



## **El derecho penal y su mirada con perspectiva de género**

Cámara de Apelaciones Tribunal de Alzada en lo Penal de la Provincia de Santiago del Estero: “Expte. N° 387/2018 - caratulado: “L. M. D. L. A. S.D Homicidio Calificado por haber mantenido una Relación de Pareja con la Victima habiendo mediado Circunstancias Extraordinarias de Atenuación E.P I., J. D. S/ Condena”

**Fecha de sentencia** 17/06/2020

Alumna Sánchez Laura Soledad

DNI: 23041528

Tutora Lorena Caramazza

Fecha: 11 de noviembre del 2022

Materia: Seminario Final

**Sumario: I. Introducción- II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal- III. Ratio decidendi- IV. Antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales - V. Postura de la autora- VI. Conclusión. VII. Listado de referencia**

### **I.- Introducción**

La perspectiva de género tomando a Sosa María Julia no es un concepto nuevo que responda a una moda judicial. El mismo se utilizó por primera vez en el año 1975 en el discurso de la Organización de las Naciones Unidas al tratarse políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres, en donde se afirmó que las políticas aparentemente neutrales podían tener como efecto la consolidación de las desigualdades de género. Con el tiempo, se fue consolidando el concepto de perspectiva de género, como una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas descritas como “neutrales”, que venían a consolidar las

El país ha dado un avance referido a la protección de los derechos y garantías reconocidos a las mujeres, por medio de diversos instrumentos legales, así se observa que la reforma constitucional del año 1994 otorga jerarquía a los tratados de derechos humanos incluidos en el art. 75 inc. 22. Entre ellos se menciona la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) y la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”, también conocida como Convención de Belem do Pará, cuya entrada en vigencia es de 1995.

El fallo propuesto emitido por el Tribunal de Alzada en lo Penal de la provincia de Santiago del Estero caratulado “Lescano, M. de los A. sd Homicidio Calificado por haber mantenido una relación de pareja con la víctima habiendo mediado circunstancias extraordinarias de atenuación E.P Ibáñez, J. D. s/ Condena” Expte.Nº387/2018, es de gran relevancia por cuanto en el mismo los operadores jurídicos deberán ponderar si aplicar o no ley penal como un castigo frente al homicidio o aplicarlo tomando en cuenta la causa de justificación de legítima defensa ejercida en un contexto violencia de género respetando los principios mencionados en los instrumentos internacionales sobre la protección de la mujer.

El Tribunal de Alzada en lo Penal de Santiago del Estero se enfrentó a un problema jurídico de relevancia es decir cuando no se puede determinar (al menos, con plenas garantías) cuál es la norma o normas aplicables al caso, no por desconocimiento del derecho, sino problemas imputables al sistema jurídico. Puede ocurrir que el sistema presente contradicción normativa o que existe una laguna normativa y el ordenamiento no nos ofrece una respuesta para el caso. En situaciones como éstas, tenemos un problema para determinar cuáles son las normas relevantes o aplicables al caso (Zorrilla 2010). Esto se aprecia ante el planteo de la inaplicabilidad del art. 34 inc. 6 del CP que contempla la legítima defensa por parte del inferior como la prescindencia de aplicación de las normas referidas a los derechos de la mujer en el contexto de violencia.

A continuación se procederá a hacer una reconstrucción de la historia procesal de la causa, llegando a la decisión del tribunal, luego se desarrollaran diversas posturas tendientes a dar sustento a la presente nota a fallo para concluir con la postura de la autora y su conclusión final.

## **II.- Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal**

La causa analizada tiene como protagonista a una mujer que sufría violencia de género por parte de su expareja, con quien había tenido cinco hijos. Debido a los hechos de violencia, tuvo que mudarse a la casa de su familia de origen. Según relata en una oportunidad, la familia había organizado una fiesta. El hombre se dirigió en bicicleta hacia allí y esperó en la esquina hasta que la mujer se quedó sola, ingresando al domicilio la tomó del brazo y la llevó a una pieza que estaba en construcción en la parte delantera de la vivienda.

