

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA: ¿EXISTE EL DERECHO A DEFENDERSE DEL FEMICIDIO?*

AGUSTINA LARA MARTÍNEZ**

La aplicación pretendidamente neutral del derecho, exenta de consideraciones sobre la violencia habitual, genera profundas injusticias en el tratamiento que se les otorga a las mujeres.¹

Cecilia M. Hopp

Resumen: El siguiente ensayo tiene como punto axial el estudio del instituto de la legítima defensa, en particular su carácter de actualidad en contextos generalizados de violencia por motivos de género en el ámbito intrafamiliar, tomando en consideración diversas propuestas legislativas de reforma del artículo 34, inciso 6°, del Código Penal, y una perspectiva acorde al *corpus iuris* de derechos humanos y sensible al género. Tendrá el propósito de analizar la legítima defensa a la luz de un caso en el cual una mujer víctima de violencia de género invoca dicha causa de justificación.

Se evidenciará la invisibilización de las mujeres en el entendimiento de esta cuestión, perpetrando una posición estructuralmente desigual entre varones y mujeres en relación con la legislación penal, y la persistencia de la discriminación de género en la jurisprudencia actual. Asimismo, se analizarán algunos proyectos de reforma del Código Penal que introducen expresamente entre las

* Recepción del original: 10/12/2021. Aceptación: 04/04/2022. Este trabajo obtuvo el tercer puesto en la Convocatoria de la Revista Lecciones y Ensayos y del Programa de Género y Derecho para el Dossier “Violencias y/o discriminación de géneros y/u orientación sexual”

** Estudiante avanzada de Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA) con orientación en Derecho Penal. Auxiliar docente en la materia “Teoría General del Delito y Sistema de la Pena”, a cargo del Dr. Marcelo D. Lerman. Mail de contacto: martinezagustina306@est.derecho.uba.ar.

1. HOPP, “Buena madre, buena esposa, buena mujer...”, p. 17.

causas de justificación aquellos casos en los que la defensa de una mujer golpeada no coincide temporalmente con una agresión física, pero independientemente de esta cuestión, no se podrá descartar la existencia de violencia por motivos de género.

Palabras clave: legítima defensa — perspectiva de género — violencia de género — violencia intrafamiliar — causas de justificación

Abstract: The following essay focuses on the study of the institute of self-defense, in particular, its topicality, in those generalized contexts of gender-based violence in the domestic sphere, taking into consideration various legislative proposals for the reform of Article 34, paragraph 6 of the Criminal Code, and a perspective in accordance with the *corpus iuris* of human rights and gender-sensitive. The purpose is to analyze self-defense in the light of a case in which a woman victim of gender violence invokes such cause of justification.

The invisibilization of women in the understanding of this issue will be evidenced, perpetrating a structurally unequal position between men and women in relation to criminal legislation, and the persistence of gender discrimination in current case-law decisions. Likewise, some Penal Code reform projects will be analyzed which expressly introduce among the causes of justification those cases in which the defense of a battered woman does not temporarily coincide with a physical aggression, but, regardless of this issue, the existence of gender-based violence cannot be ruled out.

Key words: self defense — gender perspective — gender violence — domestic violence — causes of justification.

I. INTRODUCCIÓN

La valoración social de los comportamientos en los casos de violencia de género evidenció un cambio sustancial a lo largo de las décadas y, en particular, comenzó a variar la concepción en cuanto a la víctima que se convierte en victimaria.

La pregunta que guiará el presente ensayo es, ¿cuándo es legítima la defensa de la mujer contra una agresión en un contexto de violencia doméstica? En principio, estos casos desafían inexorablemente las concepciones tradicionales y clásicas del derecho penal, que soslayan el contexto dinámico de la praxis jurídica.

A partir de ese interrogante, se estudiarán las respuestas deficitarias que proporciona el Estado frente a las situaciones en que las víctimas de violencia intrafamiliar se defienden y, en consecuencia, hieren o matan a su agresor. De este modo, se brindará un análisis integral, que incluye discusiones doctrinarias, jurisprudencia actualizada en la materia, y los proyectos de reforma al artículo 34, inciso 6º, del Código Penal argentino, en torno a la aceptación o rechazo de la premisa que parte de que una mujer víctima de violencia de género ha actuado (o no) amparada por la legítima defensa.

En pos de dicho propósito, el presente ensayo está estructurado de la siguiente forma: para comenzar, una breve introducción y planteamiento del objeto de estudio; en el segundo apartado, un análisis dogmático de la legítima defensa; a continuación, el estudio de la legítima defensa en concreto en casos de violencia contra las mujeres. Seguidamente, se efectuará un breve comentario de dos decisorios judiciales, en los autos "Leiva" y "Pérez", ambos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Luego, en el quinto apartado, se expondrán algunos proyectos de reforma al Código Penal argentino, modificatorios del artículo 34, inciso 6º, en lo que respecta a la explicitación de la defensa de una mujer víctima de violencia de género como conducta justificada. Finalmente, en las conclusiones preliminares, se presentará el aporte al campo del conocimiento científico que realiza el presente artículo.

II. ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

El fundamento de la legítima defensa se basa en que el derecho no tiene porqué soportar lo injusto,² partiendo del reconocimiento de que la defensa solo podrá ser legítima cuando no sea posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente.³ Está guiada por dos principios: el

2. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I*, pp. 227-228, con cita de BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, p. 102.

3. Según Hans Welzel, la legítima defensa es "[...] aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero. Su idea fundamental es: que el derecho no debe ceder ante lo injusto". WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, p. 91.

interés del individuo en una efectiva protección de bienes jurídicos, y la idea de la preservación del derecho.⁴

De este modo, en toda justificación por legítima defensa deberán concurrir, de forma conjunta, ambos principios, en virtud de los cuales el plexo de necesidades del prevalecimiento del derecho influyen de distintas formas en la configuración de las facultades protectoras.⁵

Según el artículo 34, inciso 6º, del Código Penal argentino —vigente desde 1921—, la legítima defensa exige la concurrencia de los siguientes requisitos: una agresión ilegítima, que debe ser actual —amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido, aún cuando implique afectación física, como por ejemplo, a la intimidad—; la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler dicha agresión —el menos lesivo y efectivo— y la falta de provocación suficiente —no cualquier conducta excluye la legítima defensa, debe ser una conducta jurídicamente desaprobada, la reacción del provocado debe ser previsible, esperable, por eso si la provocación es intencional (dolosa o culposa) no habrá legítima defensa—.

