



LEGÍTIMA DEFENSA Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER
¿UN CAMBIO DE ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS CLÁSICAS O
APLICACIÓN DEL INSTITUTO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?
Maximiliano Gómez y Mariela Paladino

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062
Año: 01/N°1 - Diciembre 2023
Recibido: 12/07/2023
Aprobado: 28/07/2023

LEGÍTIMA DEFENSA Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER
¿UN CAMBIO DE ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS CLÁSICAS
O APLICACIÓN DEL INSTITUTO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?

LEGITIMATE DEFENSE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN
A CHANGE IN CLASSIC DOGMATIC STRUCTURES OR APPLICATION
OF THE INSTITUTE WITH A GENDER PERSPECTIVE?

Por Maximiliano Gómez¹ y Mariela Paladino²

Instituto Universitario Vucetich, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente artículo trataremos los aspectos puntuales de aquellos casos de legítima defensa cuando se producen en un contexto de violencia de género. Para ello se abordarán los parámetros clásicos estipulados por la doctrina y la jurisprudencia, con el objetivo de establecer si en dichos supuestos se formulan mayores exigencias o se requieren modificaciones de aquellos presupuestos clásicos para la configuración del permiso. A tales fines, se muestra indispensable el desarrollo de las pautas que rigen a nivel nacional e internacional en materia de violencia contra la mujer y perspectiva de género, para efectuar un análisis sobre su recepción jurisprudencial en nuestro país y su incidencia sobre los estratos de la teoría del delito.

Palabras clave: causas de justificación, legítima defensa, violencia contra la mujer, perspectiva de género

¹ Ayudante Fiscal U.F.I nro. 7 de Moreno - General Rodríguez. Abogado con distinción de diploma de honor (UBA). Especialista en Derecho penal y en Litigio Penal (UBA). Diplomado en Sistema Penal (UNO). Profesor de la UPPL M. A en Seguridad Pública, Derecho Penal y Procesal Penal. Ayudante docente en Teoría del Delito (UBA). Profesor de IUNMA en Derecho Penal Parte Especial. Profesor de Estado y Sociedad, Política Criminal y del Seminario de gestión Policial-Judicial (IUV). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5570-4630>. Correo electrónico: mrgomez@mpba.gov.ar

² Instructora Judicial de la Fiscalía General de San Martín. Especialista en Derecho Penal y maestranda de la Fac. de Derecho (UBA). Docente titular de las asignaturas Derecho Penal I y II de la Universidad Maimónides. Ayudante docente en Teoría del delito y en Criminología de la Facultad de Derecho (UBA). Profesora (IUV). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1277-8807>. Correo electrónico: mapaladino@mpba.gov.ar

Abstract: In this article we will discuss the specific aspects of those cases of self-defense when they take place within a context of gender-based violence. To do this, the classic parameters stipulated by doctrine and jurisprudence will be addressed, aiming at establishing whether in these cases greater demands are formulated or modifications of those classic assumptions are required for the configuration of the permit. To this purpose, it is essential to develop the guidelines that govern nationally and internationally regarding violence against women and the gender perspective, to carry out an analysis of its jurisprudential reception in our country and its impact on the strata of society of the theory of crime.

Keywords: justification causes, legitimate defense, violence against women, gender perspective

I - INTRODUCCIÓN

Intentaremos, a lo largo del presente, hacer un abordaje de una clásica categoría de la dogmática: la legítima defensa.

Tras un breve repaso de su fundamento y requisitos, pretendemos efectuar un análisis de dicha causal de justificación desde una perspectiva de género, a la luz de los estándares internacionales y nacionales vigentes en materia de violencia intradoméstica contra la mujer.

Esto requerirá de una mirada crítica respecto a las antiguas interpretaciones sobre los requisitos de esta causa de justificación en el específico universo de supuestos de violencia de género. Ello con el objeto de determinar si las pautas clásicas sentadas al respecto requieren efectivamente de una modificación o, en caso contrario, tan sólo exigen la contemplación de las particularidades que rodean a los casos de mención.

II - FUNDAMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa es uno de los permisos que operan a nivel de la antijuridicidad de más amplio alcance, en lo que a la afectación de bienes jurídicos ajenos respecta. Esto responde a que, pese a que su interpretación debe ser de índole restrictiva como en cualquier otra causa de justificación, se asienta sobre dos principios básicos que la fundamentan: la protección individual y el prevalecimiento del derecho.