En ese momento, le pidió que tuvieran relaciones sexuales mientras intentaba bajarle la calza. Frente a la negativa el hombre sacó un cuchillo de entre sus ropas e intentó agredirla. Forcejearon y la mujer le clavó el arma en el pecho. El hombre salió a la calle herido y comenzó a arrojarle piedras a la mujer, que respondió del mismo modo. Posteriormente, cayó al piso y fue trasladado a un hospital, donde falleció. Por ese hecho, la mujer fue imputada por el delito de homicidio.

En el juicio oral, la imputada manifestó lo sucedido, argumentando que no existió intención de provocarle la muerte, manifestó asimismo que no era una situación aislada sino que venía siendo víctima de abusos sexuales y agresiones físicas y agrego

que había denunciado algunos de esos hechos, pero no todos por falta de recursos económicos para dirigirse hasta las comisarías.

Por otra parte, la madre y la hermana del hombre declararon que la pareja a menudo tenía peleas, que la mujer lo golpeaba y que una vez lo había herido con un cuchillo en los testículos. La hermana relató que el día anterior al hecho la imputada le había mandado mensajes para pedirle que le llevara una bicicleta.

Por su parte un testigo contó que, momentos antes del hecho, se encontraba con el hombre y que éste había manifestado “esta noche es ella o yo”, mientras le mostraba un cuchillo.

El informe de la autopsia concluyó que el fallecimiento se había producido por un shock hipovolémico causado por una herida de arma blanca. Por otro lado, no se constataron lesiones recientes en los testículos.

El Tribunal Oral condenó a la mujer a la pena de trece años de prisión por el delito de homicidio calificado por haber mantenido una relación de pareja con la víctima con circunstancias extraordinarias de atenuación. Contra esa decisión, la defensa planteó recurso de casación argumentando que la misma había actuado en legítima defensa y que esto no fue tenido en cuenta por el inferior por lo cual procede a absolver a la mujer.

### **III.- Ratio decidendi**

El Tribunal de Alzada en lo Penal de Santiago del Estero hizo lugar a la impugnación de la defensa y absolvió a la mujer por haber actuado en legítima defensa. Rechazó los recursos interpuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal y la querrela sostuvo que “La legítima defensa, como causal de justificación prevista en la ley penal, bajo ciertas y determinadas circunstancias, excluye la responsabilidad penal, con fundamentos –para la doctrina mayoritaria y moderna– en la máxima de que el derecho no necesita ceder ante lo ilícito. La cuestión de la antijuricidad, no es otra cosa que saber si la realización del tipo está o no amparada por una causa de justificación. Juzgar su existencia requiere de un análisis de todas y cada una de las exigencias legales a la luz de las circunstancias que rodearon al hecho, anteriores y concomitantes, de conformidad a las pruebas.

La selección de pruebas, autorizada por el ordenamiento jurídico, sólo torna arbitraria la sentencia si las mismas no han sido valoradas a la luz de las reglas de la

sana crítica racional. En síntesis, el juez es soberano en la selección de la prueba, sin perjuicio de la facultad de las partes de acudir a su revisión, en procura de subsanar el error en su valoración, tal como parece haber ocurrido en el caso.

La exigencia legal prevista en el Art. 34 inc. 6 del Código Penal, la Legítima Defensa propia, requiere como elementos objetivos la existencia de: 1). Agresión Ilegítima; 2). La Necesidad Racional Del Medio Empleado Para Impedir O Reprimir Dicha Agresión; 3) La Falta De Provocación Suficiente Por Parte Del Que Se Defiende. Asimismo, requiere como elementos subjetivos que el autor actúe con voluntad de defensa. Dichos elementos han de presentarse en un solo acto íntimamente unidos.

Asimismo sostuvo que en base a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer (Convención De Belém Do Pará). La estrategia fiscal querellante de sostener que entre la víctima y la imputada existieron violencias mutuas o cruzadas es una suerte de contraofensiva que no puede pasarse por alto. Existe el riesgo de emitir resoluciones injustas si se entiende que la violencia machista es una violencia neutra obviando su base: la existencia de una relación de poder. En efecto, la violencia de género es una problemática que presenta un carácter multidimensional estructural y que, tal como el ejercicio del poder, nunca es unidireccional, sino relacional, se entrelaza y necesita de otro/a que la tense. Este tipo de violencia presupone, por lo general, posiciones diferenciadas, asimétricas y desiguales de poder, y trasciende el ámbito privado para convertirse en una cuestión de interés público.