Por ello, la acción defensiva es legítima sólo cuando se dirige contra el agresor; si no hay agresión actual no puede haber defensa y quien no realizó ninguna conducta antijurídica no puede ser lesionado.⁶

La legítima defensa exige, a los fines de su configuración, que la agresión sea inminente y/o actual. Por agresión debe entenderse una amenaza de lesión a intereses jurídicamente protegidos por medio de un comportamiento humano (que no esté amparada por un derecho de intromisión). En tal sentido, Carlos Nino señala que se ejerce defensa privada cuando se obstaculiza la ejecución de una conducta que está permitida por una norma jurídica o se perturba el goce de un bien que el derecho autoriza a disfrutar y agrega que “existe agresión aunque todavía no se haya producido el

4. WESSELS, BEULKE & SATZGER, *Derecho Penal. Parte general: el delito y su estructura*, p. 208.

5. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito, p. 609.

6. A los fines del presente artículo, se entenderá por agresión toda lesión de bienes o intereses jurídicamente protegidos amenazada mediante un comportamiento humano. Tiene que poseer la calidad de acción, es decir, tiene que ser dominable por la voluntad. Únicamente un comportamiento humano puede tener la calidad de agresión, y no están comprendidos como tal los ataques que provienen exclusivamente de animales. Para un mayor abundamiento, WESSELS & BEULKE & SATZGER, *Derecho Penal. Parte general: el delito y su estructura*, pp. 208 y ss.

efecto propuesto, puesto que la legitimidad de la defensa tiene lugar para evitar un mal injusto [...]”.⁷

Ahora bien, para considerar que existió una agresión ilegítima actual deben valorarse tres condiciones: conducta humana, agresiva y antijurídica. Conforme a la primera de ellas, no se admite legítima defensa contra lo que no es una acción humana que como señalamos inicialmente, puede ser una amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido no físico y, además, se admite que la conducta ilegítima sea de acción u omisión. Respecto a la segunda, debe existir la necesidad de dirigir la voluntad hacia la producción de una lesión. No requiere ser típica, por lo que no debe confundirse con el dolo, aunque debe requerirse una voluntad lesiva. De este modo, debería excluirse el actuar imprudente o cuando quien agrede lo hace por error, dado que la conducta no busca causar una lesión. Finalmente, la conducta debe ser, además, ilegítima, es decir, que debe afectar bienes jurídicos sin derecho.

En definitiva, entiende la doctrina que la legítima defensa no es admisible si el ataque antijurídico no es actual. Por ello:

“La defensa frente ataques futuros —si se prescinde de la legítima defensa preventiva— no está justificada, como tampoco la defensa frente a ataques ya repelidos, pero que quizá se repitan después (¡no inmediatamente!). El límite es tan difuso como el del comienzo de la tentativa”.⁸

El Código Penal, en su artículo 34, inciso 6 (b), en concreto, hace referencia a la “necesidad racional del medio empleado”. El carácter de necesidad podrá ser definido como toda defensa idónea, que sea “la más benigna de varias clases de defensa y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño”.⁹

La acción de defensa solo está justificada respecto de la injerencia en los bienes jurídicos del agresor, nunca de un tercero. Asimismo, el medio utilizado debe ser apto para repeler la agresión, por lo cual el agredido está legitimado a emplear como medios defensivos aquellos que sean realmente eficaces y que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro.

7. NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 83.

8. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 469.

9. DONNA, “Límites a la legítima defensa en cuanto a los bienes a defender”, pp. 628-629.

Debe utilizar el medio más leve de entre los medios idóneos disponibles. Sobre la base de ello, no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos, si es dudosa su eficacia para defenderse.¹⁰

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

En principio, las normas penales se encuentran expresadas en términos neutrales respecto del género, a fin de que no produzcan situaciones discriminatorias. No obstante, los operadores judiciales las aplican desde una óptica masculina.¹¹ Desde esta perspectiva, Piqué y Allende dicen que la administración de justicia penal opera con una *selectividad negativa*.¹² Ejemplos de este entendimiento machista y heteropatriarcal del derecho son: el “derecho de corrección” del marido; la “emoción violenta” en aquellos casos en que un varón descubre que su pareja le es infiel *in fraganti*; y el binomio/dicotomía entre lo público y lo privado.¹³

Como punto de partida, con el objeto de brindar un adecuado tratamiento al planteo bajo análisis, corresponde puntualizar que la violencia de género en el ámbito intrafamiliar constituye un problema estructural dentro de un tipo de discriminación que a través del tiempo colocó a las mujeres en un plano de desigualdad respecto de los varones. Asimismo, se concibe como una forma de control y subordinación de/hacia las mujeres que incluye tanto la violencia física, sexual, psicológica o económica.¹⁴

10. FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 329-330.

11. DI CORLETO, LAURÍA MASARO & PIZZI, *Legítima defensa y géneros: Una cartografía...*, p. 14.

12. PIQUÉ & ALLENDE, “Hacia una alianza entre el garantismo...”, p. 5.

13. DI CORLETO, LAURÍA MASARO & PIZZI, *Legítima defensa y géneros: Una cartografía...*, p. 14.

14. En esta línea argumentativa, y a fin de ampliar el tratamiento de la violencia de género, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que: “la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer”. (Corte IDH), “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México”, párr. 211. En igual sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General N° 35 sobre “Violencia por razón de género contra la mujer”, sostuvo que: “la expresión ‘violencia por razón de género contra la

En nuestro país, la sanción de Ley 26.485 el 1º de abril de 2009,¹⁵ define expresamente el concepto de violencia de género en su artículo 4:

“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

En este sentido, la minimización de la violencia de género, la discriminación que sufren las mujeres víctimas que asesinan a sus parejas en el marco de una preponderante violencia sistemática y contexto de dominación y subordinación total en el ámbito doméstico, se traduce en una imperiosa necesidad de repensar los estándares utilizados por los magistrados al analizar y resolver este tipo de conflictos que llegan a su conocimiento.¹⁶

En esta inteligencia, es posible hablar de un “ciclo de la violencia” ya que, más allá de las situaciones de golpizas y maltrato físico perpetradas contra la víctima, se incluye como base una relación de pareja en la que la tortura emocional, lenta pero incesable, produce heridas invisibles.¹⁷

Ahora bien, el problema fundamental que se presenta en estas *fattispecies*, que la jurisprudencia ha denominado como “síndrome de la im-

mujer’ se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales [...] La violencia por razón de género contra la mujer es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados”. CEDAW, Recomendación General N° 35, párrs. 9-10, con cita de BELOFF, “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, pp. 55-81.

