

Perspectiva de género: Concepto. Análisis contextual. Su aplicación en la figura de la legítima defensa.

Por Ignacio Martínez Murias, Secretario de Cámara “Ad Hoc” del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 25

I) Introducción:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 29 de octubre del año 2019 al pronunciarse en el expediente Nro. CSJ 733/2018/CS1 “R.C.E s/ recurso extraordinario”¹ declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por la defensa y dejó sin efecto la sentencia apelada.

Los magistrados del más Alto Tribunal del país compartieron los fundamentos y conclusiones del dictamen del Procurador General de la Nación.

Es menester adelantar que el *quid* de la cuestión fue el análisis del hecho desde una perspectiva de género, recolectando elementos que permitieron sostener que la imputada padeció, previo al hecho, violencia de género.

Desde ese ángulo fueron tratados, también, los elementos de la legítima defensa para justificar la acción disvaliosa de la imputada, tal como lo solicitó la defensa en cada instancia recursiva.

En el presente trabajo se realizará una somera explicación de los hechos imputados y se enunciarán las circunstancias apuntadas por el Procurador, de las que se valió, para justificar la inclusión de la óptica de género en el caso.

Por último, al analizar la implicancia de la perspectiva de género en los elementos constitutivos de la legítima defensa, de forma paralela, se observará la Recomendación General del Comité de Expertas de MESECVI (No. 1) respecto de la temática legítima defensa y violencia contra las mujeres²

II) Caso “R.C.E s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”.

Corresponde señalar que la base fáctica, de acuerdo a lo que se desprende del dictamen en análisis, se puede delimitar en los siguientes términos: el día de la fecha la imputada “R” como consecuencia de no saludar al padre de sus tres hijos -“S”-, con quien convivía pese a no tener un vínculo afectivo en aquel momento, recibió por parte de aquél un empujón y piñas en el estómago y la cabeza, para luego llevarla hasta la cocina, lugar donde la procesada tomó un cuchillo y con su mano izquierda se lo asestó en el abdomen.

Tras ello, salió corriendo del domicilio y se dirigió a la casa de su hermano, quien la acompañó ante la autoridad policial.

En primer lugar, se pone de resalto que el Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, al tratar el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal Nro. 6 de San Isidro³, adelantó la solución del caso que finalmente aplicaría la Corte.

En tal sentido, se expidió a favor del recurso por considerar que “R” actuó en legítima defensa, sosteniendo que ésta era víctima de violencia de género por parte del denunciante. Sin perjuicio de dicha opinión, la Cámara de Casación declaró improcedente la impugnación contra la sentencia.

El Procurador partió su análisis desde los dichos de la imputada. Destacó que “R” declaró que “S” le pegaba, que en el año 2010 se animó a denunciarlo y que tras ello abandonó el domicilio con destino a la casa de su hermano. Que tuvo que regresar luego de tres meses por falta de comodidad de sus hijos.

Resaltó que la golpiza tuvo testigos: la madre y hermana de “S”, quienes no intervinieron, pero si actuaron dos personas que sacaron a “S” ya que la tenía en el suelo al tiempo que la pateaba. Agregó que incluso, en aquel momento, una madre del colegio de su hija tuvo conocimiento de los golpes por haberla visto marcada.

Respecto de la imputación “R” explicó que tras discutir con “S”, luego de omitir saludarlo, recibió un empujón y piñas en la cabeza y el estómago. Que una vez que la llevó a la cocina tomó un cuchillo y lo agredió porque le estaba pegando. Afirmó que tomó el elemento filoso porque fue “lo que tenía más a mano”. Destacó que nunca antes se había defendido porque le tenía miedo pero que -en esa oportunidad- se defendió porque pensó que la mataría porque le pegaba y le pegaba. Explicó que sus hijas menores estaban en la habitación y no observaron lo sucedido y ante la discusión comenzaron a llorar.

El Tribunal de juicio dudó de la credibilidad del relato de la imputada. Afirmó, en tal sentido, falta de concordancia entre la entidad de la golpiza y las lesiones corroboradas por la valoración efectuada del informe médico.

El Procurador tachó de arbitraria esa valoración. Puso de resaltó circunstancias no controvertidas que le permitieron subsumir el hecho en una perspectiva de género, a saber: 1ª) la denuncia previa que en el año 2010 la imputada había efectuado contra “S”, con el consecuente abandono del hogar.