Dicho contexto no puede estar soslayado por el sistema de justicia, cuando el Estado Argentino ha suscrito tratados internacionales que tienen como objetivo prevenir y erradicar la violencia de género en todos, entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer –Belem do Pará– ; y cuando ha dictado la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, que se encuentra en plena armonía con los convenios internacionales.

Es desde este contexto que corresponde observar en el caso concreto, si las lesiones se encuentran acreditadas, si fueron desproporcionales, si alguna de las partes ha empleado armas, si existen antecedentes de denuncia, y cualquier otro dato que permita el tribunal afirmar que existieron o no actos de violencia ilegítima, o bien si se trató de una respuesta defensiva extrema ante una pauta de agresión continuada.

Para ello hay que despojarse del estereotipo de la mujer-víctima –la buena víctima–, sumisa que, impotente, recepta la violencia y no responde activamente al maltrato, y entender que es imposible también mantener una 'resistencia violenta' ante el uso sistémico de la violencia, sin por ello dejar de ser víctima y convertirse en victimaria”.

En el caso que nos ocupa, los antecedentes antes descriptos resultan suficientes para tener por cierto el contexto de violencia de género en que se encontraba inserta la imputada y su entorno familiar. A dichas constancias se suman los diversos testimonios rendidos en este proceso que dan cuenta de la situación de violencia que sufría la encartada, situación que incluso la obligó a trasladarse a vivir al domicilio en donde finalmente acaeció el hecho motivo de esta causa.

Razón por la cual el tribunal resuelve otorgar a la imputada el haber actuado en legítima defensa y absolver a la misma, rechazando la impugnación del Fiscal y la querrela.

#### **IV.- Antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales**

En este apartado se tomara en consideración diversas posturas que avalan el decisorio del tribunal provincial el cual entendió que en el caso había mediado la causal de justificación contemplada en el art. 34 inc. 6 del C.P, legítima defensa, para así resolver tuvo una mirada amplia bajo los parámetros que establece la perspectiva de género.

Así señalan Birgin, Faur y Bergallo:

Los tratados de derechos humanos, al adquirir jerarquía constitucional, enriquecieron el sistema de derechos de las constituciones y así principios como el de ‘no discriminación’ pasan a ser de aplicación directamente constitucional. De esta forma, queda abierta para las mujeres y sus organizaciones la vía judicial para exigir el cumplimiento de las normas previstas en las convenciones, y la posibilidad de denuncia

ante los organismos internacionales frente a actos de discriminación o ante incumplimiento de la igualdad real de oportunidades o la incorrecta aplicación de las medidas de acción positiva

En el año 1948 la Asamblea General De Las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es dicho acto reconoció la igualdad existente entre hombres y mujeres y desde entonces el Sistema De Las Naciones Unidas ha desarrollado una agenda abarcativa en torno a los derechos humanos de las mujeres. Así al suscribir la CEDAW los estados partes asumen como injusticia la disparidad de género y se comprometen a otorgar un trato igualitario a hombres y mujeres y a sancionar cualquier tipo de práctica que perpetúe esta desigualdad.

El juzgar con perspectiva de género es una obligación legal que encuentra su fundamento en el derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado Argentino ha suscripto e incorporado al ordenamiento mediante el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (art. 16 CN; art. 1, DUDH, y arts. 1.1 y 24, CADH). De ello se desprende conforme lo establece el inc. 23 del mencionado artículo que le corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en Constitución y tratados internacionales.

Es importante mencionar tal como sostiene Roa Avella, M. (2012) que:

El género ha estado ligado al sexo de los individuos, pero a diferencia de este último, que es una consecuencia de la configuración biológica, aquel es el producto social. Así, el género se ha identificado entonces con ciertas implicaciones sociales, laborales y familiares que dan a entender que aquel crea desigualdades, diferenciación de los mismos en virtud de opuestos. De esta forma, en la dinámica de las parejas, el hombre es percibido como dominante y la mujer como frágil(...)

