

Entre la espada y la pared: inminencia de la agresión de la legítima defensa en casos de violencia de género

Santiago José Naím¹

No olviden jamás que bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados. Estos derechos nunca se dan por adquiridos, deben permanecer vigilantes toda su vida.

Simone de Beauvoir

Resumen

El trabajo analiza la legítima defensa en contextos de violencia de género, centrado en casos sin confrontación inmediata, donde las mujeres reaccionan ante agresiones fuera del momento del ataque, pero en un marco de violencia permanente. A partir de jurisprudencia y doctrina con perspectiva de género, se plantea reinterpretar el requisito de inminencia, reconociendo que las víctimas viven en agresión continua. Se descarta la idea de venganza y se exploran alternativas como la legítima defensa putativa o el estado de necesidad disculpante. Se propone reconstruir la legítima defensa según estándares constitucionales e internacionales, incorporando contexto y violencia estructural.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Casuística | 3.- Legítima defensa | 4.- Legítima defensa con perspectiva de género | 5.- Mismo final, distinto contenido | 6.- Conclusión | 7.- Bibliografía

Palabras clave

legítima defensa – estado de necesidad disculpante – violencia de género – perspectiva de género – explotación sexual digital – Convención de Belém do Pará

¹ Abogado (UBA). Integrante del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Maestrando en Derecho Penal (UDESA). Correo electrónico: naimsantiagojose@gmail.com

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar el instituto de la legítima defensa en casos en donde media violencia de género; esto es: aquellos casos que son denominados por la doctrina como de no confrontación inmediata, en los que la mujer que se defiende se encuentra inmersa en un círculo de violencia.

Aunque se ha escrito ampliamente sobre la legítima defensa, al centrar la atención en este tipo de casos surgen circunstancias especialmente relevantes para el análisis. La realidad evidencia que las normas que regulan este instituto son producto de una sociedad patriarcal, que ignora problemáticas arraigadas en la dinámica social y desconoce la evidente asimetría entre varones y mujeres.

De este modo, durante años, estas normas fueron interpretadas como compartimentos históricos estancos, lo que impedía encuadrar en ellas los casos que aquí se analizan. En consecuencia, tales situaciones no eran consideradas supuestos de legítima defensa, sino que, por el contrario, se subsumían en figuras penales que sancionaban la conducta defensiva de la mujer.

Sin embargo, con la llegada de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y la sanción de la ley 26.485, –no sin el incansable esfuerzo doctrinario del movimiento feminista– se han reinterpretado estas categorías en clave de perspectiva de género y se ha logrado equiparar –o, al menos, se ha intentado– la situación desigual en la que las mujeres se encuentran. Con todo, estas interpretaciones aún no son pacíficamente aceptadas por la literatura jurídica –nada más lejano que ello– y, aun cuando sus promulgadores arriban al mismo resultado, se encuentran diferencias en sus razonamientos.

Este tipo de circunstancias son las que nos obligan a repensar, cuestionar y pulir los criterios con los cuales aplicamos la legítima defensa para casos de violencia de género. No debemos conformarnos con lo ya alcanzado, pues lejos de ser definitivo, requiere un perfeccionamiento constante que permita mejorar la aplicación de estas interpretaciones y, al mismo tiempo, sumar adhesiones que contribuyan a su consolidación. Sin perjuicio de ello, la corta extensión de este trabajo solo me permitirá exponer algunos de los lineamientos más importantes que se han planteado alrededor del tema, principalmente en lo atinente a la actualidad de la agresión.

En primer lugar, expondré una serie de casos que resultan relevantes dentro de la jurisprudencia. Puesto que la legítima defensa es un instituto cuya afirmación o negación depende especialmente de los hechos que se traen a estudio, resulta necesario establecer las características comunes que tienen los casos a los que hago alusión: ellos se denominan casos de no confrontación inmediata. Luego, haré mención sobre algunos presupuestos de la legítima defensa. Me limitaré a explicar sólo aquellos a los que luego haré referencia, pues doy por conocidos los presupuestos básicos de la causal de justificación mencionada.

Posteriormente, y en el apartado que espero resulte la parte central de este trabajo, explicaré cuales son los fundamentos para entender por qué en los casos de no confrontación inmediata, las mujeres víctimas de violencia de género sí se defienden contra una agresión actual e inminente.

Finalmente, aportaré una respetada opinión que, si bien difiere de la que propongo, arriba al mismo resultado absolutorio, y a la que debe reconocérsele mayor eficacia práctica.

