

El derecho de defensa de la víctima mediando violencia de género

Miguel Mario Flores¹

SUMARIO: I.- Introducción a la temática; II.- Legítima defensa: requisitos; III.- Encuadre de provocación suficiente y agresión ilegítima: Deslinde conceptual de la agresión ilegítima; IV.- Limitación a la legítima defensa en los supuestos de Violencia de Género; V.- Debido procedimiento o debida diligencia en los casos de violencia de género; VI.- Cuestiones sobre la compulsión de pruebas en la legítima defensa en los casos de violencia de género; VII.- Modificación en curso del art. 34 inc. 6 del Código Penal Argentino; VIII.- Conclusiones.

RESUMEN: La violencia de género es un flagelo sin fronteras, que se asocia a múltiples factores y que vulnera los derechos humanos básicos, con un desencadenante mucho más trágico como la vida de una persona. La reacción adecuada del Estado en pos de la protección de esos derechos resulta en muchos casos tardía y la consecuencia lleva a ese resultado trágico. Las motivaciones de la violencia de género consisten en una opresión sistemática que discrimina a las

¹Master en Derecho Penal de la Universidad Austral (acuerdo con la Universidad de Pompeu Fabra (Barcelona-España). Diplomatura en Criminología de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino con acuerdo de la Universidad de Ávila (España). Especialización en Justicia Constitucional y Derechos Humanos del Centro de Capacitación de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en acuerdo con la Universidad de Bologna (Italia). Orientación en Derecho Constitucional y Proceso Constitucional (Alma Mater Studiorum-Università Di Bologna-Dipartimento Di Scienze Giudice Master in Giustizia Costituzionale e Diritti Umani). Autor de “La Probation Profundización de un Mecanismo Alternativo de Solución Punitiva”. Disertante en las “Jornadas Internacional Direitos y Garantías en el Seculo XXI. Universidad Federal Do Santa Catarina Estado de Brasil. Primera mención en la conferencia “Resolução Administrativa e Título Executivo Da Pena. Apelação sanção disciplinar de recluso”. Universidad de Santa Catarina-Estado de Brasil.

personas por su género y valoriza a los varones por arriba de los demás sujetos. Así, algunos varones se consideran con derecho a disponer en forma violenta del cuerpo y la vida de las mujeres como si fueran de su propiedad, por ende la respuesta a ese sometimiento es tan cruenta como la motivación que la dio origen. En este contexto la violencia doméstica suele asumir forma de brutalidad física, y las consecuencias son el sufrimiento psicofísico y mental e incluso la muerte de la mujer; así se comprende que las mujeres víctimas de violencia temen por su vida; y que a su vez ésta se vuelva una de las principales causas de muerte o provoque una respuesta reactiva de la víctima frente al sometimiento abusivo poniendo coto a la violencia sistemática del hombre.

PALABRAS CLAVE: Legítima defensa - Violencia de género - Tratados internacionales - Debida diligencia del Estado - Legítima defensa: modificación al art. 34 inc. 6 CP.

I.- Introducción a la temática

La violencia de género es un flagelo sin fronteras, que se asocia a múltiples factores y que vulnera los derechos humanos básicos, con un desencadenante mucho más trágico como la vida de una persona. La reacción adecuada del Estado en pos de la protección de esos derechos resulta en muchos casos tardía y la consecuencia lleva a ese resultado trágico.

Las motivaciones de la violencia de género consisten en una opresión sistemática que discrimina a las personas por su género y valoriza a los varones por arriba de los demás sujetos. Así, algunos varones se consideran con derecho a disponer en forma violenta del cuerpo y la vida de las mujeres como si fueran de su propiedad, por ende la respuesta a ese sometimiento es tan cruenta como la motivación que la dio origen. En este contexto la violencia doméstica suele asumir forma de brutalidad física, y las consecuencias son el sufrimiento psicofísico y mental e incluso la muerte de la mujer; así se comprende que las mujeres víctimas de violencia temen por su vida; y que a su vez ésta se vuelva una de las principales causas de muerte o provoque una respuesta reactiva de la víctima frente al sometimiento abusivo poniendo coto a la violencia sistemática del hombre.

II.- Legítima defensa: requisitos

La legítima defensa es una causa de justificación legal que se encuentra regulada en el artículo 34, inc. 6 y 7, del Código Penal y, de acuerdo a su naturaleza, no hace desaparecer el delito sino que muta la conducta penalmente típica en permitida ante la presencia de determinadas circunstancias o requisitos: la existencia de una agresión ilegítima por parte del atacante, la necesidad y proporcionalidad del acto defensivo y la falta de provocación por parte de quien se defiende. En aquellos casos en los que exista una conducta encuadrable en una norma del Código Penal, pero que se vea alcanzada por estos tres requisitos -ninguno de ellos podrá faltar- podemos afirmar con certidumbre que se actuó en legítima defensa.

Entonces la norma punitiva expresamente señala que no están sujetos a sanción penal alguna, quienes: a) Obraren en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: 1- Agresión ilegítima. 2- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. 3- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderán que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechace el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado, o de sus dependencias, cualquiera que sea, el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. b) El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias de los puntos 1 y 2 de a), y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Explicaremos los extremos requeridos para la procedencia de la legítima defensa:

Agresión Ilegítima: Una conducta humana que afecte la persona o derecho de otro es una condición necesaria, pero no suficiente para la configuración de la agresión, porque se requiere además la voluntad lesiva por parte del que realiza la acción punible. El término agresión indica la necesidad de que la voluntad del autor de la acción se encamine intencionalmente a la afectación del bien. El derecho a la legítima defensa tiene su vigencia a partir del mismo momento de la agresión ilegítima, en donde se hace evidente por parte del agresor, su intención de agredir al sujeto pasivo. Es destacable, al enunciar la ley, que la víctima tiene derecho no

solo a repeler la agresión sino también a impedirla, y se impide la agresión justamente cuando aún esta no ha tenido comienzo, lo que simbólicamente constituye el acto potencial.

La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. La necesidad a la que alude la norma refiere a cuando no existe otro medio idóneo y eficaz para contrarrestar la agresión al bien jurídico, por ello el medio elegido es necesario. La proporcionalidad del medio empleado en la legítima defensa, se refiere a la exigencia de su utilización como medio eficiente y suficiente para impedir una agresión, de tal forma que al poder ofensivo del agresor se le opone igual capacidad de poder defensivo por parte del que se defiende. De esta forma aunque los elementos utilizados para el ataque y la defensa no sean absolutamente iguales, no dejarán de ser proporcionales o equivalentes, en cuanto al resultado que los mismos puedan ocasionar. La equivalencia o proporcionalidad que se requiere entre los elementos utilizados tanto en el ataque como en la defensa, se refieren a que los mismos puedan ocasionar el mismo resultado, aunque sean diferentes.

Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Si seguimos los lineamientos de Jaime Nájura definimos-falta de provocación suficiente- como “toda acción u omisión voluntaria que, desde la perspectiva de un hombre medio y conforme a los patrones ético- sociales imperantes, aparezca como objetivamente idónea para molestar irritar o enfadar a una persona y, eventualmente, motivarla a protagonizar una agresión”². La norma exige, como recaudo, que el sujeto que se defiende (sujeto pasivo o agredido), no haya propiciado o fomentado previamente la agresión de la que es objeto.

