

Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa. A propósito del fallo “XXX s/homicidio agravado por el vínculo” de la Corte Suprema de Tucumán.

Laura Julieta Casas*

I.Introducción

En este artículo se realizará un recorrido por las distintas posturas que existen en la dogmática penal sobre la antijuridicidad, para luego analizar la legítima defensa como causa de justificación. Se abordará también la necesidad de incluir la perspectiva de género en el análisis de la legítima defensa de mujeres, víctimas de violencia intrafamiliar, que matan a sus maridos y finalmente se efectuará un breve análisis del fallo “XXX s/homicidio agravado por el vínculo”¹ de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, de fecha 28 de abril de 2014, que absolvió a una mujer que mató a su pareja por considerar que actuó en legítima defensa.

II.La perspectiva de género y la construcción sistemática de la teoría del delito.

En la teoría del delito la construcción sistemática es una herramienta fundamental para ordenar y regular el saber existente. Pero debe advertirse sobre el error de considerar a esta construcción como un modelo matemático con fórmulas axiomáticas. Estas condiciones no pueden ser cumplidas por la ciencia jurídica debido a la inabarcable complejidad y continua variación de la vida social y de los puntos de vista valorativos que sirven para su ordenación².

En consecuencia este sistema se concebirá de manera abierta y elástica. La opción por un sistema de derecho penal de este tipo implica, por un

* Especialista en derecho penal. Profesora de derecho constitucional y teoría del Estado. Universidad Nacional de Tucumán.

¹https://www.justucuman.gov.ar/documents/ceremonial/fallos/seco_teresa_malvina_2014_04_06.pdf?iframe=true&width=95%&height=95%

² Schüneman Bernd, “Valor y necesidad de una construcción sistemática en derecho penal” en Schüneman Bernd, Silva Sánchez, Jesús María (coords.) *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50° Aniversario*, Ed. Tecnos, España, 1991, p. 35.

lado, que el conocimiento existente se situará en un orden removible en cualquier momento; y, por el otro, que los casos y problemas todavía no advertidos no se juzgarán sin reparos con la misma vara, sino que siempre habrá ocasión para modificar el sistema dado. En definitiva, el derecho penal no debe dejarse a merced de un pensamiento tópico que opere completamente al margen del sistema, sino que requiere la construcción de un modelo abierto, en el que cada problema se discuta con conocimiento del sistema disponible y se resuelva de un modo que pueda integrarse en dicho sistema o fuerce a su modificación³. Es decir que los autores más rígidos en lo que refiere a la dogmática penal admiten la necesidad de repensar permanentemente los postulados sobre los que se erige la teoría del delito, y receptar los desafíos que se presentan en aquellos casos donde surgen elementos que la doctrina tradicional no había considerado.

En refuerzo de esta idea de un sistema de derecho penal que recepte los cambios, Atienza al referirse a las discusiones sobre constitucionalismo, neoconstitucionalismo o cambio de paradigma sostiene que *“...lo que me parece indudable es que en los últimos tiempos han tenido lugar una serie de cambios en lo que cabría llamar la “cultura jurídica” de nuestros países (aquellos en donde existe un Estado constitucional) y, que esos cambios no pueden dejar de afectar a la manera de construir la teoría del Derecho, pero también las diversas dogmáticas jurídicas. Como ejemplo que muestra (si es que se necesitara poner alguno) que esos cambios han llegado también a la dogmática penal, bastará con citar una de las obras más importantes de las últimas décadas en este campo. Me refiero al tratado de Santiago Mir, Derecho Penal. Parte General, que, en sus primeras ediciones, definía el Derecho Penal como ‘un conjunto de normas’, mientras que en ediciones posteriores esa definición aparece significativamente modificada: ‘un conjunto de normas, principios y de valoraciones’⁴*

³ Schüneman Bernd, “Valor y necesidad de una construcción sistemática...”, op. cit. p. 37 y 40.

⁴ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo y derecho penal”, en Mir Puig, Santiago, Bidasolo, Mirentxu Corcoy (Dirs.), Hortal Ibarra, Juan Carlos (Coord.) en *Constitución y Sistema Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 26-27.

Teniendo en cuenta estos parámetros, la inclusión de la perspectiva de género será una variable, una herramienta que impactará en todo el sistema del derecho penal. En algunos casos su utilización se convertirá en una exigencia derivada de los instrumentos de derechos humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad Federal⁵.

Juzgar con perspectiva de género significa hacer efectivo el derecho a la igualdad y no discriminación, y es una obligación constitucional y convencional para garantizar el acceso a la justicia.

Este enfoque recepta el impacto diferenciado que una norma o un instrumento jurídico puede tener en varones y mujeres, e impide que, con una aplicación automática y mecánica del derecho se generen situaciones asimétricas de poder o desigualdades basadas en el género o en el sexo.