El primero de ellos, también denominado principio de defensa o de autotutela, viene de la lógica de que resulta materialmente imposible la presencia y protección constante de la integridad y derechos de cada uno de los individuos de la sociedad por parte del Estado; en consecuencia, resulta lógico que habilite a los ciudadanos a ejercer acciones tendientes a su autoprotección cuando el cumplimiento de dicha función de parte de las autoridades se torna imposible, siempre de acuerdo a ciertos re-

quisitos que restrinjan la posibilidad de abusar o extralimitarse en tal derecho (De La Fuente, 2021, p. 61). Por ello, frente a una agresión a bienes jurídicos individuales es posible ejercer la defensa para su protección.

En cuanto al principio de prevalecimiento del derecho, tiene como norte consagrarse la vigencia de las normas por sobre la realización de un injusto, lo cual constituye para el ordenamiento en su conjunto un valor de acción (Luzón Peña, 2019, pp. 106-107).

Dado que la colisión de bienes jurídicos puede atribuirse a la acción del agresor, sus costes han de ser a él adjudicados con independencia de la relación valorativa de bienes jurídicos. Por tanto, una defensa necesaria se encontrará justificada, aunque el bien jurídico del agresor afectado por la acción defensiva sea de mayor entidad que aquel amenazado por el ataque (Frister, 2016, pp. 270-271). Resulta conveniente entonces, aclarar que la ponderación de bienes no resulta un elemento propio de la legítima defensa, en tanto no constituye una razón fundante de este instituto el valor en el sacrificio de un bien jurídico en pos de la salvación de uno de mayor relevancia (característica propia del estado de necesidad justificante). Dado que, entonces, lo permitido es repeler, no pueden ser consideradas (y por tanto, tampoco exigibles) acciones como huir o esquivar, aun cuando ellas garanticen la seguridad del agredido (Roxin, 1997, pp. 608-609).

III - REQUISITOS CLÁSICOS

En razón de los parámetros expuestos en el acápite anterior, es que los clásicos elementos de la legítima defensa son la existencia de una agresión humana ilegítima, actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado para repeler tal agresión y su falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Ello se encuentra así normado en el artículo 34 inc. 6 del CP.

Para ser ilegítima, la agresión debe constituir un injusto penal, esto es, una acción típica y antijurídica por parte del agresor (Donna, 2014, p. 173). La agresión no es otra cosa que una amenaza a un bien jurídico por una conducta humana, en tanto sea antijurídica³.

Aunado a ello, tal agresión debe ser inminente o actual. Al respecto, existe acuerdo general en la doctrina en que la actualidad comprende todo el tramo ejecutivo de dicha conducta. Si bien es claro que luego del comienzo de ejecución dicho requisito se encuentra presente, se discute si tras la formal consumación de la agresión es todavía posible la defensa. Por demás, la noción “inminente” permite repeler el ataque aún instantes antes de su comienzo de ejecución, pero se discuten todavía precisiones respecto a su delimitación correcta.

³ Esto significa que, si el supuesto agresor se encuentra amparado en una causa de justificación, no es posible ejercer un acto de defensa justificado para repeler tal conducta.

En este sentido, Roxin (1997) sostiene que “inminente” sólo puede incluir, junto a la tentativa, aquellos actos preparatorios inmediatamente previos a esa fase bajo la fórmula “disponerse inmediatamente a la agresión”. Como así también, que cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que continúa, si no se encuentra aún agotada aunque sí formalmente consumada, como ser en los delitos permanentes (Donna, 2014, pp. 618-621).

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado, su valoración no se relaciona con la proporcionalidad entre agresión y respuesta (aunque si ello pueda ser ponderado en casos extremos como límite a esta causa de justificación), sino con todas aquellas circunstancias concretas que han rodeado el caso. Por ello, resultará indispensable ponderar la fuerza y peligrosidad del agresor, los medios de ataque utilizados y las posibilidades de defensa del afectado, correspondiéndole a quien se defiende la elección de la respuesta menos lesiva posible entre aquellos disponibles (Stratenwerth, 2005, p. 233).

Más aún, se deben ponderar las posibles opciones y el riesgo que llevan consigo cada una de ellas. Si quien se defiende cuenta con la posibilidad de llevar a cabo una acción defensiva segura, debe todavía escoger el medio menos lesivo, siempre y cuando no deba renunciar a la efectividad de la defensa (Roxin, 1997, p. 629). Por ende, cuando dichas alternativas pudiesen significar un riesgo para el agredido, este sí podrá acudir directamente al empleo del modo más peligroso o potencialmente lesivo (Donna, 2014, p. 204).