La suficiencia de la provocación es otra cuestión reñida de cuestionamientos, en este sentido se debe tener presente dos acápite: a) El carácter antijurídico del acto provocador; una cierta entidad en la provocación.

La antijuridicidad tiene como fundamento principal que toda conducta que es suficientemente provocativa lleva indefectiblemente un accionar antijurídico. Por ello resultaría contradictorio que un sujeto que realiza una conducta conforme a la ley, sea el mismo ordenamiento jurídico el que le niegue la posibilidad de defenderse legítimamente, imprimir una sanción punitiva ante esta situación implicaría obligaría a soportar una injusta agresión a quién desplegó una acción que

²NÁQUIRA, Jaime: Derecho penal. Teoría del delito. Mac Graw Hill, Santiago. 1998. p. 236.

el mismo orden jurídico lo facultaba realizar, ante ello deviene per se la razonabilidad del art. 34 CP. Así el primer requisito para considerar una provocación suficiente, será el carácter legítimo del acto suficiente para repelar la agresión en tanto la conducta suficientemente provocadora es antijurídica así lo señaló Zaffaroni, al indicar: “Que la provocación de la situación de defensa sea antijurídica -y por definición debe serlo- no significa que la “agresión” sea siempre en tales casos una defensa legítima (ni que la verdadera agresión sea la provocación)”. Tratado de Derecho Penal, T.3, pág. 605.

La entidad del acto provocativo no debe ser considerada en abstracto, por lo tanto la suficiencia del acto es esencial. El análisis de los elementos sustancial del acto debe ser realizado en cada caso en concreto de manera empírico-cultural³ y dependiendo de la calidad de las personas, de las modalidades del hecho, como así también de las especiales circunstancias concomitantes, considerando estos elementos como de evaluación determinante para encuadrar a la provocación como suficiente. La entidad del acto provocativo es fundante en razón de la reacción frente al injusto.

III.- Encuadre de provocación suficiente y agresión ilegítima: deslinde conceptual de la agresión ilegítima

Cabe el siguiente interrogante: ¿Toda provocación suficiente es en sí misma una agresión ilegítima? Como punto de análisis a esta cuestión señalaré que la “provocación suficiente” y “agresión ilegítima” no referencian a una misma realidad, entonces corresponde que las diferenciamos conceptualmente. Para ello dividiremos dos grandes grupos de acciones suficientemente provocativas:

- A. Conductas suficientemente provocadoras: La integran aquellas acciones que, siendo antijurídicas y a pesar de afectar algún bien o derecho de tercero, no pueden ser consideradas agresivas por la carencia del requisito de la intencionalidad en la lesión del bien jurídico protegido.- Las acciones imprudentes o negligentes (infractoras de deberes de cuidado) componen este primer grupo donde la característica principal es la producción de un resultado no doloso que pudo haber sido evitado, pero ello no llega a constituirse en la esencia del comportamiento imprudente.

³JIMENEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, T IV, p. 237.

- B. Conductas suficientemente provocativas: Son aquellas conductas que dentro de un contexto determinado, constituyen agresiones ilegítimas a la persona o derechos de otro, pero tomadas en un contexto diferente, y habiendo perdido actualidad, por haber finiquitado la agresión, tienen el efecto de ser desencadenantes de una nueva agresión ilegítima, comportándose respecto a éstas, como acciones suficientemente provocadoras de dicha agresión.- A modo de ejemplo: “Juan agrede a Sofía a golpes de puño, ésta se defiende de igual manera, siendo separados por Ana (madre de Sofía); ambos se causaron lesiones leves. Si calificamos la conducta de Sofía resulta indiscutible que su accionar es legítimo, pues actuó en legítima defensa, al utilizar un medio idóneo y racional en respuesta a la agresión injusta y por no ser provocadora de aquella.

Siguiendo con el ejemplo precedente, en el supuesto anterior, luego de ser separados por Ana; Sofía se dirige a su domicilio en busca de un arma de fuego y luego regresa al lugar de la pelea e intenta matar a Juan, observamos que la conducta desplegada por Sofía no puede evaluarse como legítima al haber cesado la agresión en su contra (elemento objetivo), y su objetivo fue direccionado hacia la venganza no a la defensa (elemento subjetivo). Observamos que las circunstancias tornan un giro porque frente a ese accionar ilegítimo y agresivo, es Juan quien se halla en la imperiosa necesidad de defender su vida. Se plantea un nuevo interrogante en el supuesto que Juan para salvar su vida, golpea con un palo a Sofía causándole lesiones leves: ¿Se puede encuadrar el accionar de Juan en las previsiones del art. 34 inc. 6 del CP? La respuesta es compleja, pero adelanto mi postura negativa al interrogante. En efecto, si bien es cierto que Juan se encontraba en una situación de necesidad de defender su vida, y lo hizo con un medio necesario y racional, pero fue él, quien con su conducta dolosa primaria al atacar a Sofía provocó suficientemente la agresión por parte de ésta.- La conducta desplegada por Juan en este contexto es una agresión ilegítima, por haber perdido vigencia y constituye un factor desencadenante de una nueva agresión la cual es considerada provocativo de esta.

En este segundo grupo, la diferencia entre los conceptos de agresión ilegítima y provocación suficiente, ya no es de carácter intrínseco, como ocurría en el primer grupo, en el que se enuncian acciones de naturaleza diferente, sino que, la distinción debe evaluarse en el ámbito de desarrollo de la acción del agresor,

porque una misma conducta puede ser considerada agresión ilegítima o provocación suficiente según el contexto en el que se la analice. Aquí se aprecia la ambivalencia de la acción del sujeto porque la conducta agresiva no se convierte en provocación suficiente, sino que, esa misma acción es, por un lado, ilegítimamente agresiva en una situación determinada -de tal forma que justificaría la defensa necesario y racional del agredido- y provocación suficiente en un contexto diferente, por haber perdido actualidad como agresión y ser desencadenante de una nueva conducta ilegítimamente agresiva.

Para concluir debo enfatizar que ante un acto defensivo con una marcada desproporcionalidad con relación a la agresión, nunca tendrá por efecto convertir aquella agresión en una provocación suficiente, sino, tendrá incidencia a los efectos de calificar la conducta defensiva como ilegítima, por la utilización de un medio innecesario o irracional.

IV.- Limitación a la legítima defensa en los supuestos de violencia de género

En Argentina la violencia contra las mujeres en el medio intrafamiliar es común. La cotidianidad y el aumento en la intensidad de la violencia son factores reiterados en los casos de violencia de género, pero resulta paradójico que si bien el número de mujeres que responde a la violencia matando a sus agresores es bajo, pero los casos son los más visibles⁴.

a) La restricción al derecho de legítima defensa en los supuestos de violencia contra la vida de la mujer en el contexto de género

La violencia dentro del ámbito intrafamiliar o en cualquier contexto se traduce en la evidente desigualdad entre los géneros, y tiene por objeto el control de un sujeto con relación a otro; para lograr ese objetivo se recurre a la violencia sexual, psicológica y física⁵. Resulta innegable que ese tipo de violencia entraña un problema de discriminación de género; la respuesta que brinda la justicia frente a estos casos evidencia un linde al género y debido a ello las mujeres que reaccionan

⁴Diario "Clarín", 22/9/2005; Fioriti, Santiago: "Lo que viví junto a mis hijos fue una tortura que duró años". Se observa que estos casos son los que reciben más amplia difusión en los medios periodísticos. En el caso de Gladys Bulacio, el periodista enunció en su artículo: "Su marido le pegaba, lo mató de dos tiros y la absolvieron"

⁵COPELON, Rhonda. "Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura", artículo en "Derechos Humanos de la mujer, perspectivas nacionales e internacionales", año 1997. Ed. Rebecca Cook, Profamilia, Bogotá, p. 110.

asesinando a sus ofensores, frente a los casos de violencia sistemática, también deban tolerar la indiscriminación⁶.