15. República Argentina, “Ley de Protección Integral a las Mujeres”.

16. DI CORLETO, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, p. 863.

17. WALKER, Descripción de ciclo de violencia conyugal. The Battered Woman, p. 1.

tencia aprendida”¹⁸, consiste en determinar si existe —o no— una agresión ilegítima actual y, por consecuencia, se habilite la actuación de la víctima para repeler dicho ataque, de forma justificada, en virtud de la legítima defensa propia —o de terceros, en su defecto— en contextos de violencia de género.

Es evidente que, en situaciones de violencia repetidas y continuadas, la víctima tiene la certeza suficiente de que, aunque el ataque físico, sexual, psicológico o económico haya finalizado y no esté ocurriendo en el preciso momento, por cualquier situación, volverá a repetirse. En este orden de ideas, toda vez que la intervención estatal no fue efectiva para poner fin a la situación es cuando el derecho debe autorizar a quien se defiende a actuar por vías de hecho, aunque en ese momento no se esté llevando a cabo la agresión.

Sin embargo, existe una profusa doctrina en lo que respecta a los requisitos que constituyen la legítima defensa, que se desarrollará a continuación. Por tal motivo, en primer lugar se expondrán los argumentos a favor de la subsunción del caso bajo el estado de necesidad exculpante; en segundo lugar, una exposición en consonancia con la admisión de la legítima defensa y, en tercer lugar, las conclusiones preliminares en virtud de lo expuesto.

III.A. A favor del estado de necesidad exculpante

Un sector doctrinario sostiene que ante una situación de peligros duros no concurren los presupuestos objetivos de la legítima defensa sino aquellos característicos del estado de necesidad exculpante.

En este sentido, según Jescheck y Jakobs, corresponde negar la posibilidad de la legítima defensa sosteniendo que la agresión, aunque an-

18. Este síndrome se manifiesta a través de: “a) disturbios cognitivos consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y *flashbacks*, que hacen que la mujer reexperimente episodios agresivos anteriores y que se incremente y afecte su percepción del peligro, b) altos niveles de ansiedad que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño, c) síntomas evitativos o de evitación consistentes en depresión, negación, minimización y represión que llevan a la mujer al aislamiento y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar”. DI CORLETO, “Mujeres que matan. Legítima defensa en...”, p. 867; y CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”.

tijurídica, no merece una respuesta ya que la víctima debió haber eludido el ataque, o bien haber requerido el auxilio de un tercero. De este modo, quedarían excluidos del derecho de defensa necesaria aquellos casos de relaciones personales estrechas como las matrimoniales, de pareja o paterno-filiales, por existir allí una “obligación de sacrificio más elevada” (deber de garante), debiendo la persona amenazada eludir la agresión o recurrir al medio menos lesivo.¹⁹

Doctrina más reciente, como la de Eric Hilgendorf, expresa que:

“Está crecientemente discutido el grupo de casos en los que se presenta una estrecha relación personal entre el agresor y el agredido. Según la opinión anteriormente dominante, en tal caso se restringiría el derecho a la legítima defensa, puesto que podría exigirse del agredido, en razón de su posición de garante de protección una cierta medida de solidaridad y respeto mutuo. No obstante, esta limitación de las posibilidades de defensa se encuentra cada vez más cuestionada, con razón, dado que esto significaba un cheque en blanco para maltratos, por ej., dentro del matrimonio”.²⁰

Sobre ese punto, se descarta que en el momento del hecho exista una agresión antijurídica, actual o inminente de parte del agresor que haga necesaria la acción defensiva. En particular, esta afirmación se recepta —según la opinión probablemente dominante— en la jurisprudencia argentina. En los autos “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple” del 2020, la CSJN ha dicho que:

“En atención a la intensidad de la autorización, no limitada por la proporcionalidad, la noción de ‘actualidad de la agresión’ es más restrictiva que la ‘actualidad del peligro’ del estado de necesidad, y solo abarca por ello a la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa, a la vez que excluye los casos de ‘defensa preventiva’ y de ‘peligro permanente’, sin perjuicio de su eventual consideración como un estado de necesidad”.²¹

19. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 488-489; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, pp. 310-311; BACIGALUPO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 230.

20. HILGENDORF & VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 97-98.

21. CSJN. “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, considerando IV.

En esta senda, la doctrina y la jurisprudencia admiten, en determinados casos de violencia intrafamiliar, la exculpación del homicidio del llamado “tirano de la familia”. Para que sea considerado que la mujer debe ser exonerada de culpa, se requiere, por un lado, el acaecimiento de un peligro permanente que únicamente podría ser sorteado eficazmente respondiendo el ataque inmediatamente, y, por el otro lado, la inexistencia de alternativas para evitar/culminar con la situación generalizada de violencia y subordinación de otro modo menos lesivo.

Sin embargo, podrá efectuarse una evidente objeción a esta tesis, que incluso la ha de tornar peligrosa: de considerar que la mujer queda exonerada de culpa en virtud de la existencia de un estado de necesidad exculpante, estaríamos afirmando que su conducta es típica y antijurídica, por ende, el varón podría responder a ese ataque de forma legítima. En otras palabras, conduciría a una habilitación tácita a favor del presunto agresor en aras de violentar —nuevamente— a la mujer de manera completamente justificada (en legítima defensa).

III.B. A favor de la legítima defensa

En otro orden de ideas, podrá esgrimirse que, a favor de la legítima defensa en contextos de violencias continuadas y permanentes, no se reacciona frente a un peligro de cualquier naturaleza, sino ante un ataque o agresión contraria a derecho. Por tal motivo, no corresponde efectuar una ponderación sobre los bienes jurídicos que están en colisión. En este sentido, Jakobs asevera que:

“El agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe ni renunciar a arrebatar el botín al agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien [...]”.²²

De este modo, teniendo en consideración la existencia del carácter de actualidad de la agresión —o no— en estos casos, la doctrina se encuentra dividida: por un lado, aquellos que sostienen la idea de la consumación formal del hecho, mientras que otro sector doctrinario postula que lo relevante

22. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 468-469.

es que la agresión no esté materialmente agotada o terminada. En este último punto, Donna argumenta que la agresión es actual cuando ocurre en forma inminente, comenzó o aún continúa, y que, aunque esté formalmente consumada, no esté materialmente agotada o terminada.²³

