



JUAN IGNACIO HERRMANN

DNI: 26.396.110

**EL FALLO “ L.S.B. S/RECURSO DE
CASACION INTERPUESTO POR
PARTICULAR DAMNIFICADO”
Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL
DERECHO PENAL.**



Nombre y Apellido: HERRMANN JUAN IGNACIO

Fecha de entrega: 13 de noviembre de 2022

Carrera: Abogacía

Materia: Seminario Final de Abogacía

Tema seleccionado: Cuestiones de Género

Profesor Virtual: Carlos Isidro Bustos

Sumario: I. Introducción - II. Premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal - III. Análisis de la ratio decidendi de la sentencia – IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales - V. Postura del autor - VI. Conclusión – VII. Referencia Bibliográfica

I. Introducción

La perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres.

Decidir entonces con perspectiva de género implica, para la ONU, “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles”¹.

Por ello, el derecho y la administración de justicia no pueden ser ajenos a ello, y en consecuencia, la perspectiva de género debe ser entendida como comprensiva también del derecho en general y del derecho penal en particular.

El fallo "L. S. B. S/ recurso de casación interpuesto por particular damnificado"² sentó precedente en jurisprudencia, debido a la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación de ley penal, modificando y adecuando el sistema jurídico a una igualdad empírica, transformando presupuestos sociales, culturales y la histórica desigualdad de las relaciones que generan la violencia contra la mujer.

En el mismo se resolvió que las disposiciones de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la ciudad de Lomas de Zamora quedara firme, al rechazar los recursos planteados por el damnificado y el Ministerio Público y por lo tanto decretó la absolución de la imputada en autos.

El problema que aquí se suscita es uno de determinación de la norma a aplicar, entre dos normas, una que pertenece y no se aplica y otra (normas jurídicas que no pertenecen

¹ ONU Mujeres 2016.

² L.S.B. S/RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR PARTICULAR DAMNIFICADO, Fallos 69.965 (2016); Causa N° 40496. Tribunal de Casación Penal, Pcia. de Buenos Aires.
<https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/069/192/000069192>

y son aplicables), problema que se manifiesta básicamente, en la contradicción entre la norma cuyo sustento jurídico argumentan el damnificado y el Ministerio Público, y por otro lado los que enuncian los miembros del tribunal al momento de fundamentar la absolución de la imputada.

Precisamente, lo notorio del fallo es la definición del concepto del riesgo permanente como elemento justificante de la legítima defensa de la imputada para su absolución.

II. Premisa fáctica, historia procesal y resolución del tribunal

Los hechos que dieron lugar a la causa datan de noviembre del año 2012, ocurridos en la ciudad de Lomas de Zamora. De modo que, la Sra. S.B.L. efectuó un disparo que impacto en la zona frontal del cráneo de su esposo el Sr. G.M.M, terminando con su vida. Según el testimonio de la imputada, esa noche, el Sr. G.M.M. sacó la pistola y se la ponía en la cabeza, en el ojo, en la boca, en el oído. Asimismo, gatillaba el arma en dirección a ella. Luego, según la imputada, le apuntó a la bebé desde la cama, se reía y le preguntaba si quería que “tire”. Mientras todo sucedía, sostuvo la víctima: “me pegaba cachetazos y me tiraba de los pelos y yo le pedía por favor que deje la bebé, que no le haga daño”. Luego de apuntarle con la pistola ella y al bebé por horas tirándole de los pelos, G.M.M. se dispone a irse a dormir. La mujer declara haberse acostado y tapado con la frazada, a lo cual el Sr. le arrebató la misma diciéndole que “no se la merecía”, por lo que la mujer fue a buscar otras frazadas, nuevamente el Sr. se la quita a la fuerza, luego vuelve a acostarse y es ahí donde dice S.B.L haber visto el arma entre medio de los dos en la cama, tomarla y disparar.

En consecuencia, el 9 de diciembre de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, dictó veredicto absolutorio -por mayoría- a favor de S. B. L., en relación al delito de homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego, mediante la eximente de la legítima defensa estipulada en el art. 34 inc. 6 del C.P., fundada en la violencia de género a la que S. B. L. había sido sometida por su esposo durante el matrimonio y en la noche del evento que culminó con la muerte de éste último. Evaluó a tal fin la situación de la 3 violencia de género, también aceptada por la Fiscalía, comprobando unánimemente su existencia en extrema intensidad mediante el análisis de lo expresado por la imputada y la totalidad de los testigos y profesionales.