2. Casuística

Una mujer en Estados Unidos contrajo matrimonio a los catorce años. Desde ese entonces, y durante 25 años, sufrió violencia por parte de su marido. Éste, quien tenía un consumo problemático de alcohol, la obligaba a prostituirse, la vigilaba, la trataba como un perro, haciéndola comer alimento balanceado y dormir en el suelo. En distintas oportunidades él intentó matarla y, en otras, ella intentó quitarse la vida. También intentó buscar ayuda a través de la policía, pero cuando estos llegaban al domicilio le preguntaban delante de él qué ocurría y ella por temor respondía que nada; solicitó ayuda social pero el agresor logró volver a arrastrarla al domicilio. Todo lo cual, como era de esperarse, agravó la situación que iba incrementando y escalando los niveles de violencia cada vez más. En ese contexto, un día de 1985 la mujer mató a su marido mientras él dormía.

En virtud del episodio, se realizaron dos juicios y finalmente fue condenada a la pena de seis años de prisión, su sentencia quedó firme luego de que la Corte Suprema del Estado de Carolina del Norte rechazó la posibilidad de una legítima defensa arguyendo que no existió un ataque inminente del cual defenderse. Este es el emblemático caso de Judy Norman que ha sido estudiado por innumerable cantidad de profesionales del derecho. Su importancia radica en que fue escogido por el feminismo mundial como un estandarte.

En nuestra jurisprudencia local existen también numerosos casos de estas características; muchos de ellos han sido resueltos favorablemente para la mujer imputada, pero, para llegar a una decisión absolutoria, han tenido que transcurrir muchísimos años detenidas en prisión o, en el mejor de los casos, sufriendo la coerción del proceso hasta que alguna instancia superior hizo lugar a su reclamo.

Uno de ellos resulta ser el caso de Gladys Bulacio y su hija J.; según tuvo por probado el Tribunal, los hechos del caso se dieron de la siguiente manera:

«El 18 de agosto de 2004 aproximadamente a las 18:00 horas, en circunstancias en que Gladys Bulacio y su hija J. regresaban caminando a su domicilio [...], fueron interceptadas en la entrada por Amílcar Polinico Juárez, esposo de la primera y padre de la segunda, quien violentamente les cruzó la camioneta en que se movilizaba, las insultó, amenazó y comenzó a pegarles trompadas y patadas obligando a las mujeres a ingresar a la casa [...] Una vez que madre e hija fueron forzadas por Juárez a ingresar a la casa, comenzó para ellas un verdadero calvario, que incluyó una serie ininterrumpida de golpes de Amílcar Juárez hacia Gladys Bulacio que le causaron múltiples lesiones. La violencia se ejerció, además, rompiendo vidrios y blandiendo en forma amenazante un arma de fuego, la que Juárez usualmente portaba y que en la ocasión disparó dos veces hacia [...] Gladys Bulacio en el local de la planta baja, obligándola luego a subir a la casa con la finalidad de mantener relaciones sexuales. En forma intimidante, arma de fuego en mano, Juárez llevó a Bulacio a la habitación principal, lugar donde la mujer comenzó a quitarse sus prendas íntimas, en tanto Juárez la esperaba acostado en la cama, momento en el cual, aprovechando un descuido de su esposo, Gladys Bulacio tomó el arma de fuego que llevaba Juárez y le descerrajó dos disparos en la sien derecha, poniendo fin a la agresión y a la vida de hasta quien hasta ese día había sido su esposo

[...] El modo de ingreso de los proyectiles y la posición del cadáver llevan a concluir que Bulacio aprovechó un intersticio de cese de violencia para tomar el arma que antes detentaba Juárez y poner fin al castigo al que hasta ese momento estaba siendo sometida».

Los jueces del caso absolvieron a la imputada, analizaron el caso con perspectiva de género –sin mencionarlo expresamente–, y tuvieron en cuenta el contexto de violencia permanente previo en el que la mujer vivía.

Otro caso transcurrido en la Provincia de Buenos Aires que resulta ilustrativo es el caso que ha llegado a conocimiento de la Sala VI del Tribunal de Casación de esa provincia. El tribunal de juicio absolvió a S.B.L. por el homicidio de su esposo. La sentencia fue recurrida y el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires confirmó la sentencia. Para arribar a esa decisión, entendió que la mujer obró en legítima defensa suya y de su hija al dispararle a su marido mientras dormía.