En lo que se refiere a la legítima defensa, este instituto puede permearse con otros contenidos y se puede replantear, sobre todo porque se trata de una causa de justificación que encuentra su fundamento en los distintos estadios y contextos de la sociedad. En este sentido, la utilización de la perspectiva de género, en los casos de mujeres víctimas de violencia doméstica⁶ que matan a sus parejas, es una herramienta que modifica e interpela a la concepción tradicional de la legítima defensa⁷.

III.La antijuridicidad y las causas de justificación

⁵ Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará). A nivel legislativo la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales establece que se garantizan todos los derechos reconocidos por CEDAW y la Convención de Belem do Para y en especial los referidos a una vida sin violencia y sin discriminaciones.

⁶ En este artículo se utilizarán indistintamente las expresiones violencia doméstica y violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar. No obstante entender la diferencia que puede existir entre ambas expresiones, se aludirá con las mismas a la violencia que sufren las mujeres de parte sus parejas.

⁷ Un análisis exhaustivo de la legítima defensa en los casos de mujeres víctimas de violencia que matan a sus parejas se encuentra en: Di Corleto, Julieta, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de mujeres golpeadas", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, N° 5/2006, mayo de 2006, en <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero65.pdf>

Según Bacigalupo la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contrario al derecho, es decir, cuando el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico.

Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró⁸.

La antijuridicidad puede desplazarse por la existencia de una causa de justificación, porque el autor de la acción actuó con un permiso o “tuvo una buena razón”, según Jakobs, o su conducta estaba amparada en última instancia por el artículo 19 de la Constitución Nacional (Zaffaroni).

Zaffaroni al abordar la antijuridicidad lo hace desde los principios constitucionales. Considera que en las categorías del delito aparecen las pulsiones y contrapulsiones del estado de policía; y en donde más se patentiza esta tensión es en la tipicidad, en el momento de determinar la antinormatividad de la acción.

El autor construye a partir del principio de reserva de la Constitución Nacional la explicación de las normas en el estado de derecho. Así, el poder punitivo se recorta y retrocede cuando en determinadas circunstancias se hace necesario reconocer que la realización de la acción antinormativa es “(...) *un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto o, al menos, la pretensión de injerencia punitiva. De allí que de la legislación no sólo se deduzcan normas prohibitivas sino también preceptos permisivos (...)*”⁹. De esta manera el autor, encuadra los preceptos permisivos dentro de la esfera de la libertad, que constituye lo general y no la excepción.

Estos preceptos permisivos son las causas de justificación y se traducirían en el ejercicio de un derecho, que al decir de Zaffaroni no diferirían en su esencia de la disponibilidad de cualquier bien jurídico.

⁸ Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte general*, Ed. Hammurabi, 2da edición, Bs. As., 1999, p. 351.

⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 561.

Entonces la consideración de los permisos, desde el ámbito de la libertad y no desde las prohibiciones, se ajusta a un estado de derecho y a una dogmática penal que busca contener el ejercicio del poder punitivo, por lo tanto aquello que se denomina permiso legal o causa de justificación estaría inscripto en la categoría del ejercicio de derechos, lo que acreditaría que son permisos de orden y de jerarquía superior, o sea permisos constitucionales.

Desde otro sector de la dogmática penal, Jakobs entiende que las causas de justificación son “motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido”¹⁰. Estos motivos bien fundados se los identifica teniendo en cuenta el estado de la sociedad concreta y este estado de la sociedad suele ser complejo, por lo que no cabría derivar las causas de justificación de una sola idea básica.

Jakobs reconoce tres grupos de causas de justificación que se fundamentan en distintos principios¹¹. Por un lado, el principio de responsabilidad que fundamentaría la legítima defensa, y, por otro lado, el principio de ocasionamiento, que justificaría el estado de necesidad defensivo. En estos casos la acción está justificada cuando existe un comportamiento previo del cual la víctima es responsable porque debe responder por su organización. El trasfondo es el sinalagma utilizado por Jakobs: libertad de organización- responsabilidad por sus consecuencias.

Roxin entiende que en el caso de la legítima defensa los principios rectores son: el principio de protección y el principio de prevalecimiento del derecho.

Se puede decir que las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y sus límites.

IV. Legítima defensa. Evolución y fundamentos

¹⁰ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, 2da Edición, Madrid, 1997, p. 419.

¹¹ Jakobs, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, 2da edición, Madrid, 1997.

Una vez analizada brevemente la antijuridicidad y los fundamentos de las causas de justificación, se examinará la legítima defensa a los fines de replantear sus postulados desde una perspectiva de género.