La sistemática nos permite enfatizar que los casos de esta naturaleza deben ser analizados partiendo de la premisa de la discriminación de género, es decir para una debida interpretación de la norma general debemos partir en el proceso de razonamiento de las particularidades de cada situación⁷, pero siempre enfocados en la condición especial en que se encuentra la mujer en esos hechos de violencia.

¿Puede el agredido buscar otra alternativa distinta al menoscabo de la vida ajena? Como expresé se debe indagar en lo más íntimo de la situación, como las agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida, la provocación previa, la desproporción manifiesta entre los bienes jurídicos en juego, o la existencia de deberes especiales entre los intervinientes⁸. Resulta paradójico que frente a los casos donde concurren los requisitos extremos de la legítima defensa, aún persiste en parte de la biblioteca penal que en las relaciones paterno-filiales, en las relaciones de familia, en el matrimonio debe prevalecer un valor agregado como desviar el ataque por parte del ofendido, o aceptar un menoscabo leve en sus bienes, antes de lesionar bienes existenciales del agresor. El profesor Jacobs Gunther en su obra “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación”, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, 1997, Madrid, p. 488/489; señala que en la institución interfamiliar

⁶RIOSECO ORTEGA, Luz. “Culminación de la violencia doméstica: mujeres que asesinan a sus parejas. Defensas penales posibles”. Obra: “Género y Derecho”, año 1999, Ediciones Lom, La Morada, p. 70.

⁷Corte Suprema de Justicia de Tucumán-Sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal-Causa: T.P.J. S/ Homicidio Agravado en Grado de Tentativa-Expte: 61661/2016-Fecha:16/02/2023. “El caso bajo examen constituye un supuesto donde se denuncia un contexto de violencia en perjuicio de una mujer. Como consecuencia, el Tribunal debe valorar la prueba adoptando una perspectiva de género, toda vez que este particular prisma de abordaje es una “...herramienta imprescindible para evitar que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho se interpongan perjuicios, culturalmente contruidos respecto a cómo son o cómo deben comportarse las personas por corresponder a un género determinado (...) No solo evita respuestas sesgadas sino que se erige en un presupuesto esencial para evitar que el sistema se convierta en una herramienta de victimización secundaria” (PICCINELLI Ornella C., “Estándares convencionales para una decisión razonablemente fundada. Herramientas para la construcción de sentencia con enfoque de género”, L.L., cita online: AR/DOC/2566/2021). En otras oportunidades, esta Corte puntualizó que “...resulta evidente que en determinados casos es obligatoria la materialización de la perspectiva de género como criterio de interpretación de la normativa aplicable, los hechos y las pruebas incorporadas al proceso, en la medida que nos sitúa en una comprensión global de la discriminación contra las mujeres y que dicha pauta hermenéutica ha sido concebida por un sistema normativo que obliga a la adopción de políticas públicas que deben concretarse en todos los ámbitos posibles”.

⁸STRATENWERTH, Gunter, “Derecho Penal. Parte General. El hecho punible”. Traducción de Manuel Cancio Melía y Marcelo A. Sancinetti, año 2005, Editorial Hammurabi, p. 236/240.

existe una obligación de sacrificarse reducida, es lo que denomina “trastorno de la institución”, pero no brinda un concepto sobre lo enunciado ni una extensión o límite de tolerancia de esa agresión ilegítima, entonces qué proporción debe tener la agresión a la ofendida para que sea considerada un “trastorno a la institución familiar o matrimonial”.

De optar por esta postura se abre la puerta para una sistemática dogmática donde la impunidad del agresor quedaría justificada. Sobre el particular es Claus Roxín, en “Derecho Penal. Parte General”. T. 1- “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”. Editorial Civitas, Madrid, p. 652, sostiene que la mujer que es sometida a agresiones y malos tratos en forma cotidiana y donde el legítimo derecho de defensa no puede mantenerse inerte “...puede hacer frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”.

El abandono del hogar o el enfrentar la contingencia de violencia son faces que representan dos ámbitos donde la violencia es medida de distinta forma. En efecto, la postura de no abandonar el hogar se encuentra relacionada con aspectos emocionales, económicos, dependencia absoluta al hombre, y una pérdida de control sobre su propio destino, inclusive se vuelve inactiva frente a la capacidad de defenderse, es lo que enuncio como la “inercia de la voluntad de la mujer”. Tanto la separación como la situación de abandono del hogar por parte de la mujer produce un quiebre definitivo de dependencia y ello impacta en la actitud del sujeto agresor tornándolo aún más violento.

b) La agresión como factor actual o inminencia

En el instituto de la legítima defensa mediando violencia de género se debe tener en cuenta determinadas pautas que la doctrina tradicional en la materia no percibía, de ello el análisis debe originarse desde una óptica con perspectiva de género y seguir avanzando sobre los componentes del tipo penal; pero también nos constriñe a una evaluación más profusa de las otras categorías de delitos, donde la perspectiva de género no puede mantenerse al margen y debe ser objeto de un estudio contextual. Los casos de mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que matan a sus parejas, es una herramienta que modifica su concepción atávica, en ese sentido existen fallos de algunos tribunales que examinaron los recaudos de la legítima defensa de las mujeres que se encontraban en una situación de violencia y que en su reacción culminan con la vida de su pareja; inclusive algunos casos son

más controversiales, porque la legítima defensa que ejerce la mujer es mientras su agresor dormía, y donde el tipo penal no permitiría el acceso a la causal de exclusión punitiva porque carecería de la agresión antijurídica, del elemento de actualidad e inminencia según la dogmática tradicional. Entonces la verificación de los extremos de actualidad o inminencia se encuentran en crisis ante la presencia de estos casos que son frecuentes. Las circunstancias de cada caso trasciende la periferia normativa, porque aun mediando la circunstancia de violencia contra la mujer y la temporalidad de la acción defensiva, “...puede sostenerse razonablemente que la agresión no perdió actualidad: cuando el control de la situación sigue en manos del agresor, la defensa se efectúa en un contexto en el cual no cesó la agresión si es que se lee el suceso como parte de un proceso histórico donde no existe una cesura precisa entre el comienzo de la agresión y su fin...”⁹.