Se tuvo por probado durante el juicio que, regularmente, el marido de S.B.L. le pegaba con su tonfa reglamentaria –era policía– y la amenazaba con su arma de fuego reglamentaria. Respecto del momento de la agresión, se estableció que la víctima fatal apuntó con su revólver –tanto a ella como a su bebé– durante horas. Luego, la tomó violentamente de los cabellos y le refirió que se iría a dormir. Cuando la acusada se acostó y se tapó, le quitó la frazada, diciéndole «no te la mereces», por lo que debió ir en busca de otras frazadas. Pero él, nuevamente se levantó y se las quitó por la fuerza para darse vuelta, dejando el arma entre medio de los dos en la cama. En ese momento, la acusada agarró el arma y le disparó.

Aunque, como ya se señaló, el tribunal de primera instancia absolvió a la imputada, la sentencia fue apelada por el fiscal, quien consideró que la agresión ya no era actual ni inminente, dado que la víctima se preparaba para dormir. De esta forma, la fiscalía conjeturó que la imputada pudo haber abandonado la habitación e irse. No obstante, el superior se apartó de los agravios introducidos por el Ministerio Público Fiscal y confirmó la sentencia absolutoria.

En definitiva, muchos casos similares pueden encontrarse en la jurisprudencia local e internacional². Todos comparten, como expliqué, similitudes en cuanto a la casuística. Pero, además, lo que es mucho más importante es que también coinciden en que, al menos en una instancia, alguno de los actores judiciales que tuvo que intervenir –ya sea fiscales, jueces de primera instancia, sus colegas de segunda instancia o hasta en algunos casos los superiores tribunales provinciales–han interpretado que la inminencia de la agresión ya había cesado y, por lo tanto, la defendida actuó fuera del permiso otorgado por la ley.

Veamos entonces de qué trata el requisito de la actualidad de la agresión en la legítima defensa.

² Lanzilotta, S. I. (2021). *Indefensión en el hogar, autodefensa y defensa jurídica* (Cap. 5). Buenos Aires, Argentina: Editores del Sur.

Limitar de tal manera este derecho obligaría a soportar al agredido el ataque para, recién una vez allí, poder tomar medidas. Explica Roxin que esto ni siquiera beneficiaría al agresor ya que, en el último momento, frecuentemente, es necesario para la defensa causarle al agresor una lesión mucho más grave que la que hubiera requerido en un momento anterior (Roxin 1997, p. 620).

Por otro lado, así como existen discusiones respecto a cuándo comienza el derecho a defenderse, también existen con respecto a la finalización de ese derecho. Siguiendo la línea del autor alemán, cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada: esto es admisible especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación jurídica (Roxin 1997, p. 621). Por ello, como mencioné anteriormente, recién finaliza el derecho a una defensa legítima cuando se dan en conjunto la consumación y el agotamiento material del delito.

Las discusiones que se dan en torno a este tipo de cuestiones no son menores. Por lo contrario, revisten tal importancia que pone en juego el propio Estado de Derecho: es que, recordemos, la legítima defensa resulta ser el último resquicio de violencia que ha quedado en mano de los particulares. En una lógica contractualista de la sociedad, hemos entregado el monopolio del uso de la fuerza al Estado y, por tanto, es deber de éste protegernos de quienes pretendan utilizarla en nuestra contra. Sin embargo, allí donde el Estado no puede protegernos —por distintas razones— se nos habilita la facultad de defendernos a nosotros mismos o a terceros con dos propósitos: el primero es la protección personal de nuestros bienes y el segundo es la prevalencia del derecho frente al delito o injusto. Por ello, la legítima defensa siempre es subsidiaria —del Estado— en la preservación de nuestros derechos.

En esa lógica, quien emplea la violencia fuera del permiso otorgado para defenderse, no hace más que arrogarse facultades estatales que ponen en juego el orden social pacífico y el monopolio estatal de la violencia. Al mismo tiempo, reducir al máximo la facultad de acción del agredido, limitándolo a que tenga que soportar la agresión de quien actúa fuera del pacto socialmente aceptado, también, pone en juego el orden social pacífico y promueve la venganza privada o la justicia de mano propia.

En consecuencia, sus límites han de ser establecidos de manera muy precisa y clara, a fin de que el agredido tenga la posibilidad de defender sus bienes de forma eficaz, sin que ello requiera poner en juego su vida o alguna actitud heroica; pues, también recordemos, nos encontramos en el campo de la antijuricidad y actuamos contra una agresión que no debe ser tolerada, aunque ello no equivale a extender las facultades de tal forma que se permita una venganza privada o justicia por mano propia encubierta.

4. Legítima defensa con perspectiva de género

Hemos visto en apartados anteriores que, en su mayoría, los planteos de legítima defensa en casos de no confrontación son rechazados por distintos actores judiciales debido a que, a su entender, la agresión inminente ya habría cesado y, por lo tanto, la mujer habría actuado fuera del permiso legal. También, expliqué la importancia de definir claramente cuáles son los límites en donde el agredido puede obrar en defensa suya o de un tercero sin excederse del marco de lo permitido.