La incorporación de la perspectiva de género, o un abordaje de género, implica la posibilidad de efectuar un análisis crítico e integral de un determinado fenómeno, comprendiendo cómo opera la discriminación en la vida en sociedad. Esta perspectiva nos permite analizar las características de mujeres y varones definidas socialmente y moldeadas por factores culturales, así como también los roles asignados a varones y mujeres y las relaciones que se establecen entre ellos.

Este enfoque constituyó un aporte significativo del pensamiento teórico feminista al análisis del discurso jurídico, permitió registrar las formas en que mujeres y varones son percibidos por un entorno estructurado por la diferencia sexual, y ha promovido el estudio de formas de control social ejercidas sobre las mujeres¹².

El derecho como un discurso de poder que moldea subjetividades, es una manifestación de una sociedad determinada y por lo tanto no es ajeno a los roles que se construyen, por lo tanto debe ser mirado a través de la lente del género.

Respecto al instituto de la legítima defensa es necesario precisar que no existió siempre de la misma manera, sino que se fue reformulando según el estadio de desarrollo del orden social. Roxin sostiene que anteriormente se concedía un derecho a la legítima defensa contra agresiones con armas a la vida o integridad y ello sólo si no había posibilidad de esquivar; y sólo en la ilustración se admitió la legítima defensa frente a todas las agresiones antijurídicas. En un sentido similar Palermo dice que: “(...) *No parece que quinientos años atrás, la criada del rey, que decidiera matarlo para defenderse de sus constantes abusos sexuales, hubiera podido invocar un derecho a la legítima defensa para eximirse de responsabilidad (...)*”¹³

¹² Birgin, Haydée, “Prólogo”, *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, (Birgin, Haydée comp.), Ed. Biblos, Bs. As. 2000.

¹³ Palermo, Omar, *La legítima defensa. Una visión normativista*, Ed. Hammurabi, Bs. As, 2007.

El fundamento de la legítima defensa como causa de justificación está fuertemente ligado al concepto de estado, derecho y poder punitivo. Y sus fundamentos oscilan entre posiciones objetivistas y subjetivistas y respuestas que adhieren a un fundamento complejo.

Las posiciones objetivistas consideran que el fundamento de la legítima defensa es la defensa del derecho objetivo, la defensa del orden jurídico en sí mismo. Esta posición puede llegar a extremos en los que se equipare con la pena, puesto que se impondría como reafirmación del derecho, llegando incluso a considerarse la legítima defensa como un deber jurídico más que como un derecho.

Las posiciones subjetivistas ponen énfasis en el derecho subjetivo injustamente agredido y su vertiente es contractualista. A través del contrato se ingresa a la sociedad civil y a una sujeción a un orden, al Estado. Cuando el Estado no puede acudir en defensa de los derechos de los individuos cesa ese deber de obediencia que se generó con el contrato. Es una versión hobbesiana del contrato social¹⁴.

Si se siguiera a Jakobs se diría que el primer deber que existe en una sociedad es el deber negativo de no dañar a otro. Como personas libres tenemos libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias de nuestra organización. En la situación de legítima defensa el agresor ha organizado de tal manera su ámbito de organización que ha violado el deber negativo de no lesionar respecto a la persona agredida, entonces es plenamente responsable de la situación de peligro. La legítima defensa se fundamentaría en la responsabilidad por organización de quien agrede, lo cual va a tener importancia para los derechos de la persona agredida, pero también para las consecuencias que va a sufrir el propio agresor en la situación de legítima defensa. La responsabilidad del agresor es también autorresponsabilidad, lo que le pase al agresor va a tener aplicación sobre la base del principio de autorresponsabilidad.

Roxin sostiene que la legítima defensa se asienta en dos principios: la protección individual y el prevailecimiento del derecho. Con este último principio afirma un objetivo político criminal porque la defensa cumple una función de

¹⁴ Citado por Zaffaroni en Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia....op. cit.*, p. 581.

prevención general, el orden legal se afirma frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa.

Se parte también de sostener que la legítima defensa es un derecho y que tiene un carácter subsidiario, es decir que la misma opera como legítima cuando están ausentes los órganos estatales, que son quienes tienen que resguardar los bienes y derechos de las personas. Sostener que la legítima defensa es un derecho y que opera subsidiariamente requiere una serie de precisiones. Porque no se puede sostener la ficción de que el Estado reparte sus servicios de forma igualitaria y con la misma eficacia para todas las personas, la desigualdad en el acceso a la justicia es una realidad y la desigual distribución del servicio de seguridad se traduce en un reparto de victimización. Al decir de Zaffaroni: *“(...) si se valora la subsidiariedad como criterio limitador del derecho a la legítima defensa y se prescinde de estos datos de realidad, resulta que el derecho de defensa se limitará en relación inversa a la posición social o a la renta de la persona, lo que obviamente, es inconstitucional. Por el contrario, la subsidiariedad cobra un sentido mucho más racional si con ello se quiere decir que, atendiendo a los datos de la realidad, se afirma que el derecho de legítima defensa cesa cuando el agente tiene en el caso la posibilidad de contar, cierta y efectiva, de acudir al servicio estatal y de que éste le proteja realmente de modo no sensiblemente inferior al que él mismo podría obtener con su defensa. En este sentido, subsidiariedad significa que no haya oportunidad de reclamar en tiempo el servicio, tanto como que éste no sea accesible o no sea eficaz (...)”¹⁵*.