En relación a la inminencia de la agresión ilegítima Helmut Frister¹⁰ sostenía que la necesidad de que la agresión sea inminente se relaciona con que el derecho a actuar en legítima defensa sólo puede ser reconocido en una situación que sea inequívoca. Si la agresión es inminente, las intenciones del agresor, como regla general, resultan claras, de modo que el riesgo de una defensa por error es menor en términos comparativos. En su entendimiento si se habilitan casos en los que la agresión sólo puede ser repelida con perspectivas de éxito en un momento previo, el riesgo de error es demasiado alto, por lo que no sería admisible atribuir un derecho de injerencia limitado por la necesidad. Por esa razón plantea que, si la agresión no es inminente, la persona agredida sólo puede actuar amparada por el estado de necesidad¹¹. Por su parte Claus Roxin sostiene que es habitual que se empleen fórmulas según las cuales una agresión es inminente si, de actuar con posterioridad, no se podría repeler la agresión o sólo se lo podría hacer en condiciones más graves. Sin embargo, este autor encuentra también reparos en esta postura por entender que una agresión planeada o preparada no sólo no es una agresión actual, sino que ni siquiera es una agresión, según explica, este tipo de solución sería contradictoria con un orden social pacífico y con el monopolio estatal de la violencia. Por eso, desde su punto de vista, sólo se le concede al

⁹CASAS, Laura J., “Nuevos estándares en violencia de género y el deber de debida diligencia: perspectiva de género y derecho penal”. DPyC 2019 (febrero).

¹⁰FRISTER, Helmut. año 2009. “Derecho Penal. Parte general”, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

¹¹Di CORLETO, Julieta, LAURIA-MASARO & PIZZI, Lucia- “Legítima Defensa y Géneros una Cartografía de la Jurisprudencia Argentina”, Autores Julieta Di Corleto, Mauro Lauría-Masaro& Lucia Pizzi.

particular la facultad de defenderse en una situación actual de lucha; y en esa agresión actual sólo sería posible incluir, junto a la tentativa, la fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la tentativa. Además, se ha explicado que, según una definición corriente del término, es actual la agresión que tiene lugar en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa (Frister, 2009). A esto se agrega que la legítima defensa es admisible mientras la agresión subsista-aunque esté formalmente consumada-si no está agotada materialmente. Por ese motivo, se estima que es admisible la legítima defensa en los delitos permanentes o continuos mientras subsista la situación antijurídica. Lo mismo ocurre en los delitos de estado, pues más allá de la consumación formal del delito, la agresión se considera actual hasta la consumación material¹².

La discusión principal en torno a la legítima defensa en los casos de violencia de género está en la “agresión actual” donde existen dos momentos delimitados: a. La persona que frente a su agresor realiza un ejercicio o acción defensiva en un momento previo a que se dé inicio la violencia física o cuando ésta ha dado inicio (legítima defensa en confrontación). b. El ataque que realiza la mujer en un momento que no es agredida por el hombre (legítima defensa sin confrontación). Es menester considerar el requisito de inminencia desde una perspectiva de género, ya que lo opuesto conllevaría la negación para las mujeres de librarse de este tipo de enfrentamientos¹³. La violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica¹⁴.

En lo que respecta a los supuestos de “legítima defensa en confrontación” se debe contextualizar teniendo en cuenta todas las circunstancias del hecho de ataque y defensa, y esto resulta de importancia para determinar si una persona actuó en legítima defensa. En este sentido el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI), perteneciente a la Organización de Estados Americanos (OEA), en su Recomendación General n°1, 2018 p. 4, señaló: “...incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no pueden ser medidas con los mismos estándares tradicionalmente utilizados para la legítima defensa en otro tipo de

¹²ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte general”, año 2008, Tomo I, Madrid: Editorial Ediciones.

¹³Conf. Tribunal de Casación de la Prov. de Buenos Aires, Sala 6, c. 69965 “L. ,S. B. s/ Recurso de Casación interpuesto por particular damnificado” y su acumulada causa N° 69.966, del 5/7/16.

¹⁴Conf. Fallo enunciado en el apartado 12.

casos, ya que la violencia a la que se ven sometidas por el agresor en razón de su género, tiene características específicas que deben permear todo el razonamiento judicial de juzgamiento. Para ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser una herramienta útil...”.

En los casos de “legítima defensa sin confrontación” amerita un análisis desde la posición sistemática de la violencia física y psíquica contra la mujer, como un comportamiento que subyuga a la víctima mediante violencia y vulnera de manera grave su dignidad humana. La mujer víctima de violencia es sometida a constantes agresiones, que pueden ser ejercidas mediante amenaza, ataques sexuales o restricción de su libertad generando temor y un control total sobre ella por parte del hombre. En estos supuestos la falta del requisito de la inmediatez de la agresión no puede obstaculizar la aplicación de la legítima defensa en los supuestos de violencia de género, y es el actual fundamento para realizar un renovado análisis y enfoque de los componentes normativos punitivos vigentes. Es necesario considerar que la violencia cotidiana a la que es sometida la mujer durante el vínculo pone en permanente alerta sobre el riesgo de su integridad física y su vida. Por esa razón, negar la actualidad de la agresión por el solo hecho de que en el momento de la acción defensiva no se había producido un ataque directo previo, implica ignorar la existencia de la violencia latente tan característica en la violencia de género¹⁵.

c) La racionalidad del medio empleado en la legítima defensa

Otra de las limitaciones a la legítima defensa en un contexto de violencia de género se encuentra en la necesidad racional del medio empleado para oponer frente a la agresión legítima. Esa necesidad está aferrada a la propia defensa de la mujer. Este es un requisito fundante de la causal de justificación, “...quien se defiende debe encontrarse en una situación que no le permita llevar a cabo una acción inofensiva o menos lesiva para neutralizar la agresión. El/la defensor/a solo estará justificado/a cuando elija, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporte la pérdida mínima para el/la agresor/a...”¹⁶.

El parámetro de racionalidad es importante en tanto frente al hecho lesivo solo se cuenta con un único medio defensivo eficaz, pero ello no

¹⁵LAURENZO COPELLO, Patricia. “Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una Teoría del Delito con Enfoque de Género”, fecha: 20/10/2020. SBMN/ISSN: 978-84-09-24631-1

¹⁶JACOBS, Gunter, “La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”, 1997:472, Editorial Ad-Hoc, año 1996.

autoriza situaciones que se extiendan más allá de aquellos límites, (por ejemplo: Una persona con multas que posee un revólver y lo emplea para impedir que un joven robe un objeto), observamos que la acción es necesaria porque no posee otro medio para impedir el resultado dañoso, pero el medio empleado no es adecuadamente racional para impedir el ilícito. Cuando la norma habla de necesidad racional del medio empleado, no refiere al instrumento, sino a la conducta con que se ejerce la defensa, por ello no se exige proporcionalidad de instrumentos, sino la ausencia de desproporción manifiesta entre las conductas lesiva y defensiva. No es racional quien es atacado con un fierro se defiende con un cuchillo, porque entre ambas conductas no hay una desproporción aun cuando el cuchillo sea un elemento más dañoso¹⁷.

Si realizamos un cotejo entre la configuración histórica sobre los que se cimientan los requisitos de la legítima defensa y la forma del ejercicio de la defensa por parte de la mujer, observamos que sin escindir los recaudos exigidos por las normas de fondo, los operadores del sistema judicial deben escoger aquella que sea más adecuada al contexto social, familiar, personal y económico y con base en el respeto a las normas constitucionales y a los Derechos Humanos.

V.- Debido procedimiento o debida diligencia en los casos de violencia de género

La violencia de género estuvo invisibilizada y sin exposición durante mucho tiempo, siempre subsumida al ámbito privado. Las asimetrías de los géneros se marcaron paulatinamente, ello motivado entre otros factores por la raigambre patriarcal casi naturalizadas en las distintas sociedades. Ante estas inequidades los estados tienen la obligación de implementar procedimientos expeditivos para erradicar esa discriminación y por sobre todo en relación a los patrones estereotipados que inducen a un tratamiento inferior¹⁸.