Ahora explicaré como, a nuestro entender, debe interpretarse el requisito de la actualidad de la agresión en casos de no confrontación inmediata, utilizando para ello perspectiva de género.

Aunque resulte reiterativo en este tipo de trabajos, no puede pasarse por alto las obligaciones asumidas por el Estado argentino frente a la comunidad internacional al suscribir, entre otros tratados, la CEDAW en 1979 y la Convención de Belém do Pará en 1994. En particular, al refrendar estos instrumentos, el Estado reconoce la existencia de relaciones estructurales de poder desiguales entre varones y mujeres. En consecuencia, todos los operadores estatales tienen el deber de asumir que, en principio, sus valoraciones pueden estar atravesadas por prejuicios de género. De allí se desprende la necesidad de interpretar, aplicar y elaborar las normas con perspectiva de género.

Ahora bien, ¿qué significa trabajar con perspectiva de género? Aunque su desarrollo atraviesa todo este trabajo, podemos anticipar qué implica reconocer como punto de partida que las mujeres —y, en general, todas las personas que no se ajustan al modelo del varón blanco, occidental, heterosexual, con patrimonio y educación— se encuentran en una situación estructural de subordinación. Este enfoque nos exige romper con ese patrón tradicional de observación e incorporar la interseccionalidad como herramienta de análisis. Esto supone atender a la situación concreta de cada persona involucrada en un caso, considerando factores como la edad, la clase social, la identidad de género, la orientación sexual, entre otros, que pueden agravar esa desigualdad inicial. Juzgar con perspectiva de género, en definitiva, implica abandonar la noción del sujeto neutro del derecho y construir decisiones situadas, conscientes de los sesgos y estereotipos que históricamente han atravesado al sistema penal.

En este sentido, analizar con enfoque de género los casos en los que las mujeres sufren violencia —ya sea como víctimas o como imputadas—, y hacerlo desafiando los prejuicios androcéntricos que subyacen en las estructuras dogmáticas del proceso penal, es una obligación con jerarquía constitucional y convencional. Por ello, en este trabajo propongo abordar desde esta perspectiva el análisis del requisito de la actualidad de la agresión en la legítima defensa.

Si aceptamos que tanto la creación como la interpretación de nuestras normas están impregnadas de prejuicios y sesgos en perjuicio de las mujeres, resulta evidente que sus resultados también lo estarán. Debemos tener en cuenta que las normas son creadas por legisladores que han sido elegidos por los miembros de una sociedad. Ahora bien, previo a esa instancia electoral, la conformación de las listas de candidaturas no es un proceso neutral ni transparente, sino que responde a disputas de poder históricamente dominadas por varones.

Así lo demuestran los informes realizados en 2016 y 2021, en donde se utilizó el Índice de Paridad Política desarrollado por la iniciativa regional ATENEA, impulsada por el PNUD, ONU Mujeres e IDEA Internacional, con el objetivo de evaluar el grado de equidad de género en la participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe. Según las conclusiones allí vertidas, los partidos políticos en Argentina registran bajos niveles de participación femenina, sin que se demuestren compromisos efectivos con la igualdad sustantiva. En efecto, las dimensiones con puntuaciones más bajas en 2021 fueron «Partidos Políticos» (26,2) y «Poder Judicial y Electoral» (13,3), lo que evidencia severas deudas con la igualdad de género en esos ámbitos. Si bien se han implementado medidas correctivas orientadas a revertir, al menos parcialmente, la desigualdad estructural en el acceso de las mujeres a los espacios de poder —como la Ley de Cupo

Femenino (N.º 24.012) y, posteriormente, la Ley de Paridad de Género (N.º 27.412) –, lo cierto es que, aun con un marco normativo paritario, persisten obstáculos significativos en el ejercicio efectivo del poder.

En consecuencia, si en la dinámica social hallamos relaciones asimétricas de poder en donde la mujer se encuentra sometida al varón de distintas maneras –como la que recientemente mencionamos–, es lógico pensar que, al elegir a sus representantes, la sociedad reproduce esta asimetría hacia los organismos de creación de normas –tanto el poder legislativo como el poder ejecutivo–, que a su vez designan a quienes deben aplicarlas –el poder judicial–. En definitiva, todo ello crea un manto de legitimidad sobre esta dinámica social injusta y opresiva, que se traduce en la aplicación de la ley a través de sentencias injustas.