V.Requisitos de la legítima defensa

a) La agresión ilegítima

La legítima defensa procede en los casos de una agresión ilegítima contra un bien jurídico. La agresión es la amenaza a un bien jurídico, un riesgo

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, op. cit., p. 582.

de daño, por parte de una conducta humana. Esta agresión para Roxin no exige una conducta culpable.

Según la doctrina dominante el concepto de agresión se fija ex ante para determinar cuándo es adecuada la intervención.

b) La actualidad de la agresión

La agresión debe ser también actual. Se entiende por actual cuando es inmediatamente inminente o está teniendo lugar o todavía prosigue. Los problemas se plantean respecto a cuándo se considera que comienza y cuándo ya no es actual.

En relación a la determinación de cuándo es inmediatamente inminente la agresión, no es tampoco muy claro. Según Roxin sería equivocado asimilarla a la frontera de la tentativa ya que, por una exigencia del estado de derecho, la tentativa debe situarse lo más próxima a la consumación y en ese caso sería demasiado tarde esperar hasta este momento para tomar contramedidas. Entonces una agresión es inmediatamente inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería posible en condiciones más graves. Se la situaría en la fase primera de los actos preparatorios.

c) La necesidad de la defensa

La defensa es necesaria cuando es idónea, pero además cuando es la más benigna entre las posibles defensas y no está unida al riesgo inmediato de sufrir un daño¹⁶. El principio de que debe utilizarse el medio más benigno posible se encuentra relativizado por el hecho de que el agredido no debe correr ningún riesgo.

Roxin relativiza la utilización del medio más benigno para defenderse y agrega ejemplos tomados de la praxis: *“El titular de la vivienda puede apuñalar con un cuchillo a un hombre ebrio que se ha introducido por la noche en su vivienda; dado que defenderse con un bastón no hubiera tenido éxito y que el perro pastor, aún joven y juguetón, no estaba adiestrado para enfrentarse al hombre, el dueño de la casa no tiene por qué utilizar esos medios”*. *“Si un*

¹⁶ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte general*, op. cit, p. 628.

sujeto grita a otro que le va a matar y le agrede con los puños, éste puede defenderse con un puñal –aunque tenga consecuencias mortales-; el agredido sólo tendrá que limitarse a una defensa con sus puños si físicamente es tan superior a su agresor que esa clase de defensa le puede garantizar un éxito seguro en su rechazo”¹⁷.

La medición de lo que se considera necesario se tendrá que efectuar con los criterios de un observador/a sensato/a y debe determinarse ex ante. Esta interpretación del elemento de la necesidad conduce a que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo recaigan sobre el agresor. La característica de la necesidad de la agresión no se vincula a la proporcionalidad.

Para Zaffaroni el fundamento es el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla, pero es un derecho con límites impuestos por la necesidad y por la racionalidad. En el derecho argentino el límite está dado por la racionalidad: la defensa necesaria es legítima siempre que sea racional.

Sostiene Zaffaroni que si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera entre el mal que se evita y el que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados¹⁸. La legítima defensa tiene los límites que le impone la racionalidad como ausencia de disparidad escandalosa.

En la doctrina argentina se entendió el requisito de racionalidad de la necesidad del medio empleado como proporcionalidad, pero la referencia al medio empleado no significa una equiparación de instrumentos, sino la ausencia de desproporción aberrante entre la conducta lesiva y defensiva.

Si las causas de justificación responden a distintos estadios por los que atraviesa una sociedad y son principios socio reguladores que permiten una solución adecuada en caso de conflicto, cabe decir que las mismas son

¹⁷ Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General*, op. cit, p. 630.

¹⁸ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, op. cit. p. 584.

susceptibles de cambios y de adaptación a las distintas respuestas socioculturales.

En este sentido la legítima defensa debe reformularse en los casos de mujeres que viven en un contexto de violencia doméstica. La perspectiva de género es la herramienta para analizar estos contextos.