La proporcionalidad no es un parámetro a considerar en términos de la necesidad, pero sí un límite incluido bajo el concepto de racionalidad, sólo a los fines de contemplar casos extremos en los que la aplicación de dicho permiso se tornaría más bien propio del abuso de un derecho (Roxin, 1997, p. 632; Jescheck y Weigend, 2014, p. 508).

El instituto en tanto requiere la falta de provocación suficiente. Sería también, un abuso del derecho justificar la conducta de quien se defiende de una agresión por él mismo provocada, siempre y cuando dicha provocación sea intencional y revista cierta entidad.

IV - LA LEGÍTIMA DEFENSA ENTRE GARANTES EN LA DOGMÁTICA

Los supuestos de casos que motivaran el presente trabajo, son generalmente, consecuencia de agresiones entre quienes integran relaciones de pareja o matrimonios y, por ende, enmarcadas dentro de relaciones de garantía⁴.

⁴ Ello encuentra respaldo normativo tanto en la prescripción del art. 431 CCCN, respecto a las pautas de convivencia, cooperación y deber de asistencia mutua entre cónyuges, como en el art. 519 CCCN respecto a convivientes.

A este respecto, cabe destacar que el principio de prevalecimiento del derecho parecería adquirir una menor relevancia, toda vez que las personas cuyas acciones van a ser materia de evaluación penal se encuentran obligadas a velar por la integridad del otro y a evitar dañarse entre sí. El prevalecimiento del derecho, entonces, retrocede ante el deber de consideración humana por solidaridad de los implicados.

Así lo ha sostenido Roxin, indicando que allí donde los intervenientes están recíprocamente obligados conforme las reglas de la omisión que fundan la posición de garante, en caso de agresiones de uno contra otro el agredido podrá defenderse, pero no ya bajo la vigencia del principio de prevalecimiento del derecho en contraste con la relación de solidaridad existente entre los implicados (Roxin, 1997, p. 651).

Si un/a integrante de la pareja agrede o intenta agredir al otro/a, quien resulte agredido conserva el derecho de defensa. Sin embargo, conforme la tradicional doctrina alemana, como la posición de garante aún no ha sido anulada por la acción incorrecta, la conjunción entre derecho de defensa y deber de protección ha de repercutir en una limitación de la legítima defensa. En consecuencia, el agredido no puede sin más matar o lesionar gravemente a su pareja, aunque sólo pueda de esa manera evitar un golpe, sino que tiene que esquivar o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir daños leves.

Sin perjuicio de lo expuesto, dicha restricción sólo rige si la modalidad de la agresión no anula los deberes de solidaridad del agredido. En primer lugar, nadie tiene por qué correr el riesgo de sufrir lesiones de gravedad y, en segundo término, ninguna persona tiene por qué soportar malos tratos continuos, incluso cuando fuesen leves. En palabras de Roxin:

Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido, ya no le debe solidaridad de la que él mismo se ha liberado hace tiempo, por eso puede hacerle frente con un arma de fuego sino puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse. (1997, p. 652)

De la Fuente entiende, a este respecto, que los deberes de garantía en términos de protección o solidaridad deben ceder, como en cualquier otro supuesto de legítima defensa, en tanto ha de recaer sobre el agresor el costo generado por la acción necesaria al repeler el ataque (De la Fuente, 2021, p. 65).

Por su parte, Otto ha abordado particularmente las restricciones a la aplicación del permiso en casos de relaciones especiales de comunidad, alegando que en casos de actos de violencia de una parte contra la otra, la reducción de la protección jurídica del agredido no puede fundarse sobre la base de esa relación, ni en la posición de garante del agredido, cuando el agresor ha lesionado de manera manifiesta sus deberes de protección (Otto, 2017, p. 196).

Sin embargo, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH) ha exigido mayores requisitos a la defensa requerida cuando se trata de personas del mismo círculo de vi-

da y la defensa pueda suponer la muerte del agresor. En ese sentido, en un caso en que la mujer mató a su marido mediante golpes en la cabeza con un paraguas al momento en que se defendía, consideró que dicha defensa no era necesaria porque el esposo no había utilizado armas y los esposos en el fondo “no se sentían enemigos”, por lo cual la acusada no podía elegir un medio defensivo posiblemente mortal, aunque otro medio menos lesivo no permitiera esperar con seguridad la eliminación del peligro. A contrario, Roxin ha sostenido que ni siquiera el matrimonio fundamenta sin más una posición de garante a tal extremo de restringir el derecho a la legítima defensa y que tampoco constituye una licencia para cometer malos tratos, pero no se puede equiparar el exceso de un cónyuge con el asalto de un extraño, siendo que sólo en casos de malos tratos continuos o amenaza de daños graves cederá la solidaridad recíproca (Roxin, 1997, p. 654).