Contra dicho pronunciamiento, el particular damnificado, interpuso recurso de casación. Hizo lo propio el Agente Fiscal del Ministerio Público Fiscal. El primero, esgrimió que a lo largo del debate no han quedado dudas, y ha sido acreditado con el grado de certeza necesario, que la imputada de autos decidió terminar con la vida de Gastón Maximiliano Márquez, de un disparo mientras dormía. Agregó que lo expresado se encuentra probado conforme los elementos incorporados por lectura, los testigos escuchados y los dichos de la imputada, quien confesó su crimen. Asimismo, expresó que la versión por ésta última brindada no puede ser corroborada, constituyéndose en meros argumentos justificativos de su accionar. Planteó que las lesiones, abusos, maltratos que S.B.L. adujo haber sufrido, no se condicen con el resultado de los análisis médicos que a ella le fueron practicados. El representante de la acción pública sostiene, por su parte, que el fallo adolece de logicidad y denota un absurdo razonamiento, una arbitraria valoración de la prueba, con violación de principios constitucionales que exigen un fallo motivado, que ha llevado a sostener erróneamente la concurrencia de la causal de justificación contemplada en el 4 art. 34 inc. 6 del C.P. De modo tal, propone se encuadre el suceso bajo el tipo previsto en el art. 80 último párrafo del C.P. y la imposición de una pena de 10 años y 8 meses de prisión. Asimismo, considera errónea la aplicación del art. 34 inc. 6º del C.P. ante la ausencia de uno de sus requisitos, agresión ilegítima actual o inminente, la que no se advierte teniendo en cuenta los propios dichos de la imputada. Sostuvo que la víctima Márquez se hallaba, cuanto menos, con sus defensas desatendidas, advirtiéndose que la agresión ya había cesado, no verificándose el requisito de “actualidad” necesario para la procedencia de la eximente.

Conforme a lo expuesto y presentados los agravios, el tribunal continuo su revisión de la sentencia impugnada, a fin de examinar si era o no arbitraria y en su caso, si corresponde o no la aplicación de la eximente dispuesta.

Así, finalmente rechaza el recurso de casación interpuesto contra lo resuelto con fecha 9 de diciembre de 2014 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora.

III. Análisis de la ratio decidendi de la sentencia

Para realizar un adecuado análisis de la ratio decidendi, se deben destacar dos cuestiones que los jueces consideraron al momento de argumentar su sentencia.

Primeramente, si corresponde aplicar la perspectiva de género de acuerdo a los establecido en la Ley N° 26.485 de Protección integral a las mujeres, por otro lado, si esta situación modifica los requisitos para desestimar o no, que la mujer haya actuado en legítima defensa.

Así, es menester destacar que el Tribunal expresó que las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22), establecen la necesidad de cambios coyunturales en las leyes y la administración de justicia.

Por ello, comienzan los magistrados una serie de argumentos doctrinarios y normativos sobre la aplicación de la perspectiva de género, donde se destaca 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 todas sus formas, de igual manera lo dispone la Ley Nacional 26.485 de Protección Integral de las Mujeres. Esgrime el Tribunal que la perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres.

Así, considera que el derecho y la administración de justicia no pueden ser ajenos a ello. En consecuencia, la aplicación de una perspectiva de género en el análisis de la normativa, persigue el fin de crear un derecho verdaderamente igualitario e inclusivo, en donde los paradigmas propios de las sociedades androcéntricas sean finalmente destruidos.

Concluyen los jueces, que, teniendo en cuenta que la cuestión debatida posee incidencia sobre una mujer que fuera víctima de violencia de género en el ámbito de su hogar conyugal, debe incorporarse la “perspectiva de género” como pauta interpretativa constitucional.

Respecto de encuadrar en caso en una causa de justificación, como la legítima defensa, los magistrados afirmaron 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 doméstica impositivas de otras opciones posibles de provocar un daño menor".

De tal modo, destaca el tribunal que el a quo no valoró lo manifestado por la imputada, en su declaración y en reiteradas entrevistas, acerca de la situación de violencia física, sexual y psicológica que sufría, y sobre la que profesionales intervinientes pudieron sostener. Destacaron los magistrados que los dichos de la inculpada encontraron respaldo en el funcionario policial, quien refirió en la audiencia de vista de causa que en la habitación en donde se encontraba el cuerpo de Márquez “había preservativos en el piso, mínimo dos usados y un par de paquetitos sin usar ” y que también “en el dormitorio había una tonfa a la que no le dedicó puntual observación” y sobre la que la imputada le manifestó era el instrumento con el que la hostigara sexualmente; todo ello en coincidencia con las manifestaciones de violencia física, psicológica y sexual que S. B. L. escribió en reiteradas oportunidades.