En este entendimiento, la dogmática penal tiene que filtrarse por principios político criminales y no puede estar ajena a los cambios que se producen bajo el riesgo de quedar petrificada. No atender a determinados fenómenos que tienen que ver con situaciones estructurales de dominación en sociedades como las latinoamericanas, derivaría en un derecho penal miope a las cuestiones de género, que vería reducida su posibilidad de riqueza en la solución de conflictos y que implicaría una desigual aplicación.

Estas afirmaciones se asientan en un contexto en cual la violencia de género aumentó considerablemente en los últimos años. La preocupación de los organismos internacionales de derechos humanos sobre esta problemática se hizo evidente a través de numerosa normativa al respecto, que exige a los Estados adoptar medidas de políticas públicas y una serie de recomendaciones para terminar con la violencia de género.

La preocupación por la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica como una de sus manifestaciones, adquirió especial relevancia en el informe del Relator contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos y degradantes del año 2008. En este informe se puso de relieve el paralelo que existe entre la tortura y la violencia privada contra las mujeres, afirmando el deber de debida diligencia que tienen los Estados para proteger a las personas que están dentro de su jurisdicción y son sometidas a tortura y tratos crueles por parte de particulares¹⁹.

¹⁹ El Relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes considera que "Si bien no hay una lista exhaustiva de las formas de violencia que puedan constituir tortura o trato cruel inhumano o degradante -sí cabría incluir entre ellas distintos tipos de las denominadas prácticas tradicionales (como la violencia por la dote, la quema de viudas, etc.), la violencia en nombre del honor, la violencia y el acoso sexuales y las prácticas análogas a la esclavitud, a menudo de índole sexual-, el Relator Especial quisiera destacar tres: la violencia doméstica (en forma de violencia dentro de la pareja), la mutilación genital femenina y la trata de personas. El Relator Especial quiere destacar estas formas de violencia por tres motivos: en primer lugar, están muy difundidas y cada año afectan a millones de mujeres en todo el mundo. En segundo lugar, en muchas partes del mundo se siguen trivializando y la comparación entre ellas y la tortura "clásica" permitirá sensibilizar al grado de atrocidad al que

Las razones de la violencia de género están expuestas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Para, que en su preámbulo reconoce como una de las razones de esta violencia la subordinación histórica de las mujeres.

Este tema es particularmente problemático en la dogmática penal porque alguna doctrina sostiene que las relaciones entre cónyuges están enmarcadas dentro de las relaciones de garantía, lo que implica que tiene menor importancia el principio de prevailecimiento del derecho²⁰, y conduce a restricciones similares a las que proceden ante la agresión irrelevante; la persona agredida no puede matar o lesionar gravemente a su pareja aunque sólo de ese modo pueda evitar con seguridad el golpe, sino que tiene que esquivar o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aún corriendo el riesgo de sufrir daños.

No obstante esta posición sostenida por Roxin, el autor también reconoce que en los casos en donde se corren riesgos de sufrir lesiones graves que requieran tratamiento médico, cesan los deberes de solidaridad de la persona agredida y utiliza el ejemplo de una esposa que en caso necesario podrá defenderse, incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Reconoce también que ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves) que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Y sostiene que, una mujer que es apaleada casi a diario por su marido, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse²¹.

pueden llegar. En tercer lugar, decir que estas formas de violencia pueden constituir torturas si los Estados no actúan con diligencia, es un ejemplo de paralelo entre la tortura y otras formas de violencia contra la mujer". Punto 44, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008.

²⁰ Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit.

²¹ Roxin, Claus, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 652. Jakobs habla de una obligación de sacrificarse más reducida cuando existen "trastornos de la institución", pero no especifica que se entiende por esta expresión, cuánto debe tolerar la víctima de la agresión para que se empiece a considerar que la institución está trastornada o trastocada. Ver Jakobs, Günter,

VI.Relectura de la legítima defensa. Casos jurisprudenciales

Existen fallos jurisprudenciales que abordaron la legítima defensa de mujeres que vivían en un contexto de violencia y que reaccionaron matando a sus parejas. Inclusive algunos casos presentan la particularidad, y son los más controvertidos, que la defensa ejercida por las mujeres lo fue mientras su agresor dormía, en el interregno donde teóricamente la agresión antijurídica no revestía las características de actualidad e inminencia según la dogmática tradicional.

Un caso paradigmático que motivó la discusión sobre si una conducta se encontraba justificada o exculpada fue el caso de Judy Norman²², del año 1989 en los Estados Unidos.

Judy Norman mató a su pareja mientras éste dormía²³. Durante el juicio argumentó que actuó en legítima defensa²⁴.