Por lo tanto, resulta imperante que –entre otras cosas–, al momento de aplicar la ley, los jueces tengan en cuenta que estos sesgos y prejuicios se encuentran encarnados en la propia letra de la norma y deben, sin apartarse de ella, aplicarla conforme los estándares impuestos, tanto por las convenciones mencionadas, como por la Corte IDH.

En este mismo sentido, con mucha mayor precisión y claridad, Elena Larrauri (2001, p. 1), citando a Catherine MacKinnon (1987), señala que, al abordar el derecho penal con perspectiva de género, se advierte que tanto las normas penales como su aplicación por parte de los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en sí mismos como sujetos de referencia. Continúa, en otra publicación, con una idea que entiendo es fundamental y engloba todo lo que hasta aquí intenté explicar:

«[...] no se trata de un supuesto de mala interpretación sino de una interpretación correcta, pero de una interpretación ‘correcta’ de unas normas que fueron dotadas de un contenido en un momento en el que el cincuenta por ciento de la población no contaba y por tanto tampoco contaban sus circunstancias. Es por ello necesario que estas normas se amplíen» (2009, p. 37-55).

Específicamente en lo que hace a la legítima defensa, enseña la autora antedicha que si existe una figura dentro del derecho penal que puede tener efectos discriminatorios hacia las mujeres cuando se la aplica de manera estricta y formal, esa es la legítima defensa. Ello se debe a que sus exigencias fueron construidas en torno a un modelo de enfrentamiento entre varones, partiendo de la idea de sujetos con fuerza y capacidad de reacción equivalentes. Este enfoque excluye a la mayoría de las mujeres, quienes, ante una agresión violenta, suelen contar con una menor capacidad física para repeler el ataque, lo que las obliga a recurrir a formas de defensa menos directas y más adaptadas a su situación particular (Larrauri & Varona Gómez 1995, p. 41).

No obstante, coincidimos con Patricia Laurenzo Copello (2019, p. 19) en que ello no implica que debemos prescindir de los requisitos legales que estructuran una causa de justificación tan consolidada como la legítima defensa, ni que dichas exigencias deban flexibilizarse únicamente por tratarse de una mujer quien actúa. Lo que se propone, más bien, es corregir –a través de una interpretación adecuada– el sesgo androcéntrico con el que fueron diseñadas muchas figuras del derecho penal, entre ellas la legítima defensa, las cuales se construyeron sobre la base de cómo los varones ejercen la violencia y se defienden, excluyendo por completo a las mujeres como posibles sujetos del derecho de defensa, así como sus circunstancias específicas y formas particulares de reaccionar ante una agresión. De esta forma, no se pretende una legítima defensa ad hoc para las mujeres,

pues ello produciría un efecto simbólico-comunicativo profundamente negativo al reforzar una vez más la falsa imagen victimista y vulnerable del género femenino.

Ahora bien, como mencioné anteriormente, y ya adentrándonos específicamente en casos de «*no confrontación inmediata*», resulta sumamente importante conocer y entender los datos de contexto. Pues, solamente de esa forma podremos visualizar si estamos ante un caso de violencia de género, cómo está dado el vínculo entre víctima y victimario y cómo se despliega la relación opresiva en todos los aspectos de la vida de la víctima.

Especialistas en la materia, como Julieta Di Corleto (2006, p. 16), explican que los datos de contexto en este tipo de casos no solo permiten revelar las verdaderas circunstancias vividas por las mujeres que han sufrido violencia, sino que también favorecen una mejor comprensión del fenómeno de la violencia y de las respuestas institucionales frente a él. La autora se anticipa a posibles críticas sobre la incorporación de dichos datos al proceso penal y sostiene que, si bien la dogmática tiende a presentar los casos de manera tal que admitan una única e indiscutible solución, lo cierto es que el razonamiento contextual permite repensar el marco de lo jurídicamente relevante, reconociendo hechos periféricos que, por sus consecuencias, no pueden ser ignorados.

Ahora volvamos al caso S.B.L. resuelto en la provincia de Buenos Aires por el Tribunal de Casación provincial. Durante el debate se ventilaron distintas cuestiones que tienen que ver con la dinámica del vínculo que unía a S.B.L. con su marido. Éste la maltrataba y ejercía violencia de distintas maneras, entre ellas física y verbal. Además, ejercía violencia contra la pequeña hija de ambos, siendo que la noche de los hechos le habría gatillado tanto a S.B.L. como a la niña. Es claro que nos encontramos ante un caso claro de violencia de género, tal definición resulta central para la resolución del caso.