¹⁷JACOBS, Gunter. Obra citada. “La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por lo demás. No importa la proporcionalidad de los bienes afectados, sino que [...], la defensa de los bienes materiales, cuando la agresión no se puede repeler de otro modo, puede amparar hasta la muerte del agresor. Puede que una defensa desproporcionada no sea precisamente deseable, pero no por ello es equiparable ya a una intervención arbitraria”.

¹⁸Comité de CEDAW-Recomendación General N.º 35-Pto. 19. “El comité considera que la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores que están relacionados con el género, como la ideología del derecho y el privilegio de los hombres respecto de las mujeres, las normas sociales relativas a la masculinidad y la necesidad de afirmar el control o el poder masculino, imponer los papeles asignados a cada género o evitar,

En nuestro país existe un conjunto normativo tendiente a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres, entre esos corpus iuris se encuentran: La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la cual tiene un status constitucional, La Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Convención de Belém Do Pará), La ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales.

En vista de que violencia contra la mujer es una violación a los Derechos Humanos, corresponde al Estado actuar con un procedimiento eficaz y con debida diligencia, y ese deber proviene de la ratificación de los tratados internacionales por parte del Estado Argentino. Ante los casos de violencia contra la mujer debe primar la debida diligencia más allá del procedimiento expreso, porque la obligación de las autoridades es actuar en forma contundente y eficaz. La ratificación de la “debida diligencia en los casos de violencia de género” posee un valor superlativo en el ámbito regional por aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), y enfatiza sobre la celeridad en los casos de violencia de género (art. 7 apartado b) donde enmarcan los Deberes del Estado de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

El debido proceso en los casos de violencia contra la mujer no debe conducir a una solución injusta o consecuente con la acción coactiva de hostigamiento o de riesgo para la vida de la mujer¹⁹, es el Estado y sus autoridades las que deben velar por un procedimiento ágil y de protección integral, pero teniendo presente la debida diligencia en pos del resguardo de la salud psicofísica de la mujer.

desalentar o castigar lo que se considera un comportamiento inaceptable de las mujeres. Esos factores también contribuyen a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por razón de género contra la mujer, que a menudo se considera un asunto privado y a la impunidad generalizada a ese respecto”.

¹⁹Convención de Belém Do Pará-Capítulo III-Deberes de los Estados-Art. 7 apartado c) “Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”. Apartado e) e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer...”.

En el ámbito internacional la Corte Interamericana de Derechos Humanos puso énfasis en el concepto de “debida diligencia ante los supuestos de violencia de género” en el caso “González y otras (Campo Algodonero) vs Estado de México”, de fecha 16 de noviembre de 2009, en el que sanciona al Estado Mexicano por la falta de diligencia en la investigación de la desaparición y asesinato de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Ramos Monárrez. Uno de los fundamentos principales del fallo está en la consideración que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y se encuentran enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra las mujeres en la Ciudad de Juárez (Estado de México). El eje normativo del fallo está en el deber de respeto, garantía y no discriminación de los derechos consagrados en los arts. 4, 5 y 7 de la Convención Americana y acceso a la justicia conforme los arts. 8 y 35 (tratado citado)²⁰.

El deber de debida diligencia implica que el Estado debe prevenir todas las consecuencias productos de los actos de violencia contra las mujeres, en razón de ello todo el poder del aparato estatal debe arbitrar los medios conducentes, razonables y necesarios para evitar que suceda un hecho aunque ello no implique

²⁰CIDH-Caso “González y Otras (“Campo Algodonero) vs México-Sentencia del 16-11-2009. Apartado 281. “En el presente caso, existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida”. Apartado 282. “Sobre el primer momento-antes de la desaparición de las víctimas-la Corte considera que la falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Finalmente, la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención”. Apartado 283. “En cuanto al segundo momento –antes del hallazgo de los cuerpos- el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido”.

certeza, sino tener disponibilidad de los medios para actuar con la premura ante la gravedad del caso²¹.

La debida diligencia debe ser de práctica en los albores del proceso (etapa de investigación), la que debe caracterizarse por ser expedita, efectiva, profunda y de oficio, esto fue señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Veliz Franco y Otros vs Estado de Guatemala”-Sentencia de fecha 19/5/2014-Serie c-Nº 277, párrafo 183. En este caso la Corte colige que las autoridades estatales debieron tener lo denunciado por Rosa Elvira Santos como elemento indicativo de la vulneración de los derechos de una niña, considerándose razonable que su integridad se encontraba en riesgo, por ello se consideró que el Estado estuvo en conocimiento de la situación de riesgo en que se encontraba María Isabel

Véliz Franco. La Corte remarcó la responsabilidad internacional estadual por la falta de prevención en relación con la privación de la vida e integridad personal, así como la protección y garantías judiciales, haciendo un análisis pormenorizado de la falta de debida diligencia en las investigaciones realizadas; inclusive se demostró que las autoridades estatales no realizaron acciones diligentes y oportunas para investigar dentro de un plazo razonable el homicidio de María Isabel Véliz.

La debida diligencia en los casos de violencia de género tiene una línea convergente con el deber de prevención del aparato estadual por la especial posición de garante frente a estas situaciones, resulta-en línea general-enunciar tres componentes de ese deber de diligencia del Estado: 1. El conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato; 2. Un individuo o grupo de individuos determinados; 3. Posibilidades razonables de prevenir o evitar el riesgo²².

Ahora bien, el Estado no puede ser responsable de cualquier violación a los Derechos Humanos cometidas entre los sujetos dentro de su jurisdicción, porque su deber de adoptar medidas tienen como barrera el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato, de tal forma que el engranaje de la debida diligencia por

²¹Conf. Amnistía Internacional-Defensoría General de la Nación (Bs As)-”Femicidio y Debida Diligencia: Estándares Internacionales y Prácticas Locales”-Ciudad Autónoma de Buenos Aires-Año 2015-p. 52-Pensamiento Penal-03/2006-Doctrina: 43064.

²²CIDH-Caso “González y Otras (“Campo Algodonero” vs México)-Excepción Preliminar-Fondo de reparaciones y Costas-Fecha: 16/11/2009.

parte de las instituciones del Estado se ponga en marcha. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro individuo, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a las posibilidades ciertas de concreción de las obligaciones como garante.

La obligación de investigar los hechos que conllevan la violencia contra la mujer es una obligación de medios no de resultados²³. Esta obligación debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una formalidad que *prima facie* se considere ineficaz e improductivo o una cuestión entre particulares que depende de la iniciativa procesal de las partes (víctima o familiares) o también que esté a cargo de las partes la incorporación de medios probatorios. Las autoridades estatales al tomar conocimiento del hecho deben iniciar *ex officio* y sin dilación (debida diligencia) una investigación efectiva, imparcial y seria, la cual debe ser llevada adelante con todos los medios legales con que cuente y siempre orientada a la búsqueda de la verdad, investigación, captura, enjuiciamiento y sanción a los responsables.

Entonces-conforme lo analizado-existe un complemento entre el deber de actuar del Estado con la debida diligencia y garantizar el acceso a recursos judiciales efectivos (debido proceso) para las víctimas y familiares cuando son objeto de actos de violencia de género.