Luego de exponer algunas posturas doctrinarias, el caso amerita realizar un análisis de los requisitos exigidos por el art. 34 inc. 6 del CP con perspectiva de género, para ello se tomara como referencia a Vega García M. (sf), quien manifiesta:

Argentina es uno de los países latinoamericanos con mayor dificultad para aplicar políticas de igualdad de género, siendo su consecuencia más

gravosa, la tasa de femicidios anuales y la cantidad de mujeres, adolescentes y niñas que se encuentran expuestas a contextos de violencia de género. Creemos que en un país, y sobre todo en un Estado de derecho que consagra en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales de igual jerarquía el derecho de igualdad ante la ley, es necesario que mediante la técnica legislativa se incorpore una modificación a la actual redacción del instituto de la legítima defensa del Código Penal de la Nación, con el objeto de incluir expresamente la perspectiva de género y evitar un uso discrecional de dicho instrumento, en contextos de desigualdad entre hombres y mujeres.

Continuando con la mencionada autora, sintetizaremos como mencione anteriormente los elementos que configuran la causa de justificación planteada en el fallo bajo análisis.

▪Agresión Ilegítima: La agresión tiene que ser humana, activa o pasiva, intencional o negligente. Desde una interpretación con perspectiva de género, dicha acción tiene que necesariamente provenir de un hombre, dado que se entiende como “violencia de género” aquella ejercida hacia la mujer basada en una relación de poder desigual en donde se privilegia a los varones sobre las mujeres. La ONU sobre Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, aprobada en 1993 utiliza el término “agresión” en relaciones de violencia de género o violencia contra las mujeres, para referirse a

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 las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada.

La ley nacional 26.485 por su parte, enumera y define los distintos tipos de violencia o agresión, entre ellas, física, psicológica, sexual, económica y simbólica.

▪Inminencia de la agresión y actualidad de la defensa: Es requisito de la legítima defensa que la agresión del riesgo deba ser actual, las relaciones violentas, es decir, en contextos de maltrato constante y reiterado, sería necesario una cierta flexibilización. Una interpretación interesante de este elemento, es aquella llevada a cabo por el Comité



de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, el cual entiende que el requisito de inminencia debe ser considerado desde una perspectiva de género, dado que lo opuesto conllevaría la negación para las mujeres de librarse de este tipo de enfrentamientos, y por ello, la violencia de género comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica.

▪Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende: cuando una mujer sufre violencia de género, difícilmente pueda provocar al hombre, debido a que se encuentra en un estado de vulnerabilidad y miedo constante, como consecuencia de las agresiones y amenazas reiteradas.

▪Racionalidad del medio empleado: En los casos en los que hay violencia de género, el medio empleado debe ser analizado en base a las circunstancias y contexto del caso concreto, ya que no siempre existe la posibilidad de elección entre un medio más grave o menos grave, sino la utilización de una única forma posible de defensa.

Desde la jurisprudencia es posible mencionar la causa “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” en la cual la CSJN, manifestó que el hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el fallecido se deriva en que Leiva se sometió a agresión ilegítima, en interpretación de la Corte no solo evita las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que colisionan con su contenido. Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Tucumán en el fallo “xxx s/Homicidio Agravado por el vínculo”, argumento que debían repensarse los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia.

#### **V.- Postura de la autora**

Luego de analizar el problema que atraviesa la causa que plantea una causal de justificación de legítima defensa, se advierte que los operadores jurídicos en su mayoría, aun se niegan a aplicar la perspectiva de género para la resolución de los conflictos en donde las mujeres son víctimas de violencia, ello sumado a que dejan de lado los estándares establecidos por las convenciones y leyes nacionales que exigen su aplicación incurriendo en pronunciamientos arbitrarios que colocan en un mayor estado de indefensión y vulneración a la mujer.

De ello se desprende, como se puntualizó en el apartado anterior la necesidad de analizar esta causa de justificación desde una mirada de género flexibilizando sus elementos y tomando para ello el contexto en el que la agresión se desarrolla.

