada en tanto había actuado en legítima defensa y por lo tanto, fue absuelta.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, “F.c/Rojas Echevarrieta P/ homicidio simple s/casación” (23/06/2014, ante la condena impuesta a la imputada por el homicidio de su pareja, señaló que el Tribunal a-quo ha omitido valorar aspectos relevantes de las declaraciones prestadas de testigos presenciales de las agresiones realizadas por González Brizuela y absolvió a Rojas Echevarrieta porque su conducta encuadra en la legítima defensa.

Como se dijo previamente, el primer requisito de la legítima defensa es que exista una agresión ilegítima, es decir, una acción dirigida contra el bien jurídico protegido, el cual será amenazado, puesto en peligro o dañado como consecuencia de esa agresión. Dicha agresión puede ser actual (que se repele) o inminente (que se impide). Tal como se mencionó, no es correcto identificar inminencia con inmediatez en términos cronológicos, relacionados a agresión y defensa. Las cuestiones referidas a la existencia de una agresión ilegítima y a su actualidad o inminencia han sido objeto de controversias en los casos bajo estudio.

Ahora bien, en el caso de una confrontación hombre/mujer, Larrauri afirma 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 que aunque haya cesado, subsiste la necesidad de defensa. Así también, que entre el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad (2014:9 Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, N°. 24, 2022).

En hechos de violencia de pareja -como el caso en análisis- hay que valorar las secuencias de los mismos, los tipos y modalidades de agresiones, así como todo tipo de datos y no solo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal. Además, en estos hechos de violencia, generalmente son testigos presenciales los familiares de la pareja, por lo que para garantizar el derecho de defensa de las mujeres debe valorarse la prueba vinculada a la historia de violencia de género de la imputada, sobre todo cuando los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas.

En igual sentido, en el caso “López”, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sostuvo que: *“...cabe determinar si dichas agresiones provocaron la apreciación de la posibilidad de un daño inminente, tal como lo requiere la ley para utilizar la justificante de la legítima defensa...”*. Entonces, es necesario considerar el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado desde una perspectiva de género, puesto que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento. No debe entenderse

a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante.

Del análisis de estos fallos, es posible extraer en primer lugar, que la ley penal debe ser leída y aplicada con perspectiva de género, es decir, a la luz de los estándares de derechos humanos que desde hace décadas señalan la desigualdad estructural en la que se encuentran las mujeres y su vínculo con la violencia. En segundo lugar, no es posible analizar los casos de violencia de género de forma aislada. Se vuelve imperativo estudiar el contexto de género, que trasciende a un hecho puntual y las alternativas de la persona al momento de defenderse, en situaciones de desigualdad.

En este trabajo, se pretendió analizar sentencias judiciales sobre legítima defensa desde una perspectiva de género. Para ello, se trabajaron los requisitos de la legítima defensa desde la dogmática penal tradicional y se brindaron herramientas para repensar su abordaje desde una mirada de género y acorde con los tratados internacionales de derechos humanos.

c). Posición del autor.

De lo reseñado en el análisis del fallo, se debe tener presente que un hecho de violencia doméstica, como de los que ocurren a diario, deben dejarse de ver como las meras definiciones que estipula la letra fría de un código penal, cambiar de perspectiva implicara dar un paso adelante para una sociedad moderna. Para ello, traje a colación los requisitos de la legítima defensa desde la dogmática penal tradicional y las nuevas doctrinas, para repensar su abordaje desde una mirada de género y acorde con los tratados internacionales de derechos humanos.

El fallo en análisis indica que el Tribunal de Juicio, analizó la alteración al orden realizado por la conducta antijurídica y fijó una pena acorde a derecho, ya que consideró que el hecho en cuestión recaía en la figura del HOMICIDIO CALIFICADO POR EXISTIR RELACIÓN DE PAREJA, MEDIANTE CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACIÓN.

El Juez de Alzada decidió apartarse de los lineamientos estereotipados y aplicando la sana critica racional, valoró la prueba producida durante el plenario, a la que solo faltaba analizarla con lógica, y desde una perspectiva de género, contemplando una situación por demás evidente de violencia de género. La violencia hacia la menor era “voz populi” y los organismos que debieron frenar y brindar ayuda al más desvalido, sin embargo dejo a la menor en un total estado de desprotección, sin tener en miras el “interés superior del niño”, contemplado en la Convención de los Derechos del Niño y eso se vio reflejado en el hecho de que una de las últimas agresiones que sufrió M.D.A.J., llegó a los estrados, cuando ya había ocurrido el luctuoso hecho.

En el fallo que examinamos, el Tribunal de Casación aplica la norma con perspectiva de género y todos los argumentos esgrimidos por el Tribunal se encaminan a subsumir la conducta de M.A.D.J. en el instituto de la legítima defensa, pero también aplican la figura del exceso en la legítima defensa, ya que considera que para que exista exceso en esta causa de justificación, la acción defensiva debe persistir aun cuando el peligro haya pasado, cuando los medios utilizados no hayan sido racionales respecto a la agresión, o cuando haya habido provocación suficiente por parte del que se defiende (Lascano, 2005). Los autores en su mayoría no hablan del resultado de la acción.