VI.- Cuestiones sobre la compulsión de pruebas en la legítima defensa en los casos de violencia de género: vía. Temática de la discapacidad

En los casos de violencia de género existe un importante número de casos donde la víctima debe ejercer su propia defensa, y entre esos casos se encuentran los comprendidos en el art. 34, inc. 6° del Código Penal (legítima defensa). El citado artículo no enuncia en forma directa la violencia de género, pero alberga en su contenido la indicación al señalar: “el que obrare en defensa propia o de sus derechos”. Las dificultades en el análisis de estas situaciones son innumerables; pero esa problemática tienen dos vertientes diferenciadas, la primera motivada por la carga probatoria que se exige para configurar la causal de justificación, lo cual no es ajena a dificultades motivados por situaciones donde esa violencia se encuadra

²³CIDH-Caso “Penal Miguel Castro Castro vs Perú”-Fondo-Reparaciones-Fecha: 25-11-2006.

dentro del ámbito privado, y por ende se observa reiteradamente la vacilación del juzgador para interpretar, valorar y empatizar con el relato de la víctima. Por otro lado, en los procesos penales la actividad probatoria se encuentra concentrada en el o los hechos punitivos que en esencia tiene como corolario el dictado de una sentencia endilgando la responsabilidad por aquél al sujeto promotor del ilícito. Esa mecánica de análisis tiene una variante cuando se trata de delitos cometidos por violencia de género, porque se debe anexar un exhaustivo estudio y probanzas sobre el contexto en que se desarrolló la violencia contra la mujer, esa metodología de examen en las sentencias es lo que denominamos “La Prueba Contextual”. Imperando, en la actualidad, esta técnica interpretativa aún encontramos resabios donde los operadores judiciales obvian estos elementos probatorios lo que impide tener por acreditado la actuación dentro del esquema punitivo del art. 34 del Código Penal²⁴ en un contexto de violencia de género.

Con la implementación de la Ley 26485 (Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales), se produjo un efecto importante en la valoración de la prueba, por los operadores del sistema, en lo relativo a la

²⁴en particular, la existencia de un peligro permanente que sólo podía ser conjurado eficazmente actuando sin demora, y que tampoco podía ser evitado de otro modo”.

CSJN-Fallos 301:616; 303:1065-La Ley 1985-B-529. “...El lamentable hecho que se juzga ha ocurrido en la más absoluta privacidad y por lo tanto conocer exactamente cómo ocurrió es una tarea imposible por lo que las pruebas han de ser analizadas con total prudencia. La carga de la prueba en el proceso penal incumbe a la acusación, pero una vez establecida la intervención del acusado en el hecho ilícito o reconocida por el propio enjuiciado dicha participación aunque con las modalidades y circunstancias descriptas por la defensa, la pretensión de ampararse en la causa de justificación invocada debe ser claramente acreditada por quien la invoca o surgir de un modo inequívoco de las pruebas, no siendo admisible el camino de meras afirmaciones...En el “sub judice” el casacionista nada probó al respecto, limitándose tan solo a los dichos de la acusada”. CSJN-3073/2015, “Pérez, Yésica Vanesa s/ Homicidio Simple”, “Recurso de Hecho”, fecha: 10/12/2020: “...Pienso que sólo parcialmente asiste razón al apelante...no advierto arbitrariedad, sino más bien conformidad con los estándares vigentes en la materia, en la conclusión sobre el punto a la que arribaron los jueces de la causa al descartar que en el momento del hecho hubiese existido una agresión antijurídica, actual o inminente, de parte de C, que hubiera hecho necesario reaccionar apuñalándolo. En particular, esa conclusión se halla en consonancia con la opinión dominante según la cual, en atención a la intensidad de la autorización, no limitada por la proporcionalidad, la noción de “actualidad de la agresión” es más restrictiva que la de “actualidad de peligro” del estado de necesidad, y sólo abarca por ello a la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa, a la vez que excluye los casos de “defensa preventiva” y de “peligro permanente”, sin perjuicio de su eventual consideración como estado de necesidad. Dicho esto, no paso por alto que la doctrina y la jurisprudencia han admitido, excepcionalmente, en ciertos casos extremos de violencia familiar, no la justificación por legítima defensa, como postula la defensa, pero si la exculpación del homicidio del llamado “tirano de la familia” cuando las particulares circunstancias del caso permiten afirmar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad exculpante,

perspectiva de género²⁵, sin apartarse del principio de la sana crítica. Las presunciones que sean precisas, concordantes y que demuestren indicios inexcusables de la existencia de violencia de género “in basic crimen” debe prevalecer una valoración probatoria amplia de todos los elementos que componen el contexto de vida en violencia en cada caso.

Por la particularidad que poseen los casos que media violencia de género y legítima defensa, la prueba se limita a un ámbito privado en los que no es posible identificar testigos que puedan aseverar sobre los hechos que sucedieron, por lo tanto nos encontramos con un testigo único (“solustestis”) en la legítima defensa ejercida por la mujer. En esa línea argumentativa autores como Mauro Lauría Masaro y Nuria Saba Sardaños (Género y Justicia Penal, Capítulo II “Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género”, p. 65) sostienen: “...Es llamativo el doble estándar constituido por los tribunales para evaluar casos en los que la mujer víctima de violencia aparece como denunciante, de aquel que utilizan cuando una mujer, en la misma situación, se defiende frente a las agresiones que sufre. Es prácticamente unánime la jurisprudencia argentina en cuanto a que es posible llegar a un veredicto de condena solo con el testimonio de una persona, aun cuando se trate de la víctima. Esta situación puede ser ilustrada por la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal. Sobre este punto, se ha expedido la Cámara Federal de Casación Penal, Salas I²⁶ y II²⁷ que, de modo pacífico, han afirmado que la circunstancia de que obre en el expediente un único testimonio de cargo no constituye un obstáculo para adoptar una sentencia de condena mientras esa declaración sea escrutada de manera rigurosa tomando en consideración todos los elementos de pruebas.

a) Temática de la discapacidad

La temática de la discapacidad en la víctima mediando violencia de género (como única testigo) amerita un análisis particular. En muchas ocasiones, las mujeres, y particularmente aquellas con discapacidad, pueden tener dificultades para reconocer que están experimentando situaciones de violencia basada en

²⁵Ley 26485-art. 31: “Resoluciones. Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes.

²⁶CFCP-Sala I-causa n.º 14,807-Fallo “Zallo Echeverría, Juan Manuel”-Fecha: 30/05/2012.

²⁷CFCP-Sala II-causa n.º 11,343-Fallo “Nadal Guillermo Francisco”-Fecha: 05/9/2013.

género, ello tiene diversos motivos siendo el principal la falta de información accesible sobre este tipo de violencias hacia las víctimas- mujeres con discapacidad, ignorando que algunas acciones u omisiones cometidos en su contra constituyen formas de violencia de género (Ley 26.485) o un delito contenido en el Código Penal. Las mujeres con discapacidad, en algunos casos, desconocen cuáles son sus derechos frente a esos casos e ignoran qué tipo de actos u omisiones pueden ser denunciados ante las autoridades policiales o al poder judicial y en su caso cuáles son los requisitos exigibles.

La mujer con discapacidad puede tener resquemor y ser desalentada de acercarse al sistema de justicia por un temor fundado a más actos de violencia, o por una carga emotiva del miedo a ser abandonada, a no tener quien la cuide si denuncia el abuso. Este miedo se mezcla, por una parte, con el agradecimiento que (cree que) debe tener por la atención que recibe y por otra, el no querer causar trastornos ni problemas a su entorno más cercano si se queda sin su “cuidador”²⁸.