En esta línea argumentativa, en el caso de entender que la agresión no está materialmente agotada como *conditio sine qua non* de la legítima defensa, la doctrina efectúa una tajante diferenciación entre, por un lado, la limitación temporal de la defensa, y por el otro, la tentativa o consumación del delito. Ello así, toda vez que la finalidad de dicha causa de justificación es la protección de derechos y bienes jurídicos, y no de hechos punibles. Por tanto, la situación de defensa subsiste cuando, a pesar de haber afectado bienes jurídicos, una agresión contraria pueda neutralizar en todo o en parte una conducta agresiva.²⁴

En consecuencia:

“Cuando una mujer alega legítima defensa ejercida contra su pareja la incorporación de hechos pasados contribuye a evaluar el peligro que representaba la agresión, especialmente la representación que de él debía tener quien se defendía, la necesidad, la razonabilidad de los medios empleados y la actualidad o inminencia de la agresión ilegítima. La defensa contra quien agrede consuetudinariamente presenta varias peculiaridades que solamente pueden ser apreciadas apropiadamente en el contexto de violencia que excede la concreta agresión que finalmente desencadenó la defensa”.²⁵

Pues en estas *fattispecies* estamos ante supuestos en los que la agresión se encuentra latente —o reposando—, lo cual significa que la mujer agredida tiene la convicción interna de que, independientemente de que el ataque físico, sexual, psíquico, económico u de otra índole por motivos de género haya finalizado, podrá repetirse en el futuro cercano. Entonces, los requisitos para la configuración de la legítima defensa deben entenderse con un enfoque acorde a la perspectiva de género, sin soslayar las modalidades de este tipo de agresiones, que se producen *ex ante* y en escalada al desenlace fatal.

23. DONNA, *Limites a la legítima defensa en cuanto a los bienes a defender*, pp. 355-367.

24. ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, p. 623.

25. HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, p. 50.

III.C. La legítima defensa a la luz de un enfoque sensible al género

En este sentido, habiendo descrito las dos posturas principales en lo que respecta a aquellas situaciones que, en un contexto generalizado de violencia contra la mujer, ésta se defiende y agrede a su atacante —en el ámbito intrafamiliar—, por más que no estuviese siendo violentada en el momento específico, abordaré la propuesta del entendimiento de la legítima defensa, y en especial su carácter de actualidad de la defensa, a la luz de la perspectiva de género y estándares internacionales de derechos humanos.

Bajo esta óptica y partiendo, en primer lugar, de la especial situación de continuidad de la violencia contra la mujer *in casu*, como así también del condicionamiento social por motivos de género al cual se somete a la víctima golpeada, debe entenderse a la violencia intrafamiliar o doméstica como una agresión continua (y, de este modo, se extiende la legítima defensa más allá de los momentos puntuales en donde la mujer está siendo atacada). Ello así, ya que constantemente coexisten agresiones a ciertos bienes jurídicos, entre los que se encuentran: la integridad física y psíquica, la vida, la salud, la libertad personal, la seguridad, entre otros (*Cfr.* Arts. 28, 33, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre otros).

Por otro lado, complementariamente deberá estudiarse el abanico de alternativas con el que contaba la víctima para poder defenderse de otras formas, menos lesivas, como por ejemplo, la denuncia ante las autoridades competentes y la no permanencia de la mujer en el domicilio en el cual convive con el agresor. En este sentido, si consideramos que la víctima tenía otras posibilidades de defensa menos lesivas a su alcance, el ataque al agresor resultará innecesario y excesivo. Ante dicho escenario hipotético, no cabrá entender su conducta como justificada por legítima defensa (*Cfr.* Art. 34, inc. 6°, del Código Penal). Por el contrario, quedará regulado bajo el denominado exceso en la legítima defensa (*Cfr.* Art. 35 del Código Penal), de modo que corresponderá la atenuación de la pena prevista dependiendo el tipo penal correspondiente, con la escala fijada para los delitos culposos o imprudentes.

En virtud de este bagaje argumentativo, la conducta defensiva incluye la protección de bienes jurídicos determinados que están expuestos a agresiones continuadas. Es en este sentido que una reconocida doctrina expresa:

“Nadie tiene porque correr el riesgo de sufrir lesiones graves que afecten a su integridad física, por lo tanto una esposa²⁶ podrá en caso necesario 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. [...] y que una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que 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 defender” (las cursivas me pertenecen).²⁷

Lo antedicho es, en definitiva, lo que nos permite afirmar que ante la prevalencia de esquemas organizativos de tipo sexistas, se desconoce y/o se priva a las mujeres del ejercicio digno e igualitario de sus derechos.

Por consiguiente, las interrelaciones originadas durante los procesos históricos delimitan y condicionan el momento de creación jurídica estatal, *ergo*:

“Con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta [por lo que] el Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia”.²⁸

Respecto a los estándares esgrimidos por la Corte IDH, la impunidad en casos de violencia contra las mujeres se traduce en el facilitamiento y promoción de la repetición de estos hechos de violencia; y, como contracara de una misma moneda, se envía un mensaje a la sociedad toda según la cual estos actos violentos pueden ser tolerados, aceptados e incluso avallados.²⁹

26. No debería circunscribirse únicamente a una relación de cónyuges, sino que debería extenderse dicha doctrina a toda relación manifiesta de pareja, haya mediado o no el matrimonio. De todos modos, este carácter corresponde a la noción de “posición de garante”, cuyos límites afectarían para la delimitación de este.

27. ROXIN, *Derecho Penal. Parte general, Tomo I...*, p. 652.

28. JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, p. 29.

29. Corte IDH, “Caso Espinoza González vs. Perú”, párr. 280; y Corte IDH, “Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala”, párr. 208.

Asimismo, en los casos “Vicky Hernández” y “Campo Algodonero”, el tribunal interamericano dijo que las autoridades deben tomar todas las medidas que sean razonables para develar si existen posibles motivos discriminatorios, “recolectar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir la posible violencia motivada por discriminación”,³⁰ e incorporar la perspectiva de género en toda la conducción del proceso penal.³¹ Por tal motivo, es inadmisibles que en los tribunales se admita que, como la mujer ya estaba soportando el maltrato, podría haberlo soportado nuevamente, sin necesidad de recurrir a una defensa (legítima y justificada por el ordenamiento penal).³²

En esta senda, se reconoció que las víctimas de violencia de género están en una condición de vulnerabilidad.³³ Ésta, según las Reglas sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), puede ser entendida como una limitación significativa al “evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización [...]”.³⁴

Asimismo, la CSJN en el fallo “Góngora”, sobre la prohibición de suspensión del juicio a prueba en casos de violencia contra las mujeres, sostuvo que la Cámara de Casación, toda vez que aleja de las reglas, principios y directrices emanadas de los tratados internacionales que el Estado argentino suscribió:

30. Corte IDH, “Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras”, párr. 107.

31. Corte IDH, “Campo Algodonero”, párr. 455.

32. Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, “D.A.I s/ homicidio”, 18/02/2009. El Tribunal resolvió: “[...] analizando la mecánica de producción del hecho, no se verifica que la misma haya corrido un serio peligro real e inminente que justificara su accionar. En efecto, la discusión iniciada en el cuarto matrimonial no era sino una más de las que la acusada lamentablemente padecía de antigua data. No existió en mi criterio un plus que aumentara el peligro de la encartada más allá de su integridad física sin afectarse otros bienes jurídico”.