Cuando se demanda una justicia con perspectiva de género no se busca otorgar privilegios o concesiones a las mujeres. Lo que se persigue es poner en pie de igualdad a los desiguales, restaurar el equilibrio donde existen relaciones asimétricas de poder y eliminar estereotipos construidos socialmente que acrecientan esa asimetría y desigualdad.

VI. Conclusión

La justicia, debe capacitarse en lo que implica juzgar estos tipos de sucesos, acorde a la Ley Micaela, en honor a Micaela García, quien fue víctima de femicidio. Dicha norma impone la obligación de formarse en temas vinculados a la violencia de género, ya que hoy en día se advierte que se encuentran en la encrucijada de juzgar hechos que presentan sus bemoles, que lo hace únicos y que los lleva a alejarse de los estereotipos patriarcales, debiendo hacerlo bajo premisas de perspectivas de género y de tal modo proveer real justicia.

En el caso objeto de análisis, la conducta imputada en la cuestión de fondo no se desmorono, pero se logró que las cuestiones que rodearon el lamentable hecho fueran vistos desde la percepción de la Legítima Defensa, con una perspectiva de género y no limitado a aplicar lo taxativamente preceptuado por la norma de fondo, ya que para los casos de violencia de género es necesario ampliar las circunstancias de su aplicación, mas cuando se está ante casos de violencia de género reiterados, con sus tipos y modalidades debidamente acreditados.

El razonamiento merece ser replicado en distintos tipos y modalidades de violencia, como lo son el caso de violencia laboral, de dependencia patrimonial, institucional etc., ya que se debe dejar un claro mensaje de que la violencia, en todas sus acepciones, no puede ser tolerada y que las nuevas generaciones conceptualicen el respeto hacia las personas como algo cotidiano y como bien lo ha señalado la Convención de Belén de Para, *“toda mujer tiene derecho a vivir una vida sin violencia”*

VII-a.- Bibliografía

- Alexy Robert-Teoría de los Derechos fundantes.1985-1996 p 75 y ss. Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad. Ed. Palestra.Lima 2019
- Bacigalupo, E. (1997) Derecho Penal. Parte General (2º Edición). Buenos Aires: Hammurabi. Cabanellas G. (2001)
- Carlos Lascano (Derecho Penal- Parte Gral- Cordoba 2005)..
- Código Penal de la Nación Argentina- Ley 11.179 (1921). Argentina: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
- Comité de Expertas/os (MESECEVI), primer informe hemisférico, evaluación multilateral julio de 2005-concluida en julio del 2007.
- Constitución Nacional Argentina (1994). Argentina: El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem do Para; (9 de Junio 1994), suscripta por la República Argentina en Belem do Pará, República Federativa del Brasil
- Convención para la Eliminación de Toda las Formas de Discriminación Contra la Mujer. (1979).Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Di Corleto J. (2006) Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis, N° 5/2006. ELA (2014)
- Fontan Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal tII, Bs. As. 1979, 410.
- Jiménez de Asua, Tratado de Der. Penal tIV, Losada, Bs As. 1953, 213.
- Ley 7.888. Ley de Protección Contra la Violencia de Género (2015) Pu. Bol. Oficial, 22/9/15.
- Ley 26.485. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. (2009). Publicada Boletín Oficial, 14 de abril de 2009. Argentina.
- Lorenzo Copello, P. (2019). Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. RECPC 21-21
- Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tI, Tea Bs As. 410.
- (Ricardo Núñez, Manual de Derecho Penal parte Gral1981, pp. 209, 210-Editora Córdoba).

VII-b- Sentencias

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. —Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple (01/11/2011).
- Corte Suprema de Justicia de Tucumán, —X s/ homicidio agravado por el vínculo" (28/04/2014)
- Fallo N.H.M- Casación N° 10406
- Fallo R.C.E- 63006/19
- Superior Tribunal de Justicia de San Luis. —Gómez, María Laura s/homicidio simple (28/02/2012).
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, —F.c/Rojas Echevarrieta, Cinthia Jazmín P/ homicidio simple s/casación (23/06/2014).
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala Sexta, López, Susana Beatriz s/ recurso de casación (05/07/2016).Expte N° 69965

VII-c- Doctrinas

- Claria Olmedo, Jorge A. "Derecho Procesal Penal Argentino - tomo 18 Ed Hammurabi -1989.
- Gloria Poyatos Matas, iQual. Revista de Género e Igualdad: Núm. 3 (2020): iQual. Revista de Género e Igualdad
- Maccormik N. Universalization and induction in Law en reason in Law procedingsal de conference Helin Bologna 12/15 Decembre 1984-Milan, 1987 pp-105.
- Maccormick N.Law as Institutional Theory ofLaw, New pro Approsashes to legl posituam Reidel Publishing Company- Tokyo 2° ad 1992 pp 50-55.
- Mario Álvarez Ledesma. Introducción al estudio del Derecho Fecha de publicación 1995 Editor McGraw-Hill p.49.

Reale, M. (1968). *Teoria tridimensional do direito* [Teoría tridimensional del derecho]. San Paulo: Saraiva.