El día anterior a que Norman matara a su esposo, había sido brutalmente golpeada quedando casi en estado de inconsciencia. Cuando pudo recuperarse llamó a la policía, pero le dijeron que no podían arrestar a su esposo a menos que planteara una denuncia en su contra. Cuando la policía se fue Norman intentó suicidarse. Cuando llegó la emergencia su esposo obstaculizó la intervención del personal médico manifestando que debían dejarla morir. La acusada recurrió a personal médico a los fines de que declararan a su esposo insano y acudió a instituciones del estado para solicitar

Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Ed. Marcial Pons, 2da edición, Madrid, 1997, p. 488-489.

²² State v. Norman, 324 N.C. 253, 378 S.E. 2d 8, 1989.

²³ Chiesa habla de situación no confrontacional para referirse a acciones defensivas que se producen en un momento en donde no existe enfrentamiento o confrontación actual entre el que alega defenderse y el supuesto agresor. Ver <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/321/312>

²⁴ Norman se había casado con su esposo cuando tenía catorce años y estuvo casada durante veinte años. En ese tiempo fue brutalmente maltratada por su esposo. Las agresiones eran variadas pero cada vez más severas. En una oportunidad le apagó un cigarrillo en la frente. En otra ocasión le rompió una botella de cerveza en el cuerpo y también la forzó a prostituirse.

ayuda económica que le permitiera dejar de prostituirse. Frente a estos actos, el marido la quemó con cigarrillo y la forzó a dormir en el suelo.

En este cuadro de situación, Norman se levantó a mitad de la noche, mientras su esposo dormía, y le disparó causándole la muerte al instante.

El voto de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de Carolina del Norte le negó el planteo de legítima defensa argumentando que no había existido ataque inminente del cual la imputada debía defenderse.

Casos como éste plantean interrogantes de la actualidad de la agresión, la inminencia, la necesidad de la defensa y su razonabilidad.

Zaffaroni sostiene en cuanto a los límites de la acción defensiva, que la misma puede realizarse mientras exista una situación de defensa que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos. Precisa aún más este concepto al decir: *“(...) la legítima defensa es posible desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo, o sea que puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos. Es bueno observar también que estas condiciones importan por sí mismas una lesión a la tranquilidad de una persona, y por ende, desde otro punto de vista puede pensarse en una agresión actual (...)”*²⁵.

El concepto de actualidad en la agresión es el que está en duda, pero en situaciones y en casos como los descriptos, puede sostenerse razonablemente que la agresión no perdió actualidad: 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.

Se dice que el actuar razonable en estos casos debe evaluarse atendiendo a lo que “el hombre prudente y razonable” hubiera creído y percibido en la situación del autor. Ahora bien ¿quién es este mítico sujeto prudente y razonable? ¿Es necesario tomar en cuenta el género de la persona que se defiende? ¿Hay que indagar sobre el historial de violencia entre quien

²⁵ Zaffaroni, Raúl Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Derecho Penal...*, op. cit, p. 595.

se defiende y la persona agresora? Estas consideraciones son necesarias para una adecuada aplicación de la legítima defensa, en consecuencia, la razonabilidad en estos casos debe determinarse indagando acerca de lo que la persona razonable hubiera hecho estando en la situación del actor. Esto permitiría, por ejemplo, que se tomara en cuenta: 1) cualquier conocimiento que tenga quien se defiende del carácter pendenciero del agresor, de los actos violentos cometidos por éste en el pasado, y 2) las características físicas, incluyendo el género, tanto de quien agrede como de la persona que se defiende²⁶.

La opinión disidente del juez Martin en la causa de Judy Norman es clara en cuanto al análisis de la situación. Sostiene Martin que *“(...) para la mujer maltratada, si no hay escapatoria, si no hay una ventana de alivio o una percepción momentánea de seguridad, el próximo ataque puede ser el último. Bien entendido el problema, la cuestión central no es si la amenaza era inminente, sino si la creencia de la acusada de que inevitablemente sufriría una agresión letal en el futuro de la cual no tendría oportunidad de escapar era (objetivamente) razonable (...)”*²⁷

En el caso “Bulacio Gladys Lery s/homicidio calificado”, los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal n°3 de la ciudad de Mar del Plata resolvieron sobre la conducta de una mujer que respondió a la agresión de su esposo con dos disparos que le provocaron la muerte.

La situación de violencia permanente que vivía Bulacio era similar a la que vivía Judy Norman como también las circunstancias en las que se produce la muerte del marido.

Los jueces en este caso consideraron que Bulacio actuó en legítima defensa. Realizaron un análisis de las particularidades de los casos en que las mujeres se defienden de una agresión en un contexto de violencia en el que la justicia estuvo ausente y no brindó protección adecuada; evaluaron los hechos y circunstancias a la luz del problema general de la discriminación de género, tomando en cuenta el historial de violencia previa²⁸.

²⁶ Chiesa, Luis Ernesto, “Mujeres maltratadas...”, op. cit. p. 53.