Resulta necesario que la declaración de la víctima con discapacidad tenga logicidad en el relato, y junto a ese testimonio se requiere su corroboración por otros medios de pruebas, lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito debe estar apoyado en algún dato añadido de carácter objetivo que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, avalen la pura manifestación subjetiva de la víctima. Los datos objetivos de corroboración pueden ser variados: por ejemplo una pericial psicológica para determinar la credibilidad del relato de la víctima, informe del perito médico forense, informe de asistente social con especialidad en la temática de la discapacidad, informe de Cámara Gesell etc.

En la legítima defensa resulta de importancia para la certeza en el relato de la víctima discapacitada el auxilio de peritos en la valoración integral de la declaración, como la comprobación de lesiones físicas y psíquicas que pueda presentar cuando se vean afectadas mujeres con diagnósticos y patologías psiquiátricas, por ello los métodos científicos son coadyuvantes a la tarea del juzgador para la determinación de la credibilidad de estos testimonios²⁹.

²⁸TERESA, San Segundo Manuel, Capítulo V. “Violencia contra la mujer, en La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad”, Volumen I, Ediciones Cinca, Primera Edición, año 2012, p. 187.

²⁹CSJN-Fallo: 1445/2017/RH1, causa: “D., N.L. s/ Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de la ley” fecha: 23-02-2023: “...Más allá de los reparos de la defensa respecto a las circunstancias en que se produjeron las

VII.- Modificación en curso del art. 34 inc. 6 del código penal argentino

La conjunción normativa actual a nivel internacional y nacional permite garantizar y afianzar los derechos reconocidos en pos de la defensa frente a la violencia de género. Entre las normativas internacionales se encuentra la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) la cual esta ratificada por ley 24.632, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ratificada el 15/7/1985 mediante ley 23.179.

manifestaciones de su asistida, lo cierto es que, para acreditar la agresión ilegítima de C, como uno de los presupuestos de procedencia de la legítima defensa alegada, la defensa incluyó-entre otros elementos de convicción-sus dichos a los policías. En esas condiciones y en atención a las normas que regulan el sub lite, estimo abuso sexual y que había disparado para defenderse del intento de violación, máxime por su relevancia para la adecuada solución del litigio. A ese respecto, observo que la declaración de la testigo sobre las búsquedas de C de personal femenino para tareas domésticas con determinadas características que facilitarían el abuso: las expresiones del nombrado a sus amigos en punto a que “me estoy volteando a N a” y que iba a decirle que dejara de ir para que en su lugar fuera una amiga (menor) de nombre J., porque le gustaba más (ver fs. 38/vta. *Ibidem*), hacen verosímil un contexto de violencia de género-como el coincidentemente referido por D a los peritos que la examinaron-ejercida sobre una persona discapacitada, que no debió ser soslayado y que imponía el examen del sub judice a la luz de la normativa en la materia. La discapacidad y la condición socioeconómica desfavorable- entre otros-colocan a la mujer en una “situación de vulnerabilidad a la violencia” (art. 9-Convención Belém Do Pará). Así, por su retardo mental en grado leve y por provenir de una familia encuadrada en la franja de pobreza estructural (conf. Informe fs. 1/2), Díaz es vulnerable a la violencia de género...Es decir, con arreglo a la previsión del artículo 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, el Estado ha asumido deberes “reforzados” frente a situaciones de abuso o violencia de género o contra personas discapacitadas. Ese marco, en mi opinión, no autorizaba a soslayar las únicas declaraciones de D vinculadas a los hechos investigados en tanto realizan su derecho “a ser oída” (art. 16, inc. C, de la ley 26,485) y en la medida que no sólo no la perjudican, sino que-en coincidencia con lo que alegó su defensa durante el debate y al recurrir la condena-podrían justificar la conducta que se le atribuye. Sin que ello implique un adelanto de criterio sobre el fondo cabe recordar que a “escasos momentos”, “minutos después” de cometido el hecho y sin que antes le hayan leídos sus derechos, D les dijo espontáneamente a los policías que concurrieron al lugar que le disparó a C porque la quiso violar, y a los peritos psiquiátricos que la examinaron les señaló que era víctima de abuso sexual. Es relevante destacar que esas manifestaciones fueron hechas por una persona analfabeta, con retardo mental en grado leve, que fue declarada insana cinco meses antes- dato que no puede ser obviado sin perjuicio del artículo 151 del Código Civil entonces vigente-y que la psiquiatra que la examinó informó, entre otras características que presenta “Escaso caudal ideativo. Pensamiento concreto, centrada en sí y en su realidad inmediata” “No puede efectuar abstracciones ni elaboraciones” “Hay déficit para analizar la realidad, prever consecuencias, planificar a futuro (fs. 10 de agregado). Por lo demás, y en punto a lo argumentado por los jueces al omitir valorar las manifestaciones de D a los policías y a los peritos, es pertinente destacar en las particularísimas circunstancias del sub judice que en materia criminal, en la que se encuentran en juego los derechos esenciales de la libertad y el honor, deben extremarse los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio del derecho de defensa (conf. Fallos: 329:4248), a cuyo fin V.E. ha admitido, incluso, que sería de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho (conf. Fallos: 314:1909 y 327:5095)

En ese lineamiento los Estados firmantes de las distintas convenciones internacionales que postulan el resguardo de los derechos de las víctimas, tienen la obligación de adaptar en su legislación interna normas civiles, penales, administrativas y de cualquier naturaleza que sean necesarias y conducentes en la prevención, sanción, y erradicación de la violencia contra la mujer. Esas normas de resguardo deben coexistir con el resto del ordenamiento jurídico y en esa consonancia resguardar íntegramente los derechos de la mujer.

Destacada la base normativa de protección legal de los derechos de las mujeres víctimas en nuestro país, enunciados en el punto anterior, es necesario poner de resalto que al momento de juzgar un caso de legítima defensa se debe ponderar la perspectiva de género cuando sea el caso, en esa línea importa señalar que esa postura debe primar en la interpretación normativa punitiva, lo cual no fue considerado en la elaboración de la norma base a la excepcionante de responsabilidad.

Cuando abordamos la legítima defensa en el marco de la violencia de género, no prevista en forma expresa en el art. 34 CP, se debe ponderar que “la violencia es contextual”, huelga decir que su interpretación debe realizarse en su más amplio concepto o manifestación: sexual, económica, psicológica, física, intrafamiliar, siempre con un factor común que es la utilización de aquella como instrumento de poder y dominación.

Respecto de la legítima defensa, es imprescindible mencionar que es una reacción ante una agresión actual e ilegítima de un sujeto a la persona o bienes del defensor o del defendido, donde el tipo penal impone determinadas características a la conducta del individuo afectando el bien jurídico del agresor siendo ello ilegítimo-realizando el tipo penal-y como requisito inexcusable que esa afectación sea oportuna y racionalmente necesaria para impedir o detener la agresión, la cual no le es imputable a quien defiende.

En búsqueda de la equidad genérica en el campo jurídico-penal la normativa está orientada a efectivizar los derechos de no discriminación e igualdad, en vista de ello es necesario repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación excepcionante es una mujer víctima de violencia, así la omisión de ignorar lo complejo que es el fenómeno de la violencia de género en estos casos profundizaría las características históricas de

desigualdad de poder entre mujeres y varones lo que ocasionaría una profundización del injusto jurídico.