V - LEGÍTIMA DEFENSA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Si bien tiempo atrás podían hallarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico normas que resultaban palmariamente discriminatorias respecto a la mujer⁵, un proceso de concientización sociocultural permitió su eliminación paulatina en pos de llegar al ideal de un sistema sin diferenciaciones en razón de la pertenencia de género.

No obstante, ello no significa que no exista aún discriminación, sino que resulta indispensable detectar aquellas diferencias que todavía se encuentran en el ordenamiento, en sus operadores o en la aplicación de las normas, y que se expresan de modo más sutil.

Entendemos, a este respecto, destacables las observaciones efectuadas por Elena Larrauri en su trabajo “Género y Derecho Penal” en el cual expresa que, si bien las normas parecen igualitarias, se encuentran dotadas de un contenido desigual. Ello no necesariamente ha de responder a su lisa y llana aplicación desigual, sino usualmente porque los requisitos de interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto (Larrauri, 2002, p. 1).

En lo que hace a los supuestos de las mujeres víctimas de maltrato que matan a sus maridos o parejas, se destaca la resistencia a la aplicación de la legítima defensa. En general, ante la pretendida ausencia de una actualidad de la agresión, pero también en muchas ocasiones bajo el argumento de que la mujer tenía otra alternativa, como retirarse del lugar o realizar la denuncia.

Esto responde, en palabras de Larrauri, a que dicho instituto ha sido pensado por

⁵ Baste recordar, sólo a modo de ejemplo, el reconocido caso del adulterio contemplado en el antiguo artículo 118 del Código Penal (derogado por Ley 24.453), que establecía textualmente parámetros diferentes para la configuración del tipo penal según el autor fuese el hombre o la mujer, presentando más requisitos para su comisión en el caso del primero.

hombres teniendo en miras un contexto de ataque de parte de tercero, de un extraño. Por ello, su aplicación parecería imposible en función a la pretensa valoración “neutral” de aquellos requisitos ya analizados.

Ante este panorama, es que resulta indispensable la ponderación de todos los casos e institutos que deban ser objeto de valoración por parte de un magistrado, bajo la normativa internacional y nacional que consagra la perspectiva de género.

Esta perspectiva no constituye una ideología sino una visión que evita los sesgos propios del paradigma del ser único “neutral y universal” (basado en la idea de hombre blanco, heterosexual, adulto, sin discapacidad, no indígena), sin contemplar la jerarquía que de él se desprende y los roles que a cada género se atribuyen como consecuencia. Esto no implica recaer en un sesgo opuesto (visión gynocéntrica), sino exigir un enfoque que garantice la inclusión de todos los géneros y contemple las relaciones de poder asimétricas que existen entre ellos.

Dicha perspectiva, resulta de obligatoria aplicación en nuestro Estado en virtud de los dos instrumentos internacionales específicos en materia de derechos de la mujer: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida también por sus siglas en inglés, CEDAW, del año 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará de 1994).

La perspectiva de género como una herramienta necesaria e indispensable para garantizar una igualdad sustantiva entre todas las personas no sólo ha sido destacada por el Comité de monitoreo de la CEDAW⁶, sino también por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI o CEVI). Otro instrumento destacable, a este respecto, es el informe “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷. En igual sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos antecedentes de avanzada en la materia⁸.

⁶ Ello en múltiples recomendaciones generales de sumo interés en la materia, entre las que se pueden resaltar las nro. 12 y 19 (sobre el reconocimiento de la violencia como una forma de discriminación, 1992), la nro. 25 (sobre igualdad sustantiva), 28 (sobre género y sexo, discriminación directa e indirecta, múltiples formas de discriminación, debida diligencia y prevención), 33 (acceso a la justicia), etc.

⁷ Como producto de dicha CIDH, cabe también hacer mención del Informe 54/01 (caso María da Penha Maia Fernández), del informe del 2011 producido a raíz del caso “Jessiva Lenahan vs. EE.UU” o del Informe 04/01 (María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala).

⁸ Si bien su análisis excede el presente trabajo, vale la pena aquí sólo mencionar los reconocidos fallos “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” (2006), “González y otras (Campo Algodonero) vs. México” (2009), “Fernández Ortega y otro vs. México” (2010), “Rosendo Cantú y otra vs. México” (2010), “Atala Riff y niñas vs. Chile” (2012) “González Lluy y otros vs. Ecuador” (2015), “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala” (2017), entre otros.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, cabe hacer hincapié en la 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.