²⁷ En Chiesa, Luis Ernesto, “Mujeres maltratadas...”, op. cit. p. 55.

²⁸ Di Corleto, Julieta, “Mujeres que matan...”, op. cit

El tribunal al resolver evaluó la inminencia de la agresión y consideró que había que hacer una distinción entre un fugaz momento de calma en el contexto de un feroz ataque y el fin de la agresión. Consideró que en los casos de mujeres golpeadas no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión; para ello toma en cuenta el pasado de abuso para redefinir el concepto de inminencia o para evaluar la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente.

Los jueces evaluaron ex ante la situación y dieron por probado que minutos antes de su muerte, el esposo de Bulacio le había disparado con un arma de fuego, la había golpeado y la estaba por violar; Bulacio no se encontraba ante una violencia futura o una agresión pasada, por el contrario, en este contexto, la agresión resultaba permanente.

En la causa Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple²⁹, fallado el 1 de noviembre de 2011 la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia de la Corte de Catamarca que consideró que Leiva no había actuado en legítima defensa.

Leiva había sido condenada por matar con un destornillador a su pareja. Era víctima de violencia de género y alegó que actuó en legítima defensa³⁰.

VII. La Corte de Tucumán aplica el Bloque de Constitucionalidad Federal para precisar los extremos de la legítima defensa.

El 28 de abril de 2014 la Corte Suprema de Justicia de Tucumán hizo lugar al recurso de casación interpuesto por la defensora oficial en el caso “XXX s/homicidio agravado por el vínculo”.

La Sala I de la Cámara Penal del Centro Judicial de Concepción, provincia de Tucumán, había condenado a XXX a la pena de 12 años de prisión por matar a su marido.

²⁹ Fallos 334:1204

³⁰ Un análisis de este fallo puede verse en Hoop, Cecilia M., “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias” en Pitlevnik, Leonardo (director), Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 13, Ed. Hammurabi, 2012.

La Corte Provincial revirtió la condena y absolvió a XXX por considerar que actuó en legítima defensa en los términos del artículo 34 inc. 6 del Código Penal.

XXX mató a su pareja con un cuchillo de cocina para defenderse y defender a su hijo de 13 años. Ese día su pareja ingresó violentamente al domicilio y quiso pegarles a XXX y a su hijo. XXX era víctima de violencia doméstica, lo que había quedado evidenciado por distintos testimonios durante el juicio. También surgió durante el juicio, a partir de las pruebas aportadas, que XXX trató de hacer varias denuncias a la policía y las mismas no fueron recibidas.

En la sentencia la Corte receptó los tratados internacionales sobre derechos humanos de las mujeres haciendo una aplicación directa de los mismos a la dogmática penal y reformuló los postulados tradicionales de la legítima defensa. Al analizar el planteo de la defensa entendió que era necesario que los hechos fueran analizados a partir de la perspectiva de género a la que consideró una *“...pauta hermenéutica constitucional, “sensibilidad especial” y principio rector para la solución de los derechos en pugna”*, citando la Convención de Belem do Pará (punto VI.2).

La Corte tucumana fue contundente en este sentido cuando dijo en el apartado VI.2: *“... teniendo en cuenta que la cuestión debatida posee incidencia sobre una mujer que aduce ser víctima de violencia (de género y doméstica) –dado que puede provocarse un innecesario padecimiento-, debe incorporarse la “perspectiva de género” como pauta hermenéutica constitucional, “sensibilidad especial” y principio rector para la solución de los derechos en pugna. Es que “...como lo señala la Convención de Belem do Pará... la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases” (Cfr. Corte I.D.H., Caso “Rosendo Cantú y otra vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de*

2010, párr.108)”. A continuación el Tribunal analizó los instrumentos que incorporaron la perspectiva de género y refirió a la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales y las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Asimismo citó la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de San Luis en la causa “Gómez María Laura s/homicidio simple”, del 28 de febrero de 2012, que también tomó en cuenta el contexto de violencia de género que padecía la mujer para valorar los extremos de la legítima defensa y aplicó CEDAW, la Convención de Belem do Pará y sostuvo que *“...teniendo en cuenta la legislación citada, se advierte que en el presente caso la imputada ha sido víctima de violencia de género por parte del Sr. Appap, que justifica su reacción frente a la agresión ilegítima proferida por quien luego resultara víctima del hecho, dándose la causal de justificación de legítima defensa... Cabe destacar que en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre, latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza”*³¹.