Por ello consideró el tribunal que ignorar la violencia de género preexistente resulta contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos, según lo dispuesto en la Convención de Belém do Pará. Así pues, frente al requisito de la agresión ilegítima, ha quedado comprobado que S. B. L. durante el matrimonio y en la noche del evento que culminara en la muerte de su marido, sufrió maltratos, vejaciones, y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua, así como también sufrió su hija –de apenas unos 45 días de edad- amenazas contra su vida. Asimismo, la doctrina penal, sostiene que al no tener ambos contendientes la misma fuerza ni socialización, debe entenderse que la actualidad de la agresión no refiere a que ésta se esté produciendo sino a que sea inminente y, por lo tanto, “las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente” (Larrauri, 2008, pág. 62).

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales:

La sentencia dictada por el Tribunal al declarar inadmisibile la impugnación deducida por el Fiscal y del particular damnificado y absolver a la mujer acusada tras concederle la causa de justificación de la legítima defensa (art. 34 inc. 6 del C.P.), resolvió el problema jurídico de relevancia, pues consideró que correspondía aplicar la normativa al caso.

En sintonía con esta resolución se pueden mencionar distintos antecedentes doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales. Respecto de la normativa, es menester hacer mención a la Constitución Nacional pues en el art. 75 inc. 22 recepto obligaciones internacionales a través de la CEDAW y la Convención de Belem do Pará. Asimismo, en el ámbito nacional, la perspectiva de género queda expresamente receptada en la Ley N° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, pues el art. 7 obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias y ratifica en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones.

En concordancia con la legislación, se pueden mencionar fallos jurisprudenciales que contemplan la aplicación de la perspectiva de género al momento de analizar los requisitos de la legítima defensa. Así, es menester hacer referencia al fallo “Leiva, M. C. s/homicidio simple”, donde la CSJN le concedió la legítima defensa a una mujer que se defendió de su marido con un destornillador, para ello, sostuvo que, en un contexto de violencia de género, al apreciar los presupuestos de la legítima defensa, los jueces deben seguir el principio de amplitud probatoria consagrado en la ley 26.485.

De igual modo, en el fallo “XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo”, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Tucumán, sostuvo que debían repensarse los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia, ya que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres.

En sintonía, se puede hacer mención a un fallo de gran relevancia, "R, C E s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006", pues en el mismo la CSJN absuelve a una mujer por considerar que actuó en legítima defensa aplicando la perspectiva de género y argumento sus sentencia a través de un documento del Comité de

Seguimiento de la Convención Belem do Pará (CEVI), en el mismo se sostiene respecto de la agresión ilegítima, que en las uniones de hecho o derecho, la violencia de género no debe concebirse como un hecho aislado, sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia -puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia- y su carácter cíclico -si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo-.

En sintonía, sostiene Villegas Diaz, citada por Di Corleto, (2017) que, aunque la agresión del marido no se esté produciendo en un determinado momento, la mujer aun así se encuentra en un estado de peligro inminente.

Retomando el análisis del CEVI, de “la necesidad racional del medio empleado”, el aludido documento señala que, desde la perspectiva de género, la aparente desproporción entre la agresión y la respuesta, puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz, y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse.

Al respecto Di Corleto (2006) refiere que este requisito invita a pensar en las capacidades de quien se defiende. A fin de evaluar si el uso de un arma por parte de una 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. Asimismo, la superioridad física de quien ataca es un factor a tener en cuenta.

Finalmente, sobre “la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”, para el CEVI interpretar que cualquier comportamiento anterior a la agresión es una "provocación" constituye un estereotipo de género.

Respecto de la doctrina, critican cuando en las resoluciones, como ocurre en el fallo en análisis, se apunta a que el aprovechamiento de la mujer de períodos en los que el maltratador está dormido o ha bajado la guardia, se interprete como alevoso o vengativo, derivándose de ello el descarte de que la mujer tuviera la intención de defenderse y, en consecuencia, el descarte de la aplicación de la legítima defensa (Roa Avella, 2012). De tal modo, el empleo de arma por parte de una mujer frente a su agresor desarmado no puede conducir automáticamente al operador jurídico a la inferencia de ánimo vindicativo en detrimento de ánimo defensivo; ello por cuanto la consideración de las

características físicas y emocionales de la mujer posiblemente nos permita concluir que el valimiento de arma es la única herramienta que permitirá a aquélla su supervivencia o, al menos, salir ilesa de la agresión masculina (Azcue, 2020). Por lo que corresponde dejar de resalto que, la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación de las normas penales, mediante la ponderación de características, necesidades y experiencias del género no considerados en la elaboración de tales normas, contribuiría en la instalación de la equidad genérica en el campo jurídico penal haciendo efectivos los derechos de igualdad y no discriminación (Casas, 2014).