VI - REEVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el ejercicio de sus funciones de control, han llamado especial atención al Comité de Expertas del MESECVI los casos de mujeres que han terminado con la vida o han provocado una lesión a sus atacantes al ser víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales. La existencia de problemas estructurales en el acceso a la justicia para las mujeres en la región, ha causado que muchas de ellas sean procesadas penalmente por el delito de homicidio o de lesiones.

A raíz de ello, y ante la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la valoración de dicho grupo de casos, es que el MESECVI ha emitido la Recomendación General nro. 1 sobre Legítima defensa y violencia contra las mujeres⁹, donde analiza las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte de la Convención, con el objetivo de asegurar el acceso de las mujeres a la argumentación de la legítima defensa en aquellos casos en los que se presente como respuesta a la situación de violencia vivida. Esto no es otra cosa que proponer una evaluación de los elementos o requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género.

En primer lugar, conforme surge de la Convención de Belém do Pará, la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos pues limita, de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres.

En similar sentido, el art. 4 de nuestra ley 26.485 define a la violencia contra las mujeres como “toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, 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, participación política, como así también su seguridad personal”. En consecuencia, podemos afirmar que la violencia contra la mujer constituye sin lugar a dudas una agresión ilegítima.

Pues bien, nos encontramos entonces en la necesidad de efectuar algunas valoraciones en lo que respecta a la inminencia o actualidad de dicha agresión. La recomendación del MESECVI expresa que, ante la necesidad de definir si la agresión es lo suficientemente próxima como para autorizar una respuesta, será de este carácter cuando no se pueda hacer esperar. Esto implica una ponderación con perspectiva de géne-

⁹ Comité de Expertas del MESECVI, (2018). Recomendación General nro. 1. Legítima defensa y violencia contra las mujeres. En <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>

ro del requisito en cuestión, otra solución conllevaría la negación para las mujeres de librarse de este tipo de enfrentamientos.

Sin embargo, no resulta una interpretación arbitraria, pues cabe recordar que la violencia de género no se ejerce de igual manera que cualquier otra (como sería la de un ataque por parte de un extraño). Se trata de hechos que no pueden ser valorados en forma aislada y sobre los cuales ha de contemplarse su intrínseco carácter continuo. Subsiguientemente, corresponde destacar dos características de especial importancia al respecto.

En primer lugar, la continuidad de la violencia. La conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia. Ergo, la mujer víctima padece temor, preocupación y tensión en forma constante, lo que causa que continuamente esté esperando una posible agresión. Por eso, la inminencia debe ser comprendida más allá del momento exacto en que se produce el ataque del agresor, pues no puede aislarse temporalmente dicho suceso del contexto sostenido en el tiempo en el cual se ha enmarcado.

En segundo lugar, debe considerarse el carácter cíclico de este tipo de violencia, en virtud del cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente en dicho contexto muy posiblemente vuelvan a serlo. La violencia contra la mujer genera ciclos de maltrato continuado a través de múltiples repeticiones de fases de violencia, que causan en la mujer un proceso patológico de adaptación, lo que las lleva a una situación personal de indefensión. Por ende, la mujer que se encuentra inmersa en una situación de violencia no es golpeada en todo momento, sino que la violencia se da en fases que se reiteran y perpetúan (acumulación de tensión, episodios agudos de agresión, reconciliación o luna de miel), lo que ayuda a explicar por qué las víctimas continúan inmersas en dicha situación.

En este caso, al establecerse un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la puede lesionar seriamente o matar.

En razón de ello, el MESECVI considera que efectivamente existe inminencia permanente en contextos de violencia contra las mujeres. No es necesario que el atentado contra la persona se esté produciendo en ese específico instante para que la víctima pueda ejercer su derecho a defenderse. Ese peligro inminente es suficiente para que haga uso del medio más apropiado para evitarlo, sin necesidad de obligar a la víctima a esperar aquel momento en el cual probablemente sea demasiado tarde y ya no pueda oponer defensa¹⁰.

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, el Comité de Expertas sostiene que en los casos en los que mujeres víctimas de violencia argumenten legítima defensa, los tribunales deben asumir la perspectiva de género también en el análisis de las alternativas con las que contaban.

¹⁰ Comité de Expertas del MESECVI, 2018, pp. 7 - 10.