Es muy destacable, porque significa un progreso para los derechos humanos, que la Corte de Tucumán considere que en virtud de la normativa existente en nuestro país *“...las mujeres víctimas de violencia gozan en el proceso judicial de un “especial” estándar de protección”,* y que *“...existen*

³¹ Fallo “Gómez , María Laura s/Homicidio simple”, sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2012. Superior Tribunal de Justicia de San Luis.

ciertos casos en donde es obligatoria la materialización de la perspectiva de género como criterio de interpretación de la normativa aplicable, de los hechos y de las pruebas del caso, en la medida que nos sitúa en una comprensión global de la discriminación contra las mujeres” (Apartado VI.2).

En esta causa la Corte considera que la violencia de género alegada por la señora XXX debe ser tenida en cuenta para analizar el contexto en el que se llevó a cabo la legítima defensa y la perspectiva de género debe utilizarse en forma obligatoria al momento de juzgar. Aseverar esto implica reconocer que es una obligación de los jueces analizar los hechos bajo el prisma de la violencia de género e implica también asignarle un valor fundamental, ineludible en el ejercicio de la sana crítica. La aplicación de una perspectiva de género no es una alternativa que tienen los jueces al fallar cuando encuentran hechos en los que existen manifestaciones de violencia, sino una obligación que surge de la incorporación de tratados de derechos humanos en nuestro sistema jurídico. La incorporación de Belém do Pará, de CEDAW, el dictado de la ley de Protección Integral implica que el Estado Argentino se comprometió a identificar la violencia para erradicarla y sancionarla y una de las formas de identificarla es aplicando la perspectiva de género.

La Corte sostiene que *“... se advierte que en el presente caso la imputada ha sido víctima de violencia de género y doméstica por parte del Sr. XXX, lo cual justifica –según se verá- su reacción frente a la agresión ilegítima proferida por quien luego resultara víctima del hecho, materializándose en la especie la causal de justificación de legítima defensa. Es que la agresión, debió ser analizada en el contexto de violencia de género dado en el ámbito doméstico...”* Luego los jueces analizaron el plexo probatorio a la luz de estos parámetros, (violencia de género, condiciones históricas de desigualdad entre varones y mujeres, patriarcado) demostrando, en una sentencia que tiene un alto grado de vocación pedagógica, que los hechos y el instituto de la legítima defensa, adquiere otro matiz cuando se incorpora la perspectiva de género. En este sentido, el Tribunal dijo: *“...-hoy más que nunca- es preciso repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causa de justificación es una mujer víctima de violencia. Es que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer*

arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las notas propias del ciclo de violencia en la que suelen permanecer las “víctimas” de violencia devenidas en “victimarias”, profundizando el injusto jurídico” (Apartado VI. 4).

En la resolución que se comenta se absuelve por legítima defensa a quien fuera condenada en la instancia anterior, pero además la Corte en aplicación del artículo 7 inc. g de la Convención de Belem do Pará, y haciéndose cargo de las obligaciones que asumió el Estado Argentino al suscribir tratados de derechos humanos, dispuso que se arbitraran los medios necesarios a los efectos de restituir la salud mental afectada por los sufrimientos sufridos por la señora XXX.

La sentencia aplica los tratados de derechos humanos y la normativa legal que refieren al derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres y el derecho a una vida libre de violencia; reformula el instituto de la legítima defensa a partir del análisis del contexto de violencia de género como un elemento esencial y jerarquiza la perspectiva de género al considerarla una *“pauta hermenéutica constitucional”*.

VIII. Conclusión

El recorrido efectuado por la categoría de la antijuridicidad y por la legítima defensa, da cuenta de las discusiones que existen en la dogmática penal.

El instituto de la legítima defensa se encuentra con casos, como los mencionados precedentemente, que escapan a los estándares de su diseño primigenio. Estos casos lejos de ser un obstáculo para la doctrina y la dogmática, enriquecen el sistema.

La discusión que plantean los supuestos de mujeres sometidas a violencia permanente por parte de sus parejas, que recurrieron anteriormente a las instancias estatales para requerir justicia sin ninguna respuesta, y que terminan matando en legítima defensa a sus agresores obliga a replantear los conceptos de agresión actual, inminente, racionalidad del medio empleado,

etc. y obligan a evaluar otras variables como la violencia de género, como patrón histórico y situación permanente que viven algunas mujeres. Así, cuando existe violencia doméstica se está en presencia de una agresión que está consolidada y no cesa, hay un continuo, un proceso en el cual no se pueden establecer cesuras rígidas y precisas de cuándo comienza y cuándo termina.

Por otro lado, la utilización de una perspectiva de género para examinar la violencia, el desigual acceso a derechos y la discriminación es una exigencia de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que deben incorporar quienes juzgan.

La aplicación de una perspectiva de género en los casos donde existe violencia, no es una alternativa que tiene el poder judicial, sino una obligación que surge del Bloque de Constitucionalidad Federal y filtra todos los institutos y ramas del derecho.