33. Cabe destacar que una vertiente feminista objetó la utilización de este vocablo para referirse a aquellas mujeres víctimas de violencia de género, toda vez que debilita la imagen de las mujeres como sujetos de pleno derecho. RUBIO CASTRO, “Los límites disuasorios del Derecho y su ambivalencia”. En idéntico sentido, PIQUÉ, “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, p. 6.

34. Reglas de Brasilia, 4-6/03/2008, Regla 11.

[...] en el que ha sido incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, contrariando así las pautas de interpretación del artículo 31, inciso primero, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (‘Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse los términos del tratado en el contexto de estos teniendo en cuenta su objeto fin’). Esto resulta así pues, conforme la exégesis que fundamenta la resolución cuestionada, la mencionada obligación convencional queda absolutamente aislada del resto de los deberes particulares asignados los *Estados Parte* en pos del cumplimiento de las finalidades generales propuestas en la ‘Convención de Belem do Pará’, saber: prevenir, sancionar erradicar todas las formas de violencia contra la mujer” (las bastardilla me pertenece).³⁵

Sobre la base de lo expuesto sucintamente, es posible decir que existen estándares de derechos humanos, consonantes con el *corpus iuris* de derecho internacional, que no pueden ser soslayados por los Estados, y que brindan un argumento a favor del entendimiento de los requisitos de la legítima defensa y la legislación penal con una perspectiva sensible al género.

IV. JURISPRUDENCIA: UN ANÁLISIS DE LOS CASOS “LEIVA” Y “PÉREZ”

IV.A. “Leiva María Cecilia s/ homicidio simple”. Sentencia de 01 de noviembre de 2011

El presente apartado tiene como finalidad el análisis de los requisitos que configuran la legítima defensa (en particular, la actualidad de la agresión y la necesidad racional del medio empleado) a la luz de *leading cases* en esta materia.

Para comenzar, en los autos “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” (01/11/2011)³⁶ de la CSJN, la Dra. Highton de Nolasco adujo que:

35. CSJN, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092”, considerando 7.

36. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, 01/11/2011.

“Para descartar la eventual existencia de legítima defensa, en el fallo en crisis se expresa que aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del *occiso* respecto de la imputada, ha sido ésta quien ‘[...] se sometió a ella libremente [...]’, de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo ‘[...] del concurso de su voluntad [...]’ y ‘[...] por esa razón, no puede invocarla para defenderse [...]’”³⁷

En primer lugar, con base en la Convención Belém do Pará y la Ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, resulta palmaria la contradicción entre el razonamiento del *a quo*, que resuelve lisa y llanamente que dada “la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el *occiso* [...] deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima”³⁸ y los instrumentos legales anteriormente mencionados.

Asimismo, para justificar la defensa necesaria se han corroborado todos los requisitos, por lo que puede esbozarse que la acusada tenía varias heridas y que, además, se encontró en la escena del crimen el artefacto homicida —palo de escoba— partido y con restos de sangre, lo cual comprobaba el relato dado por la víctima. En consecuencia, observando todos estos elementos en conjunto es posible entender que se está ante una situación de agresión ilegítima actual (*Cfr.* Art. 34, inc. 6º, del Código Penal).

En segundo lugar, es dable destacar el cumplimiento del carácter de necesidad racional del medio empleado, toda vez que el *de cuius* fue aseginado en virtud de un elemento que no era el más lesivo en ese contexto —v.gr., distinto hubiera sido el caso de ser atacado con un cuchillo—.

En tercer y último lugar, no hay provocación suficiente por parte de la mujer, en tanto y en cuanto no existe posibilidad de que la imputada hubiera provocado a su pareja a fin de sufrir una agresión.

En suma, este decisorio de la CSJN evidencia la discriminación de género en las sentencias judiciales, invisibilización y negación de la violencia de género en las relaciones intrafamiliares y, al mismo tiempo, puede ser entendida como reiteración de la violencia estructural basada en relaciones desiguales de poder conformadas históricamente.³⁹

37. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, considerando 2 *in fine*.

38. CSJN, “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, considerando 5.

39. HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, p. 53.

IV.B. “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”. Sentencia de 17 de diciembre de 2020

Por otro lado, en la causa “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple” (17/12/2020),⁴⁰ la CSJN no hizo lugar a una situación de legítima defensa en un caso de violencia contra una mujer por parte de su ex-pareja, quien había acuchillado y consecuentemente causado la muerte de su agresor. Lo que se debate en el caso es el carácter de actualidad en la legítima defensa, y por otro lado, si Pérez se encontraba bajo una situación de emoción directa al momento de ocurridos los hechos, aunque este último punto no será analizado en profundidad en el presente artículo.

En cuanto los hechos del *sub examine*, la acusada se encontraba inmersa en un contexto de violencia de género, en el marco del cual era víctima de agresiones físicas y verbales, abusos sexuales y constante hostigamiento, y se sabía en peligro permanente de ser agredida por su ex-pareja. Para decidir, la Corte estimó que:

“[...] la defensa había argumentado con base en testimonios que la imputada llevaba el cuchillo permanentemente consigo, como forma de protección, de modo que su portación, la mañana del hecho, no podía ser valorada como prueba de una premeditación incompatible con el estado pasional alegado”.

Respecto de la aplicación de la legítima defensa, el Máximo Tribunal argentino confirmó la sentencia en lo referido a este punto porque:

“[...] no se advierte arbitrariedad, sino más bien conformidad con los estándares vigentes en la materia, al descartar que en el momento del hecho hubiese existido una agresión antijurídica, actual o inminente, de parte de la víctima, que hubiera hecho necesario reaccionar a la mujer, apuñalándolo”.

Por su parte, revierte parcialmente el criterio del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa, el cual había estribado a que no concurrían los presupuestos objetivos de la legítima defensa en el *sub iudice*. Asimismo, resuelve a *contrario sensu* del Superior Tribunal de Justicia provincial, el

40. CSJN, “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, 17/12/2020.

cual había desestimado el recurso de casación interpuesto por la defensa —quien había alegado un incumplimiento en la temática de género, derivada de la Constitución Nacional e instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Belém do Pará—.

Esta opinión se encuentra fundada en la intensidad de la autorización, en cuanto la noción de “actualidad de la agresión” es más restrictiva que la de “actualidad del peligro” que concurre en el estado de necesidad justificante. Por ello, se dice que solo abarca la agresión dada en forma inminente, que ha comenzado su ejecución y aún continúa al momento de la defensa —excluyendo, así, los casos de “defensa preventiva” y de “peligro permanente”, que podrán ser considerados como un estado de necesidad exculpante—.

De esta forma, en el decisorio se menciona el caso del “tirano de la familia”,⁴¹ que para la doctrina mayoritaria produce la exculpación del homicidio, toda vez que las particulares circunstancias del caso permitan afirmar la concurrencia de los presupuestos de un estado de necesidad exculpante.

En virtud de este apartado puede argüirse que en aquellos casos en donde la defensa de la mujer golpeada o maltratada no coincide temporalmente con una agresión física, esta ausencia, no puede desestimar la existencia de violencia.⁴² Si bien esta temática excede el *quid* de la *quaestio*, un

41. Hilgendorf y Valerius describen este supuesto de la siguiente manera: “La señora F es insultada, amenazada, golpeada y maltratada con regularidad por su frecuentemente alcoholizado marido M. Una noche M llega a la casa nuevamente en estado de ebriedad, le coloca un cuchillo en el cuello a F y anuncia que primero tomará una corta siesta y que luego matará a F. Para impedir esto, F mata a golpes con un hacha a M mientras duerme. F no puede recurrir, para su delito de homicidio, a la causa de justificación de la legítima defensa. Puesto que la agresión de M contra la vida de F todavía no era inminente de modo directo, queda excluido el § 32 StGB, por falta de actualidad en la agresión. En cambio, existe un peligro actual para el bien jurídico vida, en el sentido del § 34 StGB, pasible de estado de necesidad. Dado que M se podía despertar en cualquier momento y F estaba amenazada de muerte según anuncio de aquel, existía un peligro duradero y ella solo podía acabar con ese peligro mediante medidas de defensa inmediatas. No obstante, el estado de necesidad justificante fracasa frecuentemente en los casos del tirano de la casa, a pesar de la situación de necesidad existente, ya por el hecho de que no se recurre al medio relativamente menos lesivo —como, por ej., el requerir ayuda estatal—”. HILGENDORF & VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General*, p. 107.

42. HOPP, “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, p. 49.

sector doctrinario que estudia esta temática resalta que uno de los obstáculos normativos en el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia de género es fruto de la inexistencia de un tipo penal sobre violencia contra las mujeres o violencia doméstica.⁴³

V. PROYECTOS DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL (ART. 34, INC. 6)

En el presente apartado se estudiarán algunos de los proyectos de reforma del Código Penal de la Nación respecto de la legítima defensa y la inclusión —o flexibilización— normativa para encuadrar estos casos de violencia de género en los cuales la víctima se defiende en un momento que no estaba siendo agredida.

V.A. Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto 678/12)⁴⁴

En lo atinente a la legítima defensa, se ha de mantener la fórmula vi-

43. PIQUÉ & PZELLINSKY, “Obstáculos en el acceso a la...”, p. 224. A mayor abundamiento, las autoras realizan un estudio de derecho comparado: “[...]en otras legislaciones sí se advierten tipos penales específicos. Por ejemplo: la Ley Orgánica 1/2004 sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de España del 28/12/04 modificatoria del Código Penal, prevé el delito de malos tratos del varón a su pareja o ex-pareja mujer, cuando el hecho no configura el delito de lesión contemplado en el mismo cuerpo legal; la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, Decreto N° 22.2008 de Guatemala. Art. 3, inc. j) Violencia contra la Mujer: Toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico sexual económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado. Art. 5) Los delitos tipificados en la presente ley son de acción pública”. PIQUÉ & PZELLINSKY, “Obstáculos en el acceso...”, nota al pie 6.

44. Véase Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, art. 5. Dicha disposición, queda redactada de la siguiente forma: Artículo 5. Eximentes. No es punible: [...] d) El que actuare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: i) agresión ilegítima; ii) necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla; iii) falta de provocación suficiente por parte del agredido. Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este

gente, que, se ha mostrado “la más adecuada que las propias de otras tradiciones legislativas”.⁴⁵ Asimismo, respecto del doble fundamento de la legítima defensa (individual y social), en la exposición de motivos se expresa que no se los debe entender como incompatibles, toda vez que, conforme al fundamento individual todo bien jurídico puede ser defendible, y esto no encuentra limitación alguna en la regulación vigente.⁴⁶

Sin embargo, se aduce que aunque *prima facie* no hay ponderación de males en la legítima defensa (ya que ésta es una de las principales diferencias con el estado de necesidad justificante), puede admitirse cuando la comparación entre el mal que se pretende evitar y el mal causado sea irrisoriamente desproporcionado. En este punto, se remite al clásico ejemplo del niño que hurta una manzana, y que en razón de ello es asesinado; no se podría alegar legítima defensa.

En consecuencia, le dedica un análisis a la “expresión racional”, la cual permite distinguir la legítima defensa de la meramente necesaria que, en casos de extrema disparidad no es tolerable.⁴⁷ Al mismo tiempo, en aquellos casos que la defensa puede ser necesaria, pero no es legítima, según nuestro derecho vigente, no deberá ser alterado.

Por otro lado, esgrime en la exposición de motivos que:

“Se introduce en el texto una nueva presunción *juris tantum* a favor del agente, cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia. Esta presunción responde a la desnormalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños”.⁴⁸

inciso, respecto de aquel que obrare: i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado, ii) por encontrar a un extraño dentro de su hogar, siempre que ofreciera resistencia. Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia”.

45. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 66.

46. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 67.

47. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 66.

48. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 67.

Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el magistrado *in casu*, sin necesidad de previsión legislativa alguna, dicha inclusión es consonante con el *corpus iuris* de derecho internacional y, al mismo tiempo, introduce un límite y criterio hermenéutico en contra de la milenaria hegemonía patriarcal, que como pauta cultural da lugar a errores frecuentes.⁴⁹ A fin de ejemplificar esta *quaestio*, el derogado tipo penal de adulterio o el derecho de corrección son algunos de los ejemplos más notorios que podían encontrarse en la legislación penal argentina.

V.B. Proyecto de ley S-3989/16⁵⁰

Este proyecto de ley tuvo como finalidad la modificación del artículo 34, inciso 6º, de la Ley 11.179 —Código Penal—, incorporando en el supuesto de legítima defensa a la mujer que sufriera una agresión en contexto de violencia de género. En esta senda, la víctima gozaría de la presunción de que obró en defensa propia, sin necesidad de acreditar aquellos requisitos que configuran la existencia de esta causa de justificación,⁵¹ y se propone su inclusión en el marco de la legítima defensa privilegiada o presuntiva, es decir, supuestos en los cuales se genera una presunción legal *iuris tantum* que concurren las condiciones de la legítima defensa.

En este proyecto legislativo, se refuerza la idea de que: “[...] el fenómeno de la criminalización de las mujeres que activan mecanismos de autodefensa ante la agresión de sus parejas, guarda relación con la interpretación

49. Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, p. 67.
50. Presentado por la ex-Senadora Nacional por la Provincia de Entre Ríos, Sigrid Elisabeth Kunath. La disposición *sub examine* quedaba redactada de la siguiente manera: “Artículo 1. “Modifícase el inciso 6º del artículo 34 de la Ley 11.179, Código Penal: “[...] 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 impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. Igualmente respecto de aquella mujer que sufiere una agresión en un contexto de violencia de género “.

51. República Argentina, “Proyecto de Ley S-3989/16”, Fundamentos.

androcéntrica del derecho”.⁵² Agrega que requiere considerar aspectos particulares como, por ejemplo, el carácter cíclico y continuado de la violencia entre las relaciones interpersonales, la situación de vulnerabilidad en la que se halla una mujer maltratada y la inminencia de la agresión, entre otros.

De este modo, entiende que para hacer cesar la agresión efectivamente, se requiere en dichos supuestos la utilización de medios disponibles “que impliquen un uso de fuerza mayor al que utilizaría un ‘hombre medio’, aspecto que debe considerarse con relación a la ‘necesidad racional del medio empleado’”.⁵³

En virtud de dicho bagaje argumentativo, concluye que resulta menester repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia de género devenida en “victimaria”.

V.C. Proyecto de ley.⁵⁴ Expte. 0791-D-2021. Código Penal de la Nación. Incorporación del artículo 34 bis, sobre derechos de quien ejerce legítima defensa (18/03/2021)⁵⁵

Este proyecto de ley propone, en su artículo 1º, la incorporación del

52. República Argentina, “Proyecto de Ley S-3989/16”, Fundamentos.

53. República Argentina, “Proyecto de Ley S-3989/16”, Fundamentos.

54. Propuesto por los siguientes miembros de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: Francisco Sánchez, Ingrid Jetter, Gustavo Hein, Hernán Berisso, David Schlereth, Juan, Aicega, Julio Sahad, Jorge Enriquez y Alberto Asseff.

55. Para un mayor abundamiento, el mentado artículo rezaba: “Actuará justificadamente en el legítimo ejercicio de un derecho, quien indistintamente: a) Obrare en cumplimiento de un deber, autoridad o cargo; b) obrare en defensa propia o de sus derechos, en protección de su vida e integridad física y las de su familia, su propiedad o los mismos derechos de terceros, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: b.1) Agresión ilegítima; b.2) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, siempre que esta limitación no implique riesgo para su vida o la de su familia; o b.3) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias, salvo prueba en contrario, respecto de quien rechazare durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, o aún afuera, en las inmediaciones de estos sitios; cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de quien repeliere la presencia de un extraño dentro de su hogar, siempre que este ejerza resistencia o amenace con agresión inminente o actual que implique riesgo para la vida del que repele, la de su familia o moradores presentes; cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. c) obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias mencionadas en los subincisos b.1, b.2 y b.3., de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, que no haya participado en ella el tercero defensor”.

“artículo 34 bis”, en el cual se regulan las conductas justificadas en el legítimo ejercicio de un derecho, y, además, en el artículo 2º, establece la derogación de los incisos 4, 6 y 7 del artículo 34 del Código Penal. No obstante ello, no alude de manera explícita a las situaciones de violencia contra las mujeres, minorías sexuales, o niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, expresa en sus fundamentos que, si bien el uso de la violencia en ámbitos privados para repeler una agresión ilegal siempre fue difícil de justificar:

“[...] sería una gran inconsistencia del poder público obligar a las víctimas a no reaccionar ante un hecho delictivo que las afecta y más aún, punir el acto de quien se defiende de una agresión ilegítima cuando esta se produce en realidad por una carencia o una imprevisión en la función protectora del Estado”.⁵⁶

V.D. Proyecto de ley.⁵⁷ Expte. 0872-D.2020. Código Penal. Modificación artículo 34, sobre inimputabilidad (03/06/21)

Dicho proyecto de ley reproduce el expediente 6045-D-2018. Esta iniciativa legislativa tiene como propósito la modificación del inciso 6º del artículo 34 del Código Penal, en aras de la incorporación de un nuevo supuesto bajo el paraguas de la legítima defensa privilegiada, en el cual se

56. República Argentina, “Proyecto de Ley Expte. 0791-D-2021”, Fundamentos.

57. Las comisiones de Legislación Penal y de Mujeres y Diversidad han considerado los proyectos de ley de la señora diputada Lospennato y de la señora diputada Álvarez Rodríguez y otras y otros diputados, el proyecto de ley del señor Diputado Estévez y el proyecto de ley de la señora Diputada Najul y otras diputadas. El artículo fue redactado de la siguiente manera: “Artículo 1. Sustitúyese el inciso 6º del artículo 34 del Código Penal, por el siguiente: 6º. 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 impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia y respecto de las conductas para impedir agresiones físicas en un contexto de violencia de género en el ámbito intrafamiliar, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”.

subsumen aquellos casos en que la conducta acontezca en un contexto de violencia de género.

En los fundamentos del proyecto, se analiza la necesidad de repensar los extremos del instituto de la legítima defensa, y más aún cuando quien invoca esta causal de justificación sea una mujer víctima de violencia. Ello así toda vez que la violencia de género es un fenómeno de complejidad considerable, y está arraigado contra la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

VI. CONCLUSIONES

En este artículo se analizó de forma sintética el supuesto de hecho en el que una mujer víctima de violencia de género ataca a su agresor cuando éste no se encuentra ejerciendo violencia sobre ella. Para ello, se propuso una interpretación de los requisitos de la legítima defensa desde una perspectiva de género, con apoyo doctrinario y jurisprudencial, y en consonancia con el *corpus iuris* internacional (entre otros instrumentos, la CEDAW y la Convención Belém do Pará). Asimismo, se considera que en estos casos se da un “cambio de roles”, puesto que la mujer —víctima de violencia de género— se convierte en victimaria, dejando impune a su maltratador. Esta visión es incorrecta, puesto que el derecho internacional de los derechos humanos exige la criminalización y el juzgamiento de estas conductas.⁵⁸

Las conclusiones (preliminares) que se extraen del presente trabajo son:

- A) en estas *fattispecies* estamos ante una agresión intermitente, continuada, en la cual el peligro sigue siendo inminente;
- B) el artículo 34 del Código Penal argentino no determina que la respuesta a la agresión deba ser en el mismo momento;
- C) en el decisorio jurisprudencial “Leiva”, la CSJN abordó una de las manifestaciones de la discriminación de género que todavía persiste en las sentencias judiciales; y
- D) las reformas legislativas explicadas *ut supra* constituyen una alternativa favorable, de *lege ferenda*, a fin de unificar criterios judiciales ante un caso de tales características.

58. BELOFF & KIERSZEMBAUM, “El derecho penal como protector de...”, p. 34.

Por último, juzgar desde una mirada sensible al género resulta de imperiosa necesidad para las y los operadores del derecho que deben decidir en estos asuntos. En virtud de este bagaje argumentativo, se evidencia una progresión paulatina en aras de arribar a este propósito.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 1987, Buenos Aires.
- BELOFF, Mary A. “La protección de los derechos de las niñas en la justicia juvenil”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, N° 19, 2017, Buenos Aires, pp. 55-81.
- BELOFF, Mary A. & KIERSZENBAUM, Mariano, “El derecho penal como protector de derechos fundamentales: formas alternativas al proceso penal y violencia de género”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 16, N° 1, 2018, Buenos Aires, pp. 27-67.
- Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación -Infojus, 2014, C.A.B.A., URL <http://www.saij.gov.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>, consultado 25/11/2021.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/35, Recomendación General núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19, 26/07/2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Espinoza González vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 20/11/2014.
- , “Campo Algodonero”, “Caso González y otras vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 16/11/2009.
- , “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 28/11/2018.
- , “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 19/05/2014.
- , “Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, 26/03/2021.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Góngora”, “Góngora Gabriel Arnaldo s/ causa N° 14.092”, 23/04/2013, *Fallos* 336:392.

- , “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple”, 01/11/2011, *Fallos* 334:1204.
- , “Pérez, Yésica Vanesa s/ homicidio simple”, 17/12/2020, *Fallos* 343:2122.
- DI CORLETO, Julieta, “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis*, N° 5, 2006, Buenos Aires, pp. 860-869.
- DI CORLETO, Julieta, LAURÍA MASARO, Mauro & PIZZI, Lucía, *Legítima defensa y géneros: Una cartografía de la jurisprudencia argentina*, Ministerio Público de la Defensa, Referencia Jurídica e Investigación, 2020, Buenos Aires.
- DONNA, Edgardo A., “Límites a la legítima defensa en cuanto a los bienes a defender”, en BRUZZONE, Gustavo A. (coord.), *Cuestiones penales: homenaje al profesor Dr. Esteban J. A. Righi*, Ad-Hoc, 2012, Buenos Aires.
- FRISTER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, 2016, Buenos Aires.
- HILGENDORF, Eric & VALERIUS, Brian, *Derecho Penal. Parte General*, Ad-hoc, 2017, Buenos Aires.
- HOPP, Cecilia M., “Buena madre, buena esposa, buena mujer: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”, en DI CORLETO, Julieta (comp.), *Género y Justicia Penal*, Ediciones Didot, 2017, Buenos Aires.
- , “Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias”, en PITLEVNIK, Leonardo (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Tomo 13*, Hammurabi, 2012, Buenos Aires.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, 1991, Madrid.
- , *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, 1996, Buenos Aires.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Comares, 1993, Granada, traducción de MANZANARES SAMANIEGO, José Luis.
- NINO, Carlos S., *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, 1982, Buenos Aires.
- PIQUÉ, María L., “Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional”, en DI CORLETO, Julieta (comp.), en *Género y Justicia Penal*. Ediciones Didot, 2017, Buenos Aires.
- PIQUÉ, María L. & ALLENDE, Martina, “Hacia una alianza entre el garan-

- tismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo”, en GARGARELLA, Roberto & PASTOR, Daniel R., *Constitucionalismo, garantismo y democracia*, Ad-Hoc, 2017, Buenos Aires.
- PIQUÉ, María L. & PZELLINSKY, Romina, “Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 2, 2015, Buenos Aires, pp. 223-230.
- República Argentina, “Ley de Protección Integral a las Mujeres”, Ley 26.485 de Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, 11/03/2009.
- , “Proyecto de ley S-3989/16”, “Proyecto de ley modificando el inciso 6° del art. 34 de la Ley 11.179 del Código Penal, incorporando en el supuesto de legítima defensa a la mujer que sufre una agresión en contexto de violencia de género”, 07/10/2016, URL <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3989.16/S/PL> consultado 08/04/2023.
- , “Proyecto de ley Expte. 0791-D-2021”, “Código Penal de la Nación. Incorporación del artículo 34 bis, sobre derechos de quien ejerce legítima defensa”, 18/03/2021, URL <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=0791-D-2021> consultado 08/04/2023.
- , “Proyecto de ley Expte. 0872-D-2020”, “Código penal. Modificación artículo 34, sobre inimputabilidad”, 17/03/2020, URL <https://dequese-trata.com.ar/proyecto/camara-de-diputados/0872-D-2020-30437> consultado 08/04/2023.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, 1997, Madrid.
- RUBIO CASTRO, Ana, “Los límites disuasorios del Derecho y su ambivalencia”, en *Themis, Revista Jurídica de Igualdad de Género*, Asociación de Mujeres Juristas Themis, 2005, Madrid, pp. 15-19.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, 4° ed., Hammurabi, 2005, Buenos Aires.
- Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I. “D.A.I s/ homicidio”, 18/02/2009, AR/JUR/399/2009.
- XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia), 4-6/03/2008, Brasilia, Brasil.

- WALKER, Leonore E., *Descripción de ciclo de violencia conyugal. The Battered Woman*, Harper Colophon Books. Harper & Row Publishers, 1979, New York, traducción de VILA DE CERILLO, María Cristina.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, Roque Depalma, 1956, Buenos Aires.
- WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner & SATZGER, Helmut, *Derecho penal. Parte general: el delito y su estructura*, Instituto Pacífico, 2018, Lima.
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, EDIAR, 2011, Buenos Aires.