Pensar en la legítima defensa desde una perspectiva de género-con los requisitos actuales del art. 34 inc. 6 CP-es decir: a. “La agresión ilegítima” la cual no pierde actualidad porque el dominio de la situación siempre está en poder del agresor y por lo tanto la agresión- defensa se da en un contexto donde aquella no cesó, por ello no existe una delimitación exacta de cuando comienza o cuando culminará esa agresión ya que la víctima se encuentra en un círculo donde el peligro de vida y de integridad psicofísica es una constante y del cual es muy difícil escapar, el temor a las represalias posee inminencia, lo cual es un factor elemental de las amenazas en la violencia de género, la víctima sabe que el desenlace ocurrirá, pero no sabe cuándo ni cómo. b. La “necesidad racional del medio empleado” como requisito de la legítima defensa en un contexto de violencia de género resulta risible, porque la mujer necesariamente debe utilizar-obligatoriamente-un medio de mayor intensidad que el hombre³⁰, esto obedece a la imperiosa necesidad de resguardar la integridad psicofísica de la víctima. c. Otro punto a revisar en la norma es el referido a la falta de provocación, y es dable referirse a que cualquier comportamiento anterior de la mujer constituye “agresión provocativa” lo cual nos adentra en el campo del estereotipo de género y esto puede ser considerado por el juez en la evaluación sentencial.

Realizadas las aclaraciones sobre los requisitos de la legítima defensa en el contexto de violencia de género (art. 34, inc. 6 CP), urge modificar la norma de fondo para dotarla de actualidad en relación al componente del contexto de género. En este sentido, la Cámara de Diputados emitió dictamen favorable el 4/6/2021 para modificar el art. 34 CP que busca incorporar el contexto de violencia de género en el segundo párrafo del inc. 6, y con ello regular la legítima defensa como eximente de responsabilidad penal en esos casos específicos.

En esencia el proyecto tiene como sustento que las causas de justificación son situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto es excluir la antijuridicidad de un hecho típico, incluso se consideró la permisibilidad que otorga la ley para cometer determinados actos típicos. Conforme las previsiones del art. 34 CP existe legítima

³⁰Cra. de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, fecha 5/7/2006, “L., S.B. s/ Recurso de Casación”, “...No resulta idóneo repeler una agresión en circunstancia de violencia doméstica utilizando medidas disuasivas y advertencias, pues éstas podrían provocar reacciones más violentas, por lo tanto, el medio más idóneo en el medio más seguro, que muchas veces es el más grave...”.

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

También existen supuestos enunciados por la doctrina como la “legítima defensa presuntiva” o “privilegiada” donde la ley impone la presunción de los recaudos de la legítima defensa como en los supuestos de “escalamiento o fractura del recinto habitado en horas nocturnas” (art. 34 inc. 6, segundo párrafo).

Sería imperioso el avance en el proyecto de reforma del citado artículo por cuanto se ampliaría la legítima defensa privilegiada para los hechos de violencia de género, pero con una mirada contextual que permita al juez comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género, frente a la continua y sistemática agresión, no puede ser valorada ni medida con los estándares tradicionales con que se juzga la legítima defensa en otros tipos de casos, porque la violencia contra la mujer posee características propias que deben prevalecer en la lógica del razonamiento judicial.

En los supuestos en que el juzgador descarte la legítima defensa por considerar que la mujer tuvo intenciones de agredir no de defenderse, naturalizando las acciones violentas producidas con anterioridad, estaría cercenando el derecho de la mujer a la legítima defensa en los supuestos de violencia de género. Es así que debe reconsiderarse el texto del art. 34 CP entorno a los elementos típicos de “razonabilidad del medio empleado” o “inminencia o actualidad de la agresión”, porque de mantenerse la óptica tradicional se excluirían supuestos en los que la mujer repelió los golpes con un arma de fuego o un elemento contundente, o cuando los golpes habían cesado momentáneamente.

Tradicionalmente la figura de la legítima defensa era aplicada a situaciones de contienda entre hombres, pero en los supuestos de confrontación entre hombre y mujer se deben analizar aspectos y un contexto más amplio, como por ejemplo: la vulnerabilidad de las mujeres maltratadas, lo cual requiere utilizar los medios a su alcance que impliquen el uso de una fuerza mayor al que utilizaría el hombre común y esto debe ser considerado en relación a la necesidad racional del medio empleado.

Los aspectos señalados determinan la necesidad de introducir la modificación del art. 34 inc. 6 CP, incorporando un nuevo supuesto de legítima defensa privilegiada en los casos en que una mujer impida o repela una agresión ilegítima sufrida en un contexto de violencia de género ocasionando un daño en la persona o los derechos del agresor. De esta forma una vez que esta corroborado el contexto de violencia en la cual estaba inmersa la mujer, se presumirá que concurren los presupuestos de la primera parte del art. 34 inc. 6 CP, cualquiera fuere el daño que realice el agresor.

VIII.- Conclusión

La necesidad de un cambio de paradigma en torno a la legítima defensa es imprescindible, porque se requiere una óptica distinta para valorar los hechos y la interpretación medular de las normas de fondo y de forma, erradicando de todo razonamiento, al juzgar la aplicación de estereotipos de género que siguen vigentes en el sistema judicial de nuestro país.

Cuando se juzgue la legítima defensa en el contexto de violencia de género se debe tener acreditado los extremos necesarios para ser eximido de responsabilidad y por ende de la pena. El juez debe valorar, teniendo en cuenta la sana crítica racional, los elementos de pruebas que se produjeron en el transcurrir de la causa, colocándose en la posición de la mujer agredida y no analizar los hechos a posteriori con un criterio ceñido a lo técnico-dogmático, porque la reacción de las víctimas de violencia de género tiene particularidades que la diferencian de otros delitos y que se manifiestan más allá del juzgamiento clásico.

En ese orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las investigaciones de violación a los Derechos Humanos deben realizarse por todos los medios legales, con una orientación a la búsqueda de la verdad y ser efectivas, por ello cuando se juzga un caso de legítima defensa en un contexto de violencia de género se debe analizar con la amplitud suficiente, la complejidad, los patrones sistemáticos de violencia y la estructura donde se ubican las personas involucradas en el hecho.

La dificultad que conlleva el juzgamiento de la legítima defensa en un contexto de violencia de género, tanto por el hecho en sí como por las connotaciones particulares de cada caso, en muchas situaciones derivan en una falta de investigación profunda y efectiva por parte del Estado.

Es por ello que el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém Do Pará (MESECVI) puso énfasis en aspectos puntuales de la legítima defensa mediando violencia de género al señalar que todos los operadores del sistema de justicia deben aplicar la perspectiva de género al cumplir sus funciones considerando todas las modalidades de violencia contra la mujer, sin encontrarse limitados solo a los casos intrafamiliar o de pareja.

Es imperioso concluir el tratamiento de la reforma del art. 34 inc. 6 CP tomando en consideración que un análisis sesgado de la legítima defensa en el supuesto de violencia de género, sin tener en cuenta la vulnerabilidad en que se encuentra la mujer con relación al hombre, se estaría soslayando la asimetría entre ellos, ello por la flexibilización de la figura de la legítima defensa es una necesidad frente a las actuales tendencias sociales y el notable avance de los derechos humanos en pos de la defensa de los derechos de la mujer víctima de violencia de género.