En el caso de las mujeres, su relación con la Administración de justicia penal ha sido conflictiva, sea que acudan a los tribunales para resolver las situaciones de violencia que padecen o para responder por las imputaciones realizadas en su contra, no han encontrado en la justicia una instancia receptiva al contexto de desigualdad estructural en el cual están insertas, así resulta realizar un debate sobre la necesidad de esgrimir argumentos que, sin sustituir los logros de la teoría del delito, la complementen para alcanzar respuestas inclusivas. Para ello, la perspectiva de género ofrece herramientas que habilitan una revisión de las prácticas jurídicas y de la dogmática penal tal como las conocemos. El reto consiste en advertir las consecuencias del género en el derecho y en la justicia penal, allí donde las normas, los procedimientos y las instituciones jurídicas se presentan como neutrales tanto en sus formas teóricas como en sus aplicaciones (Heim, 2016 citado por Asensio y Di Corleto 2020).

Por ello cuando se juzga con perspectiva de género se efectivizan los derechos a la igualdad y no discriminación de las mujeres, a su vez, se asegura un adecuado acceso a la justicia a aquéllas. introducir la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas penales mediante la ponderación de características, contribuiría en la instalación de la equidad genérica en el campo jurídico-penal (Casas, citada por Azcue, 2020).

## **VI.- Conclusión**

En el presente trabajo se analizó el fallo mencionado al comienzo del presente, en el cual se aprecia la aplicación de la perspectiva de género, la cual resulta de importancia en cuestiones como la presentada, en donde el derecho penal debe tener una mira más amplia en torno al análisis de las causas de justificación.

Todo ello en atención a que no solo se debe observar o analizar el hecho tal cual el clásico pensamiento de los doctrinarios penales, sino que en el caso concreto su análisis bajo la óptica de género se debe valorar todo el contexto que llevo a la mujer a cometer el ilícito, ello significa a mi modo de ver tener una amplitud probatoria.

En síntesis se puede decir que al aplicar la perspectiva de género se elimina toda brecha existente entre hombres y mujeres, requiriendo de los operadores jurídicos una

mirada amplia que permita involucrarse con todo el contexto social que vive una persona al momento de cometer un ilícito, por ello es necesario que las leyes, sobre todo las penales, se adecuen a la nueva realidad incorporando la cuestión de género a sus normas y procedimientos.

## **VII.- Listado de referencia**

Cám. De apelaciones y control tribunal de alzada en lo penal de la Prov. Sgo. de Estero, (2020). “L. M. D. L. A. S.D homicidio calificado por haber mantenido una relación de pareja con la victima habiendo mediado circunstancias extraordinarias de atenuación E.P I., J. D. s/ condena”. (17/06/2020)”

Ley N° 26.485, (2009). “Ley de Protección Integral a las Mujeres.” (BO 14/04/2009).  
Gobierno Argentino.

Sosa M.J. (s.f) Investigar y juzgar con perspectiva de género Secretaria del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro.10 de Capital Federal  
<https://www.amfjn.org.ar/2021/04/05/investigar-y-juzgar-con-perspectiva-de-genero/>

Zorrilla D. (2010 ) Metodología jurídica Y Argumentación

Birgin, H., Faur, E. y Bergallo, P. (2003). Un marco conceptual de Derechos Humanos para la programación de UNIFEM, México, UNIFEM.  
[https://americatlatinagenera.org/wp-content/uploads/2014/04/doc\\_45\\_UNIFEM-marco-conceptual-DDHH-Birgin-03072003.doc](https://americatlatinagenera.org/wp-content/uploads/2014/04/doc_45_UNIFEM-marco-conceptual-DDHH-Birgin-03072003.doc)

Roa Avella, M. (2012). *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*. Revista de derechos humanos.

Vega García M. (sf) Legítima defensa en contextos de violencia de género.

<http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/vega.pdf>

Azcue L.(2019) Mujeres supervivientes que matan. La justicia penal marplatense en casos de mujeres que matan a sus parejas en contextos de violencia de género  
<https://derechopenalonline.com/mujeres-supervivientes-que-matan-la-justicia-penal-marplatense-en-casos-de-mujeres-que-matan-a-sus-parejas-sentimentales-en-contextos-de-violencia-de-genero/>

CSJN, (2011), “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, (01/11/2011)

TSJ de la Prov. de Tucumán, (2014) “XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo”,  
(28/04/2014)