2º) los dichos de una testigo que declaró que la vio golpeada dos veces, la primera – precisamente- cuando se fue del hogar.

3ª) el hecho de que el propio “S” reconoció que la imputada, previamente, había abandonado el hogar y luego regresado.

Estos elementos revelan un contexto previo al hecho denunciado, siendo incluso importante puntualizar que la imputada decidió, en ese entonces, no instar la acción penal por el delito de lesiones por lo que el procedimiento judicial no se inició.

A ello le adicionó, más allá de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, que los tratados internacionales y la normativa receptiva de aquellos en derecho interno le consagran a las mujeres ⁴, los dichos de “S” que declaró que le pegó “piñas en la cabeza y en el estómago” y lo volcado en el informe médico practicado a la imputada donde se dejó constancia de la presencia de hematomas en el abdomen y en las piernas, con dolor espontáneo y a la palpación y que refirió dolor en el rostro.

Concluyó por esos extremos que los golpes pudieron ser corroborados a diferencia de lo valorado por el Tribunal.

A estas circunstancias fácticas, se le sumó la valoración efectuada respecto del testimonio de “S”. El Tribunal parcializó su credibilidad y concluyó que “intentó ocultar lo que realmente ocurrió”, determinando por ello que su rol no fue “tan estático o pasivo” como lo expresó.

Otras valoraciones de los magistrados -sin perjuicio de la sentencia condenatoria impuesta- merecen destacarse ya que inmersos en la óptica de violencia de género, materializan y dan credibilidad a los dichos de la imputada.

Durante el debate se ordenó extraer testimonios para investigar la posible comisión del delito de falso testimonio respecto de una de las hermanas de “S” en razón de que en el

juicio rectificó sus dichos en sede policial y reconoció que no había presenciado los hechos investigados.

Además, pese a que las hermanas relataron la existencia de una pelea anterior donde la imputada habría golpeado con un palo a “S” que lo habría llevado al Hospital, la internación no pudo ser corroborada.

También, los jueces del debate contrastaron el hecho de que si “R” era quien golpeaba como lo afirmaban los familiares de “S”, no tenía explicación que no la hubieran denunciado y pretendieran que lo visitara cuando habría causado su internación y que por el contrario intenten contenerla y ofrecerle ayuda para que “S” abandonara el hogar.

Se valoró, además, el testimonio de la hija mayor de “R” y “S”, que depuso que ese día su madre le pidió que fuera a la pieza con su hermanita, cerraran la puerta y se quedaran ahí, lo que hizo. Que desde allí escuchó gritos y golpes y su abuela paterna al abrir la puerta le dijo que su mamá había matado a su padre. Tras afirmar que no vio nada en las manos de su madre, rememoró que una vez su padre había tirado a “R” al piso y la golpeaba en las piernas con patas y piñas y en la panza también. Afirmó que esa sola vez vio a su padre golpear a su madre, pero nunca a su madre pegar a su padre.

Como se advierte, existían elementos suficientes para poner en crisis el testimonio del denunciante y con ello dar crédito a la versión de “R” y la legítima defensa alegada por la defensa.

Sin embargo, se relativizaron los testigos propuestos por la defensa. Se argumentó que hicieron referencia a hechos de violencia sin precisar las fechas y animados por la propia subjetividad de quienes dijeron haber padecido un sometimiento similar.

Por otra parte, se sostuvo que fue una sola acción la que produjo las lesiones y se descartó el ánimo homicida por el hecho de que “R” habría utilizado el elemento filoso con su mano izquierda, siendo diestra, lo que evidenciaba que no estaba en sus planes atacar contra la vida de “S”.

En el juicio se encuadró el hecho en el marco un vínculo de agresión recíproca. Se adujo que los insultos y golpes estuvieron presentes. Desde allí se tildó a la secuencia como “otras de sus peleas”, si bien se afirmó que no se describía que “R” hubiere recibido golpes, se sostuvo que no se logró acreditar que la imputada haya sido víctima de violencia de género, ni se descartó que hubiera hecho propia la ley del Talión.

El procurador con los elementos reseñados no encontró sustento razonable para afirmar que la agresión física hubiera sido recíproca.