La postura clásica que se opone a admitir la legítima defensa en estos tipos de casos resulta ser aquella adoptada por la fiscalía. En concreto, sostuvo –tanto en primera como en segunda instancia– que la decisión de S.B.L. de tomar el arma reglamentaria de su marido y dispararle mientras dormía no fue inmediata, sino mediada, analizada y razonada. Asimismo, cuestiona por qué la acusada no optó por irse de su casa y denunciar a su marido. De acuerdo con el fiscal, el razonamiento del fallo de primera instancia resultaba absurdo y consideró que no se cumplió con el requisito de agresión ilegítima actual o inminente, por lo que la aplicación de la causal era errónea. Interpretó que la agresión ya había cesado, porque el marido se disponía a dormir. Propuso que «[...] *podría haber optado simplemente por retirarse de la residencia como ya lo había hecho anteriormente*»

Resulta evidente la adhesión del representante de la vindicta pública a una interpretación tradicional de la normativa vigente, alejada completamente de las obligaciones que el Estado –del cual forma parte– asumió frente a los organismos internacionales, carente de perspectiva de género y propia de un análisis fragmentario de la evidencia recolectada que desatiende los antecedentes del caso.

Para resolver este tipo de conflictos con enfoque de género, proponemos tener presente como se desarrolla el ciclo de violencia contra las mujeres. Ello ocurre en 3 fases: a) la acumulación de tensión, caracterizada por discusiones constantes, o indiferencia extrema. La mujer empieza a captar señales de descontento de la pareja y empieza a alterar su comportamiento para evitar el enojo de su compañero. Se ha explicado que el miedo es tan intenso que la mujer incluso realiza aquello que enoja a su pareja de modo de terminar con la violencia psicológica a la que se encuentra expuesta; b) explosión de violencia, caracterizada por descarga desenfadada de golpes, esta fase puede durar minutos o días; c) luna de miel, caracterizada por las muestras de

arrepentimiento del hombre, las cuales vienen acompañadas de salidas o regalos o simplemente cuidados. El hombre pide perdón y promete que no va a volver a golpearla (Rioseco Ortega, 1999, p. 583).

De acuerdo con esta teoría, principalmente desarrollada por Leonore E. Walker, el círculo de la violencia contra la mujer es un proceso cíclico, que presenta como característica fundamental el aislamiento de la víctima, quien es alejada de sus vínculos afectivos primarios. Agrega la autora que una de las características de un golpeador es que su comportamiento alimenta el ideal romántico de amor: el amor es pasional, y la mujer, socializada bajo este paradigma, asocia a ese hombre que la ama desmedidamente con la idea de complemento y felicidad. Así, la mujer tolera el momento de la explosión de la violencia, y convencida de que con su amor podrá ponerle fin a la misma, es capaz de soportar y perdonarlo todo cuando el varón asume un comportamiento de arrepentimiento en la tercera fase, con la esperanza de que el violento actúe como lo hacía en un principio.

Walker (1992) habla de una paradoja siniestra: cuanto más perdona la mujer, el efecto es inverso, más cruel es la reacción violenta. A su vez, todo intento de defensa y/o escapatoria también se traduce en un escalamiento de la violencia. El aislamiento y silencio de la víctima en este contexto es el éxito del victimario: la mujer se encuentra sola, usualmente sin autonomía económica, y carece de espacios y/o redes dónde hablar de lo que le sucede.

En este punto, es oportuno destacar que el Comité de Expertas del MESECVI indicó que, en contextos de violencia contra las mujeres, la agresión presenta una inminencia permanente, caracterizada por dos aspectos. Por un lado, la violencia es continua y puede manifestarse en cualquier momento durante la convivencia, generando en la víctima un estado constante de temor y tensión. Por eso, la inminencia debe interpretarse más allá del instante preciso del ataque, ya que forma parte de un continuum de violencia cuya finalización resulta incierta. Por otro lado, esta violencia suele ser cíclica: el agresor alterna el maltrato con conductas afectuosas que refuerzan el vínculo, atrapando a la mujer en una relación de dependencia emocional.

En este sentido, surge claro que lo que puede parecer el fin de la agresión, en realidad son momentos extensos de calma; que, a su vez, son percibidos como previos a una agresión. Pues, la mujer se encuentra en una agresión permanente, en donde existió un principio —a veces alejado en el tiempo— pero que no tiene final. Allí ubicamos el fundamento principal para enmarcar estos casos dentro de la legítima defensa: el estado de permanente agresión que sufren las mujeres víctimas de violencia de género. No se halla ni en el momento final de los actos preparatorios, ni en el delito consumado, ni agotado; sino que la mujer se encuentra siendo violentada de forma permanente y, de allí, que su defensa sea legítima para hacer cesar ese estado. Tal como mencioné, ello se conoce a partir de los datos de contexto a los que ya hemos hecho referencia.