V. Postura del autor

Arribando al final de la nota a fallo, donde se analizó el fallo "L. S. B. S/ RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR PARTICULAR DAMNIFICADO", y tras haber realizado un análisis de los antecedentes en la temática. Se puede concluir que la sentencia dictada por el Tribunal es acorde a la legislación, doctrina y jurisprudencia, que marca un precedente, pues se encuentra dentro de la jurisprudencia que entendió el nuevo cambio de paradigma y que las sentencias deben dictarse bajo un análisis de perspectiva de género cuando así lo requiera el contexto.

Así, quedo de manifiesto que en el derecho penal la legítima defensa como causal de justificación ha sido pensada desde la óptica del género masculino, de modo que se dificulta eximir de responsabilidad penal a la mujer que, en un contexto de violencia doméstica, da muerte a su pareja hombre. Pues, si bien se presenta una evolución en el tema, aun nos encontramos con resoluciones judiciales teñidas de estereotipos de género.

Una de las grandes cuestiones debatidas en el fallo, respecto de los requisitos de la legítima defensa que nuestra ley penal exige, fue la cuestión de la agresión ilegítima de la cual defenderse, asimismo vale recordar que el art. 34 inc.6 del CP también menciona que el medio empleado para impedir o repeler dicha agresión ilegítima sea racional y, finalmente, que quien se defiende no haya provocado suficientemente a su agresor.

Recordemos que la mujer condenada comete el hecho típico, cuando el agresor finalmente se acostó y la agresión por parte de él ya había cesado. Al respecto Azcue (2020), sostiene que la exigencia de la inminencia es difícil que esté presente, en algunas ocasiones, pues como ocurre en el fallo analizado, muchas veces “las mujeres maltratadas

que dan muerte a sus parejas debido a que, generalmente, en virtud de las disímiles características psicofísicas, deberán aprovechar que la agresión haya cesado para poder matar” (pág.2).

Entonces, es menester entender la experiencia de género, como madre y como mujer, que ha sufrido S. B. L. tras años de haber sido víctima de violencia por parte de su pareja, para de tal modo intentar comprender por qué espero a que el agresor se duerma para matarlo. Por ello es necesario capacitar a los operadores jurídicos, lo que tampoco significa que tenga que existir una norma especial sobre legítima defensa femenina o masculina, sino que “la doctrina penal tradicional, concebida por hombres e interpretada para encajar en los extremos propios de la vida masculina, debe ser extendida a los extremos propios de la vida femenina” (Ángel citado por Azuce, 2020, pág.13).

En consecuencia, la aplicación de la perspectiva de género es una necesidad y obligación, como también la capacitación de los tres poderes del Estado en la temática de género y violencia contra la mujer, para así lograr la tan ansiada igualdad de género.

VI. Conclusión

Podemos concluir entonces que el Tribunal dictó su sentencia aplicando la perspectiva de género a la interpretación de la ley penal.

En este sentido, concluyó que la cuestión debatida tenía incidencia sobre una mujer víctima de violencia de género en el ámbito de su hogar conyugal, por lo que debía incorporarse la “perspectiva de género” como pauta interpretativa del derecho.

Asimismo, entendió que la mujer había actuado en legítima defensa de sus derechos, introduciendo el concepto fundamental del riesgo permanente como parámetro determinante de la misma y así comprender el contexto de la mujer víctima de violencia de género y de la situación que ellas experimentan y atraviesan en un silencio muchas veces mortal.

De este modo, el fallo sienta un precedente jurisprudencial, trascendental a favor de la erradicación y prevención de la violencia de género.

VII. Referencia Bibliográfica

VII.I Doctrina

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.

Larrauri, E. (2008). *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*. Buenos Aires: Euro Editores.

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.

Casas, L, J. (2014). *Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa A propósito del fallo “XXX s/ homicidio agravado por el vínculo” de la Corte Suprema de Tucumán*”. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38993.pdf>

Azcue, L. (2020). *Mujeres supervivientes que matan. La justicia penal marplatense en casos de mujeres que matan a sus parejas en contextos de violencia de género*. Recuperado de [Mujeres supervivientes que matan. La justicia penal marplatense en casos de mujeres que matan a sus parejas en contextos de violencia de género – Derecho Penal Online](#)

VII.II Legislación

Ley N° 11.179, (1984). “Código penal de la Nación Argentina”. (BO 21/12/1984)

Constitución de la Nación Argentina- Boletín Oficial 23 de agosto de 1994.

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

VII.III Jurisprudencia

Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, (2016) "L. S. B. S/ RECURSO DE CASACION INTERPUESTO POR PARTICULAR DAMNIFICADO" (05/07/2016)

CSJN, (2019). "R, C E s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63.006". (29/10/2019)

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)