Pese a las valoraciones efectuadas, el Tribunal al no analizar el caso desde la perspectiva de género, novedosa por cierto en el derecho penal argentino, incurrió en un yerro: admitió una relación tortuosa, peleas, un vínculo relacional –conflictivo- que devino con las lesiones de “S” cuando en verdad el examen quedó rengo ya que debió haber efectuado una evaluación armónica de todos los elementos, a la luz de la normativa específica sobre la violencia de género, que, tal como lo afirmó el procurador, fue soslayada.

III) Legítima defensa: su aplicación de acuerdo a la Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI (nº1): Legítima Defensa y Violencia contra las mujeres.

La legítima defensa presupone un estado de necesidad proveniente de la amenaza de que se sufrirá un mal grave e inminente generado por una agresión antijurídica y no provocada que permita la defensa de bienes jurídicos, aun mediante la realización de conductas típicas, siempre que el que se defiende no haya debido optar por una conducta menos lesiva.

El límite máximo debe establecerse en la medida de lo necesario, debiendo actuar con moderación al elegir la forma de defenderlo, procurando otorgar una dimensión no ofensiva.

Clarificada la cuestión, respecto a que el hecho objeto de la imputación debió ser analizado en el contexto de violencia contra la mujer, el fallo exhibe los criterios necesarios para evaluar la justificación esgrimida por la defensa.

El dictamen nos exhorta a ponderar este tipo de casos desde un análisis contextual y alejado de los estándares utilizados para la legítima defensa en el resto de los casos, en tanto *“la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial”*.

El artículo 34 en su inciso 6to., del Código Penal, enumera tres circunstancias que deben darse para que la acción disvaliosa se encuentre exenta de punibilidad:

- a) agresión ilegítima.
- b) necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla.
- c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Respecto del primer elemento la doctrina, de forma unánime, entiende que la agresión debe ser actual e ilegítima.

D'Allesio⁵ señala que: *“...debe estar en curso o ser al menos inminente, esto es, cuando el peligro de la agresión es suficientemente próximo como para que el agente se vea obligado a actuar para neutralizarla...”*. La jurisprudencia también admite que *la agresión sea futura pero a condición de que exista en el presente el peligro de ella y de su efecto dañoso*.

La acción de defensa exige que sea necesaria y que el medio elegido por el agredido sea razonablemente adecuado para evitar el peligro.

D'Allesio indica que debe diferenciarse entre la necesidad y proporcionalidad, que tiene por fin determinar cierta proporción entre los medios y por otra entre el daño que se evita y el que se causa -principio de menor lesividad-⁶.

Por último, la falta de provocación puede incluso ser insignificante y no por ello anula la licitud de la defensa.

En el documento citado, respecto del primer elemento, se afirma que no caben dudas que la violencia basada en el género⁷ es una agresión ilegítima que incluye la violencia física, sexual y psicológica.

En relación al requisito de la inminencia o actualidad de la agresión que busca determinar cuál es el momento indicado para avalar la defensa como legítima, esgrime que debe ser considerada desde una perspectiva de género.

Se afirma que la violencia contra la mujer no debe entenderse como hechos aislados sino de manera continua, ya que de forma permanente se merman derechos como la libertad, la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión en este contexto denota dos elementos: la continuidad de la violencia y su carácter cíclico.

Se traduce en el hecho de que puede suceder en cualquier momento y desencadenada por cualquier factor con la contrapartida del temor que genera en la mujer: tensión constante.

Piensa que puede suceder de manera repentina y causada por un disparador que comúnmente no tendría tal efecto. Además, comúnmente el golpeador que promete que no se reiterará la situación vuelve a maltratar a su pareja. El CEVI⁸ señala que cuando se encuentra con un patrón regular de violencia puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la iba a asesinar.

Eso sucedió en el hecho en estudio. Se afirmó que “S”, quien previamente había sido denunciado por la imputada, comenzó a golpear a su ex pareja, situación que cesó cuando ésta lo hirió con una cuchilla en el abdomen, reacción que tuvo lugar desde el momento en que la imputada pensó que la mataría porque no paraba de golpearla y teniendo en su mente todo el maltrato previo sufrido en los años anteriores.

Respecto del segundo elemento, en el documento de CEVI, se indica que también debe ser evaluado desde la perspectiva de género que conlleva considerar el contexto en que se da la agresión y la respuesta. El documento nos exhorta a considerar: la desproporción física, la socialización del género así como la dinámica propia del ciclo de violencia.