La racionalidad, entonces, debe interpretarse junto al contexto de violencia permanente y continuado que padece la víctima. Es decir que cuando se produce violencia en un vínculo matrimonial o de pareja, que conlleva como dijimos la solidaridad entre sus integrantes, deja de existir dicho deber entre ellos (posición de garantía), de manera tal que la mujer no está obligada a soportar malos tratos ni a abandonar el hogar en lugar de defenderse.

Desde esta óptica, la necesidad racional no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia en dichas circunstancias.

La aparente desproporción puede, a la postre, obedecer al miedo de la mujer a la falta de eficacia del medio empleado en su defensa, de manera tal que se encuentre expuesta a que el agresor se recupere rápidamente y descargue su ira contra ella. Por ello, se enfatiza la relación entre la defensa empleada y los medios con los que las mujeres en estos casos disponen para defenderse.

También debe considerarse la desproporción (en general las mujeres se encuentran en una situación de desventaja física frente a su pareja), la socialización de género (que hace que muchas veces las mujeres no estén entrenadas para responder a agresiones físicas con medios equivalentes o la falta de entrenamiento para el manejo de armas) así como la dinámica propia del ciclo de violencia, en el marco del cual las mujeres se encuentran desprovistas de herramientas emocionales para reaccionar de acuerdo al estándar masculino propuesto por la dogmática tradicional.

En cuanto al instrumento utilizado, recuerda que la ley no requiere proporcionalidad sino tan sólo la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión. Por eso, la defensa no puede ser calificada como irracional si la superioridad física del agresor le impide a la mujer víctima utilizar un medio equivalente para defenderse.

Al momento de juzgar, el análisis debe efectuarse desde una perspectiva *ex ante*. Esto es, colocándose en la situación de quien se defiende y en el momento del hecho¹¹.

Por último, el MESECVI ha encontrado que el requisito de falta de provocación ha sido usualmente aplicado o interpretado de forma errónea. La carencia de perspectiva de género ha motivado la creación de estereotipos tales como el de la “mujer provocadora”, la idea de que ella quiere consentir o el llamado débito conyugal en casos de violencia sexual. Asimismo, se han justificado agresiones físicas u otras formas de violencia ante supuestas provocaciones de parte la víctima (por generar celos, vestirse de determinada forma, frecuentar ciertos lugares o amistades, etc.).

Sostener que es el comportamiento de la mujer el que origina la agresión ilegítima desnaturaliza la legítima defensa y refuerza estereotipos negativos de género, ignorando los lineamientos establecidos en la Convención de Belém do Pará.

¹¹ Comité de Expertas del MESECVI, 2018, pp. 10 - 14.

La consideración de que las mujeres que responden ante un hecho de violencia lo hacen por motivos distintos que la necesidad de defenderse, o que cualquier comportamiento anterior a la agresión ha sido una provocación, es una expresión de aquel estereotipo que reacciona contra las mujeres que no aceptan pasivamente la violencia, y refuerza los estándares patriarcales.

Por todo ello, juzgar con perspectiva de género implica ser conscientes de la existencia de los estereotipos de género y de la obligación de erradicarlos. Al respecto, la Recomendación General nro. 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, apunta la necesidad de una sensibilización de género de jueces y demás profesionales responsables de la aplicación de la ley¹².

En suma, la comprensión de que la violencia contra la mujer es estructural y que sus víctimas no deben ser responsabilizadas bajo ninguna circunstancia, ha de impedir juzgar las circunstancias evaluadas como provocación suficiente.

VII - RECEPCIÓN DE LOS POSTULADOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

En primer término, nos gustaría traer a estudio el fallo “Leiva”, dictado en 2011 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³, en el cual se evalúan los requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género.

En este caso paradigmático, una mujer disparó con un arma de fuego contra su marido occasionándole la muerte, en el contexto de una relación de sostenida violencia en su contra. Como argumentos incriminantes, se manifestó que debía descartarse la legítima defensa, toda vez que aun si se considerase que existía una agresión ilegítima contra la imputada, esta se sometía a ella con el objetivo de seguir residiendo en el mismo domicilio que su pareja.

Respecto al requisito de racionalidad del medio empleado, la parte acusadora mantuvo que la imputada contaba con múltiples alternativas antes que la agresión con el arma de fuego, entre las cuales se propusieron el denunciar, huir con su hija o separarse. No obstante, la Corte adhiere a los argumentos del procurador quien sostuvo que estas alternativas únicamente existen en el reino de lo ideal, puesto que la realidad constatada en las estadísticas es evidencia de lo opuesto, demostrando la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica.

