

Matar o morir en vida

Legítima defensa sin confrontación en contextos de violencia de género

Lucrecia Garyulo¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Legítima defensa; II.A.- Concepto; II.B.- Requisitos; II.B.I.- Agresión actual, agresión inminente; III.- Importancia de la lectura del instituto en clave de género; IV.- Reflexiones en torno al fin de la potencial pena; V.- Conclusiones; V.- Bibliografía

RESUMEN: En el presente artículo se abordará el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género que, sin haber mediado una agresión inmediatamente anterior por parte de sus parejas violentas, arremeten contra éstas. Se argumentará que esta situación, que muchos doctrinarios y juristas han catalogado históricamente como casos de homicidio calificado, configura en realidad un supuesto de legítima defensa. En especial, se desarrollará la importancia de realizar una interpretación con perspectiva de género frente a estos casos para poder comprenderlos en su totalidad.

PALABRAS CLAVE: Legítima defensa - Violencia de género - Falta de confrontación - Derecho penal - Derechos de las mujeres

¹ Estudiante avanzada de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becaria de formación del Departamento de Publicaciones (UBA). Ayudante alumna de la asignatura “Derechos Humanos y Garantías”, comisión a cargo del Dr. Ramiro Riera (UBA). Investigadora junior en el proyecto DeCyT “Análisis de los DESC en la historia de vida y el entorno familiar de las personas privadas de la libertad”, dirigido por el Dr. Norberto Tavosnaska (UBA). E-mail de contacto: garyulolucrecia@gmail.com.

I.- Introducción

La desigualdad entre hombres y mujeres no es cosa nueva; se estima que existió incluso en sociedades primitivas, donde ellas ocupaban un rol casi de esclavitud². Esta disparidad se ha ido manifestando de diferentes maneras a lo largo de la historia, y no siempre ha sido percibida social ni legalmente de la misma forma. En la actualidad, aún frente a la innegable la conquista de espacios y derechos, la violencia de género —y la estructura patriarcal que la avala y la sostiene—, aunque ha mermado, continúa vigente.

Con la intención de resguardar los vulnerados derechos de las mujeres, ha emergido un amplio corpus normativo nacional e internacional, que ha tenido un rol sustancial en la identificación, visibilización y desnaturalización de las violencias³. Pero además se ha enfatizado en garantizar el acceso pleno a la jurisdicción para las víctimas, aspecto de fundamental importancia ya que “aquél posee una prioridad ontológica frente al resto de derechos, en la medida en que si está vedada u obstaculizada la posibilidad de reclamarlos judicialmente, éstos acaban quedando reducidos a meras declaraciones de buena voluntad”⁴.

Sin embargo, no basta con establecer una serie de prerrogativas y procurar su efectividad —aunque aquello no es poca cosa—, sino que es necesario cuestionar la totalidad del Derecho vigente, como así también interpretarlo y aplicarlo en clave de género, sin desvirtuar ni deformar los textos pero evitando perpetuar situaciones estereotípicas y de discriminación fáctica a través de ellos.

Pero, ¿de qué hablamos exactamente cuando hablamos de violencia de género? Conforme surge de la ley 26.485/2009, se entiende por tal a “**toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como**

² Para un estudio en profundidad, puede consultarse: Durant, W. (1997). *Story of Civilization: Our Oriental Heritage*. Fine Communications.

³ Destacan en particular la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, dotada esta última con jerarquía constitucional desde 1994.

⁴ Brodsky, J., & Garyulo, L. (2021). El acceso a la justicia como derecho fundamental y su ejercicio en tiempos de pandemia. *Temas de Derecho Procesal - Erreius*. Respecto del caso particular del acceso para las víctimas de violencia de género, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 2007, recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>

en el privado, basada en una **relación desigual de poder**, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal [...]” (el resaltado es propio). Su forma más extrema es el femicidio, esto es, la muerte violenta de mujeres en manos de hombres y por razones de género⁶, que en la República Argentina ha sido incorporado como agravante del homicidio en el año 2012⁷.