Desde ese ángulo, se sostiene que no se requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia.

La proporcionalidad se vincula a un hecho permanente y continuado que supone ser víctima de violencia.

Se alega que la aparente desproporción del medio empleado podría deberse al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para su defensa. Se afirma que no se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión.

En relación al caso, el Procurador recordó manifestaciones de “R” tendientes a justificar este segundo requisito: “fue lo que más tenía a mano que agarré” (respecto del cuchillo); “lo corté porque me estaba pegando”; “me defendí porque pensé que me iba a matar, porque me pegaba y me pegaba” y “sólo le pegué un manotazo”.

En relación al tercer elemento de la norma penal, para el CEVI interpretar que cualquier acción anterior a una agresión es una “provocación” constituye un estereotipo de género que lleva a insinuar que la mujer consintió lo que le pasó o al menos generó ser agredida por su comportamiento.

En el caso investigado luce de forma clara que la omisión de saludar a “S” y la posterior discusión no resultan idóneas para provocar la golpiza.

V) Conclusión:

El análisis del fallo y de los instrumentos internacionales nos aporta un idea central respecto de la temática de género: se avanzó socialmente en la equiparación de los derechos entre las mujeres y los hombres.

La desigualdad se combate, también, diariamente mediante políticas de Estado tendientes a erradicar los estereotipos machistas que tratan a las mujeres como objetos de propiedad de los hombres.

En ese contexto, éstas se encuentran “sometidas” por ese vínculo tóxico que pretende doblegarlas, equiparándolas a una cosa, como se daba en el antiguo Derecho Romano donde la sumisión era absoluta.

Para ello, se promueven condiciones de igualdad o por lo menos paridad, en los ámbitos laborales, políticos, deportivos, dirigenciales y de acceso a la justicia, entre otros.

Respecto a éste último punto la cuestión no se agota allí sino que por el contrario, como se ha visto, el Derecho Penal debe reconocer e interpretar la realidad con perspectiva de género. De tal manera, se vuelve flexible en la aplicación de ciertos institutos, en el caso la legítima defensa, en pos de auxiliar a las mujeres que padecen violencia de todo tipo y evitar, con ello, condenas injustas que tienen su origen en la respuesta a una violencia doméstica reiterada, cíclica y que se da entre actores que se encuentran en desigualdad de

condiciones, ya sea por una cuestión física, de poder económico, por una condición psicológica de sometimiento, etc.

El Derecho Penal, está transitando un cambio de paradigma en el que la perspectiva de género es el norte y asoma como unos de los avances jurídicos más relevantes que trasciende, incluso, frente a otros elementos rígidos que permanecen estáticos para el resto de los casos en los que la temática no se presenta.

Esta corriente novedosa y tratada por la C.S.J.N para juzgar los hechos de violencia de género encuentra su molino de viento en los diversos Tratados Internacionales suscriptos por Argentina en la materia y en las diversas sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se adoptaron tales estándares para la solución de este tipo de casos.

Por ello, en situaciones como la que intervino la Corte, parece razonable y necesario aplicar un enfoque global que será propicio cuando las pruebas recolectadas en el hecho así lo permitan (verbigracia con constancias de atenciones médicas, pedidos de auxilio a las fuerzas de seguridad, testimonios del círculo familiar, análisis de dependencia económica, etc.) sin dejar de observar o tener presente que inusualmente en los casos de violencia hay testigos directos y surge la cuestión del testigo único, polarizando versiones.

El CEVI realizó una valoración de la prueba a la luz del estándar desarrollado por la C.I.D.H. que si bien será objeto de otra publicación, corresponde señalar, a modo general, que en los pronunciamientos se estableció que la declaración de la víctima es crucial y resulta esperable, dado el contexto doméstico, no contar medios probatorios de la agresión. También se señaló que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos, sin perjuicio que se exhorta a que se extremen los recaudos para obtenerla.

En suma emitir un pronunciamiento con perspectiva de género, en la valoración de las pruebas, implica entender que la ausencia de señales físicas no determina necesariamente que no se haya producido la violencia alegada.