Asimismo, se dejó sentado que sugerencias tales como declarar que la mera permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso (asignándole un carácter voluntario) resulta un sometimiento libre a una hipotética agresión ilegítima, colisiona con el contenido de los instrumentos internacionales y normas internas sobre la materia.

¹² Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General nro. 1, pp. 14-17.

¹³ CSJN.L. 421. XLIV, “Leiva, María Cecilia s/homicidio simple”, 1/11/2011.

Resulta este un fallo de relevancia, en cuanto también ha concedido la amplitud probatoria que otorga el artículo 16, inciso i), de la Ley 26.485, contemplando la usual ausencia de testigos en casos de violencia doméstica.

En el fallo “R.C.E.” del 2019¹⁴, es decir tras la ya detallada recomendación del MESECVI, la CSJN en consonancia con lo dictaminado por el Procurador revocó lo resuelto por el tribunal a quo en cuanto argumentaba que quien alegara legítima defensa debía demostrar la concurrencia de sus extremos, argumentando que la causal de justificación en cuestión no se presume *iuris tantum*, ni surgía en forma clara y evidente de la prueba su concurrencia.

Para arribar a su resolución, se efectuó un *racconto* de los precedentes de la Corte IDH en la materia, en tanto la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género. Se fundamentó, en concordancia con lo recomendado por el MESECVI, que la persistencia de estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento. En conclusión, la CSJN realizó una interpretación de los sucesos del caso en estudio a partir de la aplicación de los parámetros estipulados con perspectiva de género y contemplando las particularidades del contexto en que los eventos se desarrollaron para, finalmente, dar lugar a la aplicación de la causa de justificación en cuestión.

Por el mismo camino, en el fallo Córdoba y Naiaretti la Sala I de la Cámara de Apelaciones de San Martín¹⁵ especificó que en casos como el aquí estudiado no corresponde la aplicación del instituto de estado de necesidad sino el de legítima defensa, pues bien, se había acreditado en los hechos del caso la situación de violencia de género y familiar que padecían las imputadas, entre las que se hace mención a la amenaza constante de sufrir un mal grave y la vivencia al menos subjetiva del riesgo certero de muerte.

Además, emerge del precedente citado que la circunstancia de que la víctima se encontrara durmiendo obedeció al ya mencionado círculo de la violencia, pues, es la única situación que les disminuye la sensación de temor y les da valor para creer que tendrán éxito en su tarea, máxime teniendo en consideración la débil contextura física de una de las imputadas.

Por último, entendemos de interés para el abordaje de la temática en trato, el fallo “Secreto, Mafalda Beatriz” emitido en el año 2022 por el Tribunal en lo Criminal nro. 1 de Pergamino¹⁶. En el mismo, tras detallar la normativa nacional e internacional apli-

¹⁴ CSJN. 733/2018/CS1, R.C.E.s/recurso extraordinario, 29/10/2019.

¹⁵ Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín, Sala I, causa 27.306, “Naiaretti y otra s/homicidio”, 20/10/202.

¹⁶ TOC nro. 1 de Pergamino, causa nro. 744/2020, “Secreto, Mafalda s/homicidio calificado”, 16/6/22.

cable, se efectuó una valoración tanto de los hechos como de la prueba con perspectiva de género. Ello implicó haber tomado como punto de partida que existen relaciones asimétricas de poder entre varones y mujeres que obligan rigurosamente a considerar dicho contexto a fin de establecer cómo deben interpretarse y probar los permisos legales otorgados a una mujer para defenderse de la violencia ejercida por su pareja.

En tal sentido, se sostuvo la existencia de un cambio de paradigma o prisma con el que se deben valorar los hechos e interpretar la ley, erradicando de todo razonamiento la aplicación de estereotipos para comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los mismos estándares tradicionalmente.

Por demás, resulta destacable aquí que los magistrados expresaron que la teoría del delito, construida como dispositivo racional, objetivo y justo de aplicación de la ley penal, debe repensarse a fin de evitar que se erija como legitimadora de un poder punitivo desigual y discriminatorio contra las mujeres.

Se afirmó, en coincidencia con Larrauri, que si hay una institución en el Derecho Penal que puede resultar discriminatoria para las mujeres en caso de aplicarse de forma rígida es precisamente la legítima defensa, porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación hombre/hombre, agregando que cuando el enfrentamiento es hombre/mujer, en torno a la diferencia de fuerza y tamaño requiere para su interpretación y aplicación la perspectiva de género.