En el trabajo ya citado, sugiere Di Corleto que el pasado de abuso sea utilizado para redefinir en forma adecuada el concepto de inminencia o para evaluar la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente. Nos inclinamos por la primera opción: no debemos confundir inminencia con inmediatez, pues un ataque puede ser inminente pero no inmediato. Así lo explica Zaffaroni (2000, p. 595) «[...] cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar [...]: la existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él»

Así, la mujer que se defiende ante un respiro en el ataque, por más prolongado que sea, no lo hace en venganza o justicia de mano propia, ni tampoco en una ejecución extrajudicial; sino, todo lo contrario, en el uso legítimo de su derecho de cesar con la agresión ilegítima que está sufriendo de forma actual, bajo la óptica ya mencionada.

Un criterio diferente exigiría que la mujer esperara el instante exacto en que el agresor iniciara el ataque para recién entonces poder defenderse, lo que evidentemente frustraría cualquier posibilidad real de defensa. Tampoco es razonable argumentar, como lo hizo la fiscalía, que debió haber abandonado la habitación pues el delito nunca puede prevalecer ante el derecho. Como explica Sofía Inés Lanzilotta (2021, p. 135), este argumento se repite en la mayoría de los casos, lo que evidencia que se trata de una respuesta automática, genérica, que lejos está de contemplar las particularidades del caso. Si ya lo había hecho con anterioridad –como sucede en muchas ocasiones–, se demuestra un método de defensa ineficaz. Además, resulta una falacia argumentativa el incorporar la posibilidad contrafáctica de que le hubiera bastado retirarse del domicilio, si en rigor no se atiende al caso concreto.

5. Mismo final, distinto contenido

Un criterio diferente exigiría que la mujer esperara el instante exacto en que el agresor iniciara el ataque para recién entonces poder defenderse, lo que evidentemente frustraría cualquier posibilidad real de defensa. Tampoco es razonable argumentar, como lo hizo la fiscalía, que debió haber abandonado la habitación pues el delito nunca puede prevalecer ante el derecho. Como explica Sofía Inés Lanzilotta (2021, p. 135), este argumento se repite en la mayoría de los casos, lo que evidencia que se trata de una respuesta automática, genérica, que lejos está de contemplar las particularidades del caso. Si ya lo había hecho con anterioridad –como sucede en muchas ocasiones–, se demuestra un método de defensa ineficaz. Además, resulta una falacia argumentativa el incorporar la posibilidad contrafáctica de que le hubiera bastado retirarse del domicilio, si en rigor no se atiende al caso concreto.

Finalmente, en la introducción de este trabajo mencioné que, aún entre quienes adoptan un criterio absolutorio para este tipo de casos, lo hacen utilizando distintos caminos. A continuación, resaltaré uno de ellos que resulta interesante.

En la causa N.º 84077, también resuelta por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires y en la que los hechos presentaban notorias similitudes con los ya mencionados, la mayoría del tribunal -integrada por los jueces Maidana y Carral- decidió absolver a la acusada. Sin embargo, cada magistrado lo hizo conforme a su propio voto, ya que optaron por fundamentos distintos para arribar a la misma solución absolutoria.

El juez Maidana utilizó el criterio que este trabajo propone en relación con la actualidad de la agresión, en cuanto explicó que no debe «[...] entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica». Además, precisó que:

«[...] es necesario considerar entonces el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado desde la perspectiva de género anteriormente descrita, puesto que pretender que la actualidad sea concebida de una manera puramente

temporal y entendida como tiempo presente, implicaría negarle a la mujer toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento».

Por su parte, el juez Carral, tras dejar en claro que no se encontraba en discusión el contexto de violencia de género en el que se desenvolvía la relación de pareja, sostuvo que no lograba advertir en la causa desde qué momento los hechos permitirían afirmar la inminencia de una agresión, ni cuál sería el juicio normativo correspondiente a esa valoración. En consecuencia, a su criterio, la perspectiva de género no puede autorizar un salto lógico en las categorías propias de la dogmática penal. Según su postura, el condicionamiento psíquico –que es siempre actual– no habilita una defensa legítima, del mismo modo que el temor ante un posible daño futuro no puede ser equiparado a una agresión actual.

Indicó que, frente al evidente error sobre un presupuesto que condiciona la causa de justificación, fundado en el contexto de violencia de género, cabía la posibilidad de analizar tres alternativas: a) por un lado, si se considera que el error es invencible y no imputable tornaría la conducta no reprochable; b) que en caso de considerarlo vencible permitiría la aplicación de la regla del art. 35 CP, teoría de la culpabilidad mediante; c) legitimar la posibilidad de revisar la reprochabilidad desde un estado de necesidad disculpante.