Desde el punto de vista legislativo⁹, debe recordarse que nuestro país aprobó mediante la ley 23.179 (promulgada el 27 de mayo de 1985) la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –conocida por sus siglas como CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Woman) que desde el año 1994 posee jerarquía constitucional (Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional). Asimismo, se promulgó el 6 de diciembre de 2006 la ley 26.171, mediante la que se aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW.

La convención de Belém do Pará tuvo recepción en el derecho interno a través de la ley 24.632 y también se sancionó la ley número 26.485 de Protección integral a las Mujeres. Todas estas normas en lo sustancial tienen un objetivo común: proteger a las mujeres contra todo tipo de abusos, discriminaciones, violencia ya sea física o psíquica, erradicar la desigualdad de género y brindar asistencia integral a las mujeres que padecen violencia. Esas especiales circunstancias son las que se deben considerar para sentenciar con perspectiva de género.

Las particularidades de la temática llevan a pensar que desde el punto de vista social se necesita a una ciudadanía más comprometida para auxiliar a las mujeres y no dar la espalda a estos casos que diariamente se presentan, máxime cuando existen múltiples medios o alternativas que se pone a disposición para alertar a las fuerzas de seguridad.

Del mismo modo, aparece imprescindible la capacitación de los operadores judiciales para tratar la problemática. La ley Micaela¹⁰ en el ámbito del Poder Judicial de la Nación se está materializando con los talleres virtuales que ofrecen la Oficina de la Mujer de la Corte

Suprema de Justicia¹¹ y la Escuela de Justicia del Consejo de la Magistratura de la Nación con el curso “Programa de Capacitación en materia de Perspectiva de Género”¹².

A su vez los consejeros y consejeras del Consejo de Magistratura realizaron una capacitación en género¹³ y también, a través de esa institución se ofrece a los empleados, funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la Nación los cursos que dicta el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) respecto de la “Sensibilización en la temática de género y violencia contra las mujeres”¹⁴.

Se debe comprender que la violencia de género no constituye algo privado que se resuelve o “padece” en la vida íntima de la familias, sino por el contrario constituye una preocupación pública respecto de las mujeres que acompaña el Estado de manera comprometida, tendiente a que se finalice con los abusos, en toda la acepción de la palabra, contra las mujeres por su condición de tal.

En síntesis, la perspectiva de género no es un método de privilegio en la valoración probatoria, sino un modo especial de examen en función de la particular materia.

1 En: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7558202&cache=1594952961803>

2 El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), también conocido como el CEVI, es el órgano técnico responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados Parte. En <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.249-ES.pdf>

3 En primera instancia se le impuso la pena de dos años de prisión en suspenso y las costas del proceso, por resultar autora penalmente responsable del delito de lesiones graves.

4 Artículo 16, inciso i) de la ley 26.485.

5 D’ALESSIO Andrés José “et. al.”, *Obra Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, 2º edición actualizada y ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2014, tomo II, página 585.

6 D’ALESSIO Andrés José “et. al.”, *Obra Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, 2º edición actualizada y ampliada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2014, tomo II, página 596.

7 La Convención de Belem Do Para, en su artículo 1 define la violencia como cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

8 Organismo Técnico del Mecanismo responsable del análisis y evaluación del proceso de implementación de la Convención en los Estados Parte.

9 Legislación recuperada de:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122926/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

10 Ley 27499. Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>

11 Inscripciones habilitadas en <https://www.cij.gov.ar/nota-37779-La-Oficina-de-la-Mujer-ofrece-nuevas-fechas-de-capacitaci-n.html>

12 Se presentó el día 16 de julio de 2020 en el plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación. Para su dictado se organizaron 49 aulas para más de las 2000 inscripciones.

Información obtenida de <http://www.escuelajudicial.pjn.gov.ar/>

13

Recuperado de: <http://www.consejomagistratura.gov.ar/index.php/plenario/45-informacion-general/4833-el-consejo-de-la-magistratura-realizara-capacitacion-en-genero-en-el-marco-de-la-ley-micaela>

14

Recuperado de: <https://capacitacion.inap.gob.ar/actividad/ley-micaela-capacitacion-en-la-tematica-de-genero-y-violencia-contra-las-mujeres/>
<http://consejomagistratura.gov.ar/index.php/opinion42/64-news/administracion-general/4886-formacion-a-distancia-para-agentes-del-poder-judicial>