En razón de ello, se sostuvo que las agresiones constantes y reiteradas que sufría la imputada generaban un peligro latente para sus bienes jurídicos por su sistematicidad. A la vez, esa reiteración puso su vida en peligro, pues cualquier exceso del agresor en su realización podía terminar con su muerte. Este peligro potenciado construyó una agresión continua, por lo cual la acción defensiva podía ejercerse en cualquier momento ya que las mismas deben considerarse como agresiones actuales.

Se dejó sentado, por demás, que la violencia ejercida por el hombre tenía la característica de la permanencia, y que entender el requisito de la agresión de una manera temporal o con exigencias de contemporaneidad con el hecho implicaría negarle a la mujer la posibilidad de salir airosa en este tipo de enfrentamientos.

En relación al requisito de necesidad racional del medio empleado, se sostuvo que evaluar la situación bajo los parámetros que la doctrina tradicional examina con los requisitos necesidad y proporcionalidad/desproporcionalidad, en una lógica similar a la de un combate entre dos personas con fuerza y tamaño similar, sin hacer distingo alguno, en el caso de una mujer maltratada de manera constante y en aumento, generaría una clara e inaceptable aplicación desigual de la ley.

En función de lo colegido, se sostuvo que no era posible exigirle a la acusada utilizar la advertencia o la disuasión, puesto que ello hubiera desencadenado una reacción más violenta o quizás su muerte, por lo tanto, el medio empleado en ese caso, el arma de fuego, fue el más seguro, aun siendo el más grave.

Además, establecieron que los parámetros internacionales, exigen su aplicación e incorporación en nuestro sistema a fin de evitar incurrir en responsabilidad estatal, así como un cercano seguimiento en la interpretación que aquellas pautas que efectúan los comités específicos, así como la propia Corte IDH.

VIII - CONCLUSIÓN

Si bien el presente resulta no más que un análisis sucinto de la problemática específica que representan los casos de mujeres víctimas de violencia devenidas en victimarias al defenderse de su agresor, entendemos relevante destacar que actualmente nos encontramos en un proceso de progreso en materia de reconocimiento de los derechos de la mujer y, en ese contexto, de apreciación de todas las particularidades del caso a partir de una perspectiva que contemple el contexto en que se desarrollan.

Esto no implica que no se encuentren pendientes avances en numerosos aspectos, como ser en materia de valoración probatoria, de atención primaria a víctimas, en el establecimiento de redes de ayuda y contención que permitan evitar los casos extremos que suelen desembocar en los supuestos aquí tratados, entre tantos otros tópicos atrasados aún en materia de derechos de la mujer. Sin embargo, entendemos relevante valorar que para la correcta evaluación de los supuestos de legítima defensa en casos de violencia doméstica contra la mujer no resultan necesarias pautas especiales ni correcciones a los parámetros clásicos analizados en el presente. Tanto el documento del Comité de Expertas del MESECVI como los casos jurisprudenciales aquí analizados así lo demuestran, puesto que dan cuenta de que no se requiere de interpretaciones forzadas ni requisitos especiales que desvirtúen la naturaleza de esta causa de justificación.

Así pues, partiendo de una visión que, con sentido común, contemple las características propias de la violencia ejercida en tales contextos (y no desde un pretenso tamiz neutral que sólo considere aquel paradigmático caso del agresor extraño), es posible arribar a soluciones lógicas y coherentes al tiempo que respetuosas de los estándares establecidos internacional y nacionalmente, derribando estereotipos y pautas discriminatorias que no tienen en cuenta la perspectiva de quien no es otra cosa que la parte vulnerable en situación de desventaja y sometimiento constante, sin posibilidad de escapar por sus propios medios del contexto de violencia en que se encuentra inmersa.

REFERENCIAS

- DE LA FUENTE, J. (2021). Legítima defensa en contextos de violencia doméstica. En J. De la Fuente y G. Cardinali. *Género y derecho penal*. Rubinzel-Culzoni.

- DONNA, E. A. (2014). *Derecho Penal, Parte General. Tomo III*. Rubinzal-Culzoni.
- FRISTER, H. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Hammurabi.
- HOPP, C. M. (2012). Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias. En L. G. Pitlevnik. (Dir.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (Vol. 13, pp. 43-78). Hammurabi.
- JESCHECK, H. H. Y WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Instituto Pacífico.
- LARRAURI, E. (2002). *Género y derecho penal*. <https://accesoalajusticia.poder-judicial.go.cr/index.php/privadas-de-libertad?downloaden=1457:elena-larrauri-genero-y-derecho-penal>
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2018). *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF.
- OTTO, H. (2017). *Manual de Derecho Penal, Teoría general del Derecho Penal*. Atelier.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas.
- STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General I: El hecho punible*. Hammurabi.