Para dimensionar cuantitativamente la cuestión, durante el año 2020 se contabilizaron en nuestro país un total de 251 víctimas directas de femicidio, lo que equivale a 1,1 femicidios directos por cada 100.000 mujeres⁸. Aún así, en comparación con otros países latinoamericanos, esta cifra es alentadora —aunque no deja de ser alarmante—. Por poner algunos ejemplos, en Brasil se registraron 1.8 femicidios cada 100.000 mujeres; en Uruguay, 1.4; en Bolivia, 2.1; y en Honduras, 6.2⁹.

Especialmente preocupante es observar que estas muertes no forman parte de episodios aislados, sino que son sólo la punta del iceberg: la mayoría de las víctimas ya había sufrido violencia por parte de los perpetradores e incluso había denunciado al menos una vez, sin haber obtenido una respuesta protectoria adecuada¹⁰.

Como contracara, en el último tiempo se han visibilizado con mayor medida hechos de mujeres que, frente a la reiterada violencia, la falta de auxilio y el miedo a ser asesinadas, cobran “justicia por mano propia”: dan muerte a sus parejas con la esperanza de poner fin al continuo maltrato. Estas situaciones desconciertan al

⁵ Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales 26.485, Honorable Congreso de la Nación Argentina, 11 de marzo de 2009. Ver en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

⁶ Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). (2018). *Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios)*.

⁷ Art. 80 inc 11 CPN: Sera reprimido con prisión perpetua o reclusion, pudiendose aplicar lo dispuesto en el articulo 52, al que matare “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”.

⁸ Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. Resulta especialmente interesante destacar que aún en un contexto de pandemia, cuando las cifras de los demás delitos bajaban —tanto a nivel nacional como mundial—, este crimen no cesaba.

⁹ Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, dependiente de la CEPAL-ONU. Datos recuperados de: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/femicidio>

¹⁰ Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*.

Poder Judicial y a la sociedad en general, quedando latente la incógnita acerca de cómo debe actuar el Estado a continuación.

En los últimos años se ha propuesto que estos casos deben resolverse a través de la aplicación con perspectiva de género del instituto de la legítima defensa, siempre y cuando se verifiquen sus requisitos. Sin embargo, esto último no es tarea sencilla, en especial en los casos donde no hay una confrontación inmediatamente anterior. Con ello en mente, en este trabajo intentaremos dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuándo podemos hablar de legítima defensa en contextos de violencia de género? Y, en especial, ¿corresponde sancionar penalmente a una víctima de violencia sostenida que arremete contra su histórico agresor, aunque no haya habido una agresión inmediatamente anterior por parte de éste?

II.- Legítima defensa

A. Concepto

La legítima defensa aparece en el marco de la teoría del delito como causal de justificación de la antijuridicidad, excluyendo la posibilidad de reprimir penalmente una conducta y eximiendo del deber de reparar los daños en sede civil. Se encuentra tipificada en el artículo 34 inciso 6 del Código Penal argentino, que establece que no es punible: “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. [...]”. Se complementa con el inciso siguiente, que desarrolla el supuesto en el que la defensa es en favor de terceros.

Conforme el texto *in fine* de la norma, se trata de un reconocimiento del “derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla con eficacia¹¹”, siendo clara su naturaleza subsidiaria. A su vez, funciona como excepción a la prohibición de la justicia privada o “por mano propia” y, como tal, requiere de una interpretación restrictiva. En palabras del Dr. Bacigalupo, “la defensa sólo es legítima si es necesaria¹²”, ya que si bien el Estado no puede obligar a soportar pasivamente un injusto penal, tampoco puede permitir irrestrictamente la venganza o sanción privada.

¹¹ Zaffaroni, E. R., & Alagia, A. (2021). *Manual De Derecho Penal. Parte General / 2 Ed.* Ediar. Pp. 476.

¹² Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal.* Hammurabi.

B. Requisitos

Para poder ejercerla se exige, en primer lugar, la existencia de una agresión humana, actual e ilegítima¹³; en otras palabras, la defensa debe realizarse mientras exista un inmediato signo de peligro para el bien jurídico¹⁴. Este requisito será discutido *in extenso* en el subacápite siguiente.

En segundo lugar, se establece que debe haber una necesidad racional del medio empleado para ejercerla. Para definir este elemento, corresponde evaluar hipotéticamente cuáles comportamientos podría haber desplegado el agredido para impedir o repeler la agresión, considerando como óptimo el menos lesivo y comparándolo con el efectivamente utilizado¹⁵. De aquí se desprende que el daño causado debe ser relativamente proporcional al recibido o, al menos, no debe ser irrazonablemente desproporcionado¹⁶. Asimismo, debe destacarse que a los fines de determinar la existencia de este aspecto se considerarán únicamente los medios **efectivamente disponibles** para contrarrestar la agresión inicial, y no aquellos que teóricamente hubiesen podido ser menos lesivos pero que no estaban al alcance de quien debió defenderse.

En tercer y último lugar, la norma indica que se prohíbe la defensa frente a un ataque provocado suficientemente¹⁷. Para un análisis en clave de género entendemos que no podrán admitirse como hechos provocadores la circunstancia de que la mujer haya realizado denuncias contra su atacante ni otras circunstancias que repliquen estereotipos patriarcales¹⁸.

La omisión de algún requisito redundará en un exceso de legítima defensa, que se castigará con la pena del tipo penal culposo, si estuviese previsto.

I. ¿Agresión actual, agresión inminente?

¹³ Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la Parte General del Derecho Penal* (2.^a ed.). Hammurabi. Pp. 128.

¹⁴ Zaffaroni, E. R., & Alagia, A. (2021). *Manual De Derecho Penal. Parte General / 2 Ed.* Ediar. Pp. 487.

¹⁵ Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la Parte General del Derecho Penal* (2.^a ed.). Hammurabi. Pp. 128.

¹⁶ Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la Parte General del Derecho Penal* (2.^a ed.). Hammurabi. Pp. 130.

¹⁷ Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal*, pp 370. Hammurabi.

¹⁸ Vega García, M. (2020). Legítima defensa en contextos de violencia de género.

Probablemente quien esté leyendo pueda advertir la dificultad que representa identificar cada uno de los requisitos de la legítima defensa en los casos concretos de violencia de género, siendo que no se trata de un instituto diseñado originalmente para este tipo de supuestos —aunque ello no obsta a su aplicación siempre que corresponda—. Especial conflicto se suscita cuando la presunta defensa se ejerce sin haber mediado una agresión **inmediatamente** previa de la contraparte, tornándose complejo determinar si corresponde aplicar una sanción simple, atenuada o agravada, o bien una eximición de responsabilidad penal y, en su caso, por qué motivo.

En definitiva, los contextos de violencia en la pareja, más aún cuando son de larga data, generan una desigualdad de poder entre las partes que se sostiene principalmente en base al miedo, el cual se acentúa cuando la mujer intenta denunciar sin éxito¹⁹. Así, las víctimas acaban atrapadas en ese contexto violento, sin poder defenderse por sí mismas y sin contar con un adecuado amparo y protección estatal que salvaguarde sus derechos fundamentales.

Por ello, suele suceder que la reacción frente a la agresión de su pareja no es inmediata —es decir, la víctima no arremete contra su pareja en el momento exacto en que ésta la está violentando—, sino que lo hace en un momento temporal posterior; el caso típico es el del ataque mientras el agresor duerme. La gran pregunta es entonces: ¿puede esta situación interpretarse como una legítima defensa? Consideramos que sí, en función de los argumentos que expondremos a continuación.

Retomemos el análisis normativo. Mencionamos que el artículo 34.6 CPN exige como uno de sus requisitos la existencia de una agresión ilegítima y, como hemos visto también, doctrinariamente se entiende que tal agresión debe ser actual o inminente, por lo que la conducta analizada deberá pasar este filtro. El *quid* de la cuestión es entonces: ¿se puede hablar de inminencia o actualidad exclusivamente en términos de inmediatez? Este cuestionamiento es central para descubrir si estamos o no ante un caso de legítima defensa en los términos legalmente previstos.

Lo cierto es que a través de una lectura sistemática de la doctrina y la jurisprudencia deducimos que la asociación entre actualidad/inminencia e inmediatez se ha ido disolviendo. En cambio, el paradigma que consideramos conviene adoptar se resume, en palabras de Di Corletto, en entender que “la defensa

¹⁹ Por ello es fundamental la aplicación real de la Ley Micaela y la capacitación en materia de género en las instituciones, en especial las policiales.

será legítima cuando no se pueda hacer esperar”²⁰, o lo que es lo mismo, que la utilización del instituto será válida **mientras persista el peligro para el bien jurídico protegido**.

Esta diferenciación es clave cuando media violencia de género entre las partes, ya que “la mujer se encuentra entrampada 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”²¹. Ese mismo temor es el que justifica que muchas veces la mujer no sea capaz de defenderse en el mismo instante en que está siendo agredida, soportando la violencia pasivamente y reaccionando tiempo después, generalmente cuando el varón se encuentra más vulnerable.

Así, aún si “la foto” de la escena no revela una agresión inmediatamente anterior a la defensa, estimamos que lo que debe acreditarse en el caso concreto es la existencia de una situación de continua y reiterada violencia por parte del agredido que haya logrado cultivar una sensación de ininterrumpido peligro en la mujer.

En igual sentido, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) manifiesta que “cuando se cuenta con un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de la mujer de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la iba a asesinar”²². En otras palabras, la integridad y la vida de la mujer víctima están siempre en peligro en este tipo de vínculos, aún en los momentos en los que el varón no está actuando violentamente.

Evidentemente, tales circunstancias deben ser verificadas en el marco de un caso judicial; y la decisión final requerirá siempre el análisis del caso concreto, ponderando lo alegado y lo probado y corroborando si es posible entenderlo dentro de la estructura normativa. No obstante, es fundamental que los operadores

²⁰ Di Corletto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*.

²¹ S.T.J. de San Luis in re “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”, sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2012.

²² Comisión de Belém do Pará. (2018). Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1).

judiciales tengan presente las recomendaciones y estándares propuestos para estos supuestos tan particulares para no reproducir estereotipos ni discriminaciones durante el proceso, especialmente al momento de valorar la prueba y dictar sentencia.

III.- Importancia de la lectura del instituto en clave de género

Si analizamos los requisitos en abstracto puede que consideremos que no hace falta una lectura especial, o que incluso nos preocupe que la introducción de la perspectiva de género pueda tender a ampliar la interpretación de un instituto esencialmente restrictivo. Sin embargo, no es esto lo que se intenta sino más bien lo contrario.

Quienes escribimos pretendemos, precisamente, un sistema jurídico de iguales, con interpretación y aplicación casuística, que observe las diferentes circunstancias que entran en juego en cada caso concreto. Es por ello que estimamos insoslayable atender a las diferencias sociales, culturales e históricas que de cierto modo condicionan las conductas de las partes, como lo es la violencia de género, al momento de analizar el caso concreto.

Asimismo, consideramos que la enorme mayoría de las normas tienden a replicar modelos estructuralmente desiguales, por lo que sólo teniendo presente estas circunstancias e intentando sanearlas a través de la interpretación en clave de género podrá juzgarse de una manera verdaderamente equitativa y justa.

IV.- Reflexiones en torno al fin de la potencial pena

Hemos desplegado a lo largo de estas páginas los argumentos que sostienen la necesidad de juzgar estos supuestos como legítima defensa. En el marco de la teoría del delito, la aplicación de este instituto elimina la antijuridicidad, siendo la principal consecuencia la exclusión de la posibilidad de aplicar una condena penal. Sin embargo, no siempre es esta postura la que prospera en los tribunales, sino que muchas veces las mujeres son condenadas a largas penas de prisión —vale recordar que la sanción frente a un homicidio simple en Argentina es de 8 a 25 años, mientras que para un homicidio agravado la pena es perpetua—.

Coincidimos con autoras como Di Corletto que estiman que estas decisiones judiciales crean una especie de incentivo para que los varones agredan a sus parejas casi sin consecuencias²³, toda vez que arroja a las mujeres frente a la disyuntiva de

²³ Di Corletto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*.

soportar el flagelo sumisamente o ponerle un fin y ser castigadas penalmente. Difícil es negar que este tipo de sentencias replican los más arraigados estereotipos de género, partiendo del preconceito de que las “buenas mujeres” son aquellas que se someten a sus maridos y, lógicamente, castigando a todas las que se alejan de esta estructura y se rebelan contra éstos.

Por ello, y teniendo en cuenta que toda pena debe tener un fin, pretendemos dejar sentadas las siguientes reflexiones: ¿Cuál es el fin de castigar a quien ha sido sometida a una vida de violencia sostenida sin ningún auxilio por parte del Estado? ¿Corresponde utilizar el aparato punitivo para sancionar a quien ha actuado para librarse de un tormento frente al cual ningún organismo estatal ha brindado respuesta? ¿Hay alguien a quien resocializar, o es plausible admitir que aquella vida de sufrimiento ya ha operado como una especie de pena “natural”?

V.- Conclusiones

Hablar de violencia de género es hablar de lo que siempre estuvo invisibilizado, oculto, de lo que históricamente perteneció al ámbito privado. En este sentido, las mujeres hemos sido grandes silenciadas: no hemos escrito la historia, rara vez hemos sido reconocidas en ella y nuestros logros generalmente han sido asumidos por hombres. Si bien hace tiempo hemos comenzado a conquistar públicamente distintas esferas, las dificultades no son pocas y el problema no está resuelto.

Una de las luchas que continúa vigente es la plena incorporación de la perspectiva de género al mundo jurídico y, en especial, al Derecho Penal. Por ello en estas páginas hemos problematizado el emblemático instituto de la legítima defensa, analizando si es posible su aplicación en contextos donde mujeres víctimas de violencia atacan a sus agresores sin haber mediado confrontación —en el sentido clásico del término—. Aunque mayormente esta situación se ha resuelto doctrinaria y jurisprudencialmente por la negativa —reconociendo el hecho como un homicidio agravado o atenuado—, consideramos que debe analizarse con atención y atendiendo al especial contexto en que se desarrollan. Este camino nos llevará a entender que existió una legítima defensa, sin necesidad de desvirtuar la legislación vigente ni de crear nuevas normas que prevean el supuesto.

Sin embargo, con ello no basta. El debate acerca de la aplicación del instituto en estos contextos deja entrever algo fundamental: hay un Estado que no ha podido proteger adecuadamente a la mujer víctima, arrojándola frente a la disyuntiva de matar o seguir muriendo en vida. Ese mismo Estado ha perdido también la

posibilidad de trabajar con el agresor, a los efectos de poner fin a las conductas violentas a futuro y evitar un resultado aún más trágico.

Por ello, remarcamos que la masificación de esta perspectiva en la resolución de casos judiciales es útil pero no es ni debe ser el fin último; al contrario, debe complementarse con políticas públicas efectivas tendientes a prevenir la desigualdad y la violencia de género, como así también a proteger rápidamente a quienes son víctimas para evitar situaciones extremas.

Para ello, es necesario que la perspectiva de género deje de ser un mero slogan y se convierta en realidad.

VI.- Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal. Hammurabi.
- Brodsky, J., & Garyulo, L. (2021). El acceso a la justicia como derecho fundamental y su ejercicio en tiempos de pandemia. Temas de Derecho Procesal - Erreius.
- Comisión de Belém do Pará. (2018). Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (No. 1).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas”, 2007, recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap1.htm>
- Di Corletto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis.
- Durant, W. (1997). Story of Civilization: Our Oriental Heritage. Fine Communications.
- Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y El Caribe, dependiente de la CEPAL-ONU. Datos recuperados de: <https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio>
- Oficina de la Mujer, Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina.
- Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). Elementos de la Parte General del Derecho Penal (2.a ed.). Hammurabi.
- Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM). (2018). Protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios).

- Vega García, M. (2020). Legítima defensa en contextos de violencia de género.
- Zaffaroni, E. R., & Alagia, A. (2021). Manual De Derecho Penal. Parte General / 2 Ed. Ediar.