Debido a que el juez Carral se manifestó en el marco de un «*obiter dictum*», no terminó de definir su postura respecto del caso en concreto, por lo que es difícil realizar una crítica a un razonamiento incompleto. Sin embargo, pareciera que el magistrado se inclina por pensar que nos encontramos ante una legítima defensa putativa por un error del autor, que cree estar defendiéndose de una agresión que, en realidad, según él –Carral–, ya cesó.

Carral menciona en reiterados pasajes de su voto que, tanto la defensa como la fiscalía, han utilizado frases dogmáticas y citas doctrinarias sin realizar una explicación cabal respecto a por qué la agresión aún permanecía latente. Por ello, tampoco podemos descifrar completamente su postura, quizás ante un planteo más preciso, su criterio sería distinto.

Así y todo, la solución que esboza resulta más que interesante. Si bien –en principio– parece no aceptar el estado de permanente agresión, al cual suscribimos y proponemos en este trabajo, lo cierto es que la utilización de este criterio podría tener una función práctica: esto es, lograr la absolución de mujeres que se encuentran imputadas por casos de no confrontación inmediata; acercando a quienes tampoco están de acuerdo con la solución que expusimos, pero quizás sí puedan aceptar ésta que parece encontrarse en un punto medio.

6. Conclusión

A lo largo de este trabajo hemos presentado el problema que suscita la interpretación tradicional del requisito de la inminencia del ataque de la legítima defensa en casos en donde media violencia de género.

Desde un principio manifestamos que, si bien la jurisprudencia tiene precedentes absolutorios, existen aún muchos operadores judiciales que no están dispuestos a adoptar los criterios que aquí se proponen. Principalmente por ello, es que vemos jurisprudencia de tribunales superiores, pues las mujeres han tenido que recurrir a instancias superiores para lograr una sentencia definitiva absolutoria; en todos los casos soportando la coerción

propia del proceso penal durante muchos años, pero también en algunos casos –y no en pocos– detenidas con prisión preventiva.

Asimismo, demostramos cuál es la tensión existente en la delimitación del derecho a la legítima defensa, ya sea en su comienzo o en su final; que tiene como principal rehén a la paz social, en tanto valor principal a preservar por el juego armónico en la interpretación de los hechos y el derecho.

Explicamos que la perspectiva de género es la única interpretación constitucional y convencionalmente válida en virtud de los compromisos asumidos por el Estado internacionalmente. Ello nos obliga a hacer una redefinición –necesaria– de los institutos que surgen del derecho penal, en tanto su creación normativa ha reproducido los sesgos y prejuicios comunes de toda la sociedad en materia de género. En virtud de ello, propusimos la redefinición del requisito de la inminencia, a través de los datos de contexto, y el concepto de agresión permanente como argumento central a la hora de interpretar si el ataque se encontraba latente o, en cambio, la mujer actuó fuera del permiso legal

Finalmente, presentamos el criterio del juez Carral como una vertiente distintiva dentro de aquellos que arriban a un veredicto absolutorio. Como explicamos, su potencial radica en la posibilidad de lograr consensos entre quienes ven la tesis aquí presentada como incorrecta.

7. Bibliografía

- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (5), Lexis Nexis.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism unmodified*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Laurenzo Copello, P. (2019). Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21, 1–21. <https://www.criminologia.net/pdf/reicpc/21art21.pdf>
- Larrauri, E. (2002). Violencia contra las mujeres, derecho penal y políticas públicas. Conferencia presentada en el Seminario sobre violencia de género, San José, Costa Rica.
- Larrauri, E. (2009). Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (13), 169–190.
- Larrauri, E., & Varona Gómez, D. (1995). *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona, España: Editorial Universitat de Barcelona (EUB).
- Lanzilotta, S. I. (2021). *Indefensión en el hogar, autodefensa y defensa*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Sur.
- Rioseco Ortega, L. (1999). *Mediación en casos de violencia doméstica*. Santiago de Chile, Chile: Lom Ediciones / La Morada.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Tomo I, 2.^a ed.). Madrid, España: Civitas.

Rusconi, M. A., & Kierszenbaum, M. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Zaffaroni, E. R. (2000). *Derecho penal. Parte general* (2.^a ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Jurisprudencia

Tribunal Oral en lo Criminal N.º 3 de la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires. (2010, 3 de junio). Bulacio, Gladys Lery s/ homicidio calificado.

Tribunal Oral en lo Criminal N.º 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. (2014, 9 de diciembre). S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo.