



# Proyecto de Ley

El Senado y Cámara de Diputados,...

**Artículo 1º** – Sustitúyese el inciso 6 del artículo 34 del Código Penal por el siguiente:

*6. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:*

- a) Agresión ilegítima;*
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla;*
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

*Se 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 aquel 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.*

Artículo. 2º – Comuníquese al Poder Ejecutivo

Ana Carolina GAILLARD



## FUNDAMENTOS

Señor Presidente:

El presente proyecto agrega al segundo párrafo del inciso 6<sup>a</sup> del art. 34 del Código Penal un caso de legítima defensa privilegiada, cuando los actos defensivos se producen en contextos de violencia de género en el ámbito intrafamiliar.

Como dice Larrauri, cuando abordamos con perspectiva de género el derecho penal, advertimos 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 una determinada situación o contexto. (Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N<sup>o</sup>. 13, 2009, págs. 37-55).

El uso potencial de la Justicia en un contexto de desigualdades, debe estar advertido de no reproducir en forma ciega la desigualdad en el plano social. De modo que el código penal, de por sí, un código inspirado en una cultura patriarcal y héteronormada, debe ser reconsiderado, no sólo cuando las mujeres se presentan como víctimas, sino también cuando se juzga la conducta de las mujeres cuando estas se presentan como imputadas de cometer un delito, y muy particularmente cuando este delito implica el ejercicio de la violencia física.



Como afirma Tamar Pitch, en el derecho penal, "Perduran y se sostienen las prohibiciones penales tradicionales que mantienen un viejo orden patriarcal y prohíben la plena autonomía de las mujeres de decidir sobre sus cuerpos." (Sandá, R., Se trata de autonomía, entrevista a Tamar Pitch, Pagina 12, 3/7/2015). Entendemos con la jurista italiana que la punición nunca fue garantía de que disminuya la violencia y así como es importante inscribir y "delimitar qué es lo que se puede y no se puede hacer, y eso está bien, en un plano empírico hay que actuar desde un punto de vista político y efectivo." (Pitch en Sandá, op. cit). En este sentido como bien dice la jurista, filósofa y socióloga italiana, el problema es cultural.

El derecho penal participa de ese problema cultural que es la violencia de género, lo reproduce y también lo garantiza. Esa violencia se despliega en interpretaciones, actitudes, prácticas y enfoques que prevalecen a la hora de que la justicia evalúa las conductas de las mujeres. Por consiguiente, cuando el juez aplica la norma tal como ésta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma, han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos (Larrauri, E., "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal." Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 13, 2009, págs. 37-55)

De tal modo, sigue siendo una lucha de las mujeres el denunciar las violencias, cuando la mujer llega al escenario de un juicio en la que se la juzga por matar a un varón recaen sobre ella no sólo los principios generales del derecho penal, pensado por varones y desde la idea de supremacía masculina. También recaen sobre ellas las expectativas de género, lo que la sociedad supremasista espera de la mujer: su sumisión, que sea "una buena víctima".

Los escenarios de legítima defensa privilegiada que, en la actualidad, prevé nuestro Código Penal Argentino, no contemplan las situaciones



extremas en las que la violencia de género deja a las mujeres, ni los modos en que los cuerpos feminizados pueden ejercer una defensa efectiva para repeler las agresiones contra ellos. Así, los requerimientos previstos por el artículo 34 exigen, para valerse de esta causa de eximición de responsabilidad, elementos objetivos y subjetivos del tipo que son acordes a las formas de defenderse y hacer uso de la violencia en las que comúnmente han sido educados y entrenados los varones.

De manera que las excepciones a la responsabilidad penal, que excluyen la pena (traducidas como causales de no punibilidad), son esencialmente a situaciones construidas en base a la experiencia del varón. Pero de ningún modo contemplan las situaciones de excepción y las formas en las que las mujeres han sido entrenadas y educadas para responder a la violencia machista, y de este modo, difícilmente les sean aplicadas las excepciones de punibilidad.

Puntualmente se recoge la necesidad de legislar, en base a la casuística y una jurisprudencia que va avanzando en incorporar la perspectiva de género en sus sentencias, también las recomendaciones de las expertas del Mecanismo de Seguimiento de la OEA (MESECVI, en particular la recomendación general N<sup>o</sup> 1 que hace referencia a la legítima defensa en casos de violencia en el ámbito doméstico – en función del art. 2 de la Convención de Belem do Pará que define el concepto de violencia contra la mujer), y la necesidad de legislar expresada por las expertas, en los encuentros que tuvimos en las reuniones conjuntas con la Comisión de Mujer y Diversidad de esta Cámara durante el año 2019 y que se encuentran expresadas en las versiones taquigráficas.

En los debates que como consecuencia del abordaje de la problemática se tuvieron en esta Cámara, quedaron planteados varios problemas que presentaba la redacción de esta causal, que fuimos trabajando y sobre los que se expresaron expertas. En común, se puso de manifiesto la necesidad de aportar al marco normativo existente en materia de causales de justificación y eximentes de responsabilidad penal. En particular, del instituto de



la legítima defensa, se estimó que efectivamente está regulado actualmente con una perspectiva androcéntrica, ya que tiene una caracterización que responde más a un modelo defensivo masculino al exigir:

- i. la proporcionalidad,
- ii. la inminencia de la agresión,
- iii. que no medie provocación suficiente.

Se acordó que estos elementos que definen la legítima defensa dejan a las mujeres con muy pocas posibilidades de valerse de este instituto ya que los escenarios en que las mujeres encuentran la oportunidad de defenderse no siempre son confrontacionales. No siempre puede defenderse en el momento de escalada de la violencia, sino en los momentos en los que esa violencia cede o está en una "etapa preparatoria", pero la mujer sabe que se va a producir, precisamente por la experiencia "circular" de la violencia: "se la ve venir".

Estas características de la violencia de género suscitan debates en cuanto a la aplicación de la legítima defensa precisamente porque no se produce siempre en una situación de inminencia o de reacción a un hecho actual. No siempre es una acción de repeler, sino que en muchos casos está orientada a impedir que esto ocurra.

Este aspecto es muy claro en el caso de Naiaretti, en el que una mujer y su hija fueron acusadas del homicidio de quien en vida fuera Alberto Elvio Naiaretti pareja y padre, respectivamente. Las mujeres imputadas fueron sobreseídas en 2021, con fundamento en un historial de violencia de todo tipo, incluso de explotación sexual y violencia hacia hijas e hijos, por parte del fallecido. En el caso, madre e hija ejercen su acción defensiva en un momento en el que éste dormía, aunque previamente, Naiaretti ya había formulado una amenaza, la Justicia aquí no hizo proceder una legítima defensa, sino un estado de necesidad exculpante para arribar al sobreseimiento, aunque sí hizo un minucioso análisis e historización del vínculo violento para encuadrarlo en una situación de exclusión de responsabilidad. (Sentencia Interlocutoria 28/05/21, causa 19.740, Juzgado de Garantías 4 San Martín,1)



La doctrina penal imbuida en la perspectiva de género sostiene que, al no tener ambos contendientes la misma fuerza ni socialización, debe entenderse que la actualidad de la agresión no refiere a que se esté produciendo sino a que sea inminente y, por lo tanto, "las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente" (Larrauri, E., 2008. "Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica." Buenos Aires: Euro Editores, pág. 62).

La violencia de género es una violencia permanente, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán lo consideró al decir que "...la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, debe ser considerado como un 'mal inminente' que —a priori— habilita la materialización de una conducta defensiva". (Causa 329 "XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo", de fecha 28/04/2014<sup>2</sup>).

El caso Leiva de la CSJN, también cuestiona la no aplicación del instituto de la legítima defensa en el fallo que la condena por el homicidio de su agresor, por no aplicar la normativa y perspectiva de género que se impone a través de los tratados y leyes de protectorias existentes. Incorporando en el análisis del caso los preceptos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - y ley 26.485 de Protección Integral de la Mujer, entendió que el estándar aplicable, debía hacer procedente el recurso extraordinario planteado por la defensa de la imputada.

Allí, consideró que la afirmación del a quo para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso —a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario—, deriva que se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no sólo soslaya las disposiciones" de estas normas, "que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido. (Votos de la Dra. Highton de Nolasco y Argibay)" (Leiva María Cecilia s/ recurso extraordinario, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia de 1 del 11 de 2011<sup>3</sup>).



Un ejemplo de la interpretación que la "cultura judicial" da a los casos en los que las mujeres pretenden hacer uso de la causal de legítima defensa en sus alegaciones, basadas en situaciones de violencia de género, lo da la Casación de la provincia de Bs. As. En el fallo L, S.B. en el que el fiscal había tildado de errónea la aplicación del art. 34 inc. 6º del C.P. ante la ausencia de uno de sus requisitos, agresión ilegítima actual o inminente, la que no se advierte teniendo en cuenta los propios dichos de la imputada. No verificándose el requisito de "actualidad" necesario para la procedencia de la eximente (causa 69965, L.S.B. recurso de casación interpuesto por el particular damnificado, sentencia de 5/7/2016<sup>4</sup>). En ese caso, la Sala VI de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sin embargo, se consideraron los antecedentes de violencia de género. En este sentido la implicancia de la vivencia objetiva subjetiva de la violencia de género hace que el concepto de actualidad deba complejizarse, porque en una relación marcada por la asimetría, la inminencia es "cualquier momento", porque lo que el agresor considera una provocación es arbitrario. En eso consiste la tiranía en la relación.

En los fundamentos, se sostuvo que "la perspectiva de género implica, entonces, "Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la supervisión y la aplicación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros" (ONU Mujeres, 2016).

Así las cosas, es importante dar una señal a la Justicia, desde el ámbito legislativo, de que se deben valorar y dar entidad a los antecedentes de violencia de género para atribuir la responsabilidad penal en los contextos en los que son criminalizadas las mujeres. Las mujeres tenemos que tener derecho a defendernos. Mediante el proyecto, se trata de hacer aplicable el instituto a los casos en que las mujeres se defienden y a sus contextos. No se trata de facultar a matar bajo cualquier circunstancia, es importante que el Estado llegue antes



con políticas efectivas, porque como dice Pitch, el problema es un problema cultural y el derecho penal no evita los hechos de violencia. No obstante, rescato que en el sobreseimiento de Naiaretti, la Justicia debió hacer referencia a los antecedentes de violencia institucional por la incapacidad de las políticas de género preventivas, pese a que habían sido pulsadas una y otra vez por la mujer agredida.

Si bien ha habido fallos que recogieron los antecedentes de violencia para encuadrar algunos supuestos del art. 34 del Código Penal, vemos que, incluso en los intentos más imbuidos de la perspectiva de género para historizar las circunstancias de las acciones defensivas, queda desplazada la aplicación de la figura de la legítima defensa y se termina recurriendo a otras hipótesis, negando en los hechos, el derecho a defenderse de la violencia machista.

También evalúo que el instituto de legítima defensa es una excepcionalidad en el estado de derecho, ya que habilita el uso de la fuerza, incluso letal, entre particulares. Por ende, tiene que haber una precisión que ni afecte el principio de legalidad ni afecte el monopolio del ejercicio de la fuerza por parte del Estado, como pilar de nuestro orden jurídico. No se trata de habilitar la venganza privada sino de caracterizar lo que por definición es restrictivo, a los fines de que no se confunda ese carácter restrictivo y se lo haga actuar con el sesgo de género, afectando la igualdad ante la ley.

La cuestión de la proporcionalidad es también un tema clave en la aplicación de este instituto, observado por los órganos especializados, suele ocurrir que en contextos de violencia intrafamiliar, ya que precisamente por las características del "circulo de la violencia", las acciones defensivas aplicando el instituto tal como hoy se regula, y vinculado al tema de los escenarios no confrontacionales en que se pueden producir las acciones defensivas, si no se aplica con perspectiva de género el instituto, es también común que a priori resulten actos desproporcionados.

El texto que se propone también fue trabajado con autoras y autores de proyectos, tenemos que tener en miras que el fenómeno de los





femicidios en contextos de violencia intrafamiliar marca una tendencia preocupante en la agenda pública, una mujer que se defiende de la violencia machista está intentando satisfacer su derecho a vida, que el Estado no ha logrado garantizar. La política de género no sólo debe acudir cuando la mujer ya está muerta, también debe aportar para circunscribir la arbitrariedad de su criminalización y la desproporción de los castigos que el Estado pretende aplicarle, incluso cuando se defiende en contextos de violencia de género.

Se tuvieron en miras las complejidades que suscita el instituto y la necesidad de no incurrir en un texto ni tan amplio como para desnaturalizar la excepcionalidad en que el estado autoriza a ejercer la legítima defensa; ni tan restrictivo que no cumpla con su objetivo. Se tuvo también en consideración el texto de anteproyecto de código penal del año 2014, integrada por: Presidente: E. Raúl Zaffaroni, Miembros: León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo, Secretario: Julián Álvarez, Coordinador: Roberto Manuel Carlés. Allí se establece en el art. 5, las eximientes de:

“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 impedir la o repelerla; iii) falta de provocación suficiente por parte del agredido. Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este 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 ofreciere resistencia. Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia.

Para este proyecto contamos con los aportes de expertas, de funcionarias y un trabajo en comisión, que permitió dictaminar favorablemente tal como surge de la orden del día 408 de 2021, (7/772021), en las que se tuvieron a la vista los expedientes Lospennato. (872-D.-2020.); Najul, Mendoza J. y Jetter. (3.360-D.-2020.); Álvarez Rodríguez, Caliva, Masin, Macha, Estévez G. B., Brawer, Uhrig, López J., Lampreabe, Alderete, Grosso, Ormachea, Sierra,



Martínez M. R. y Soria. (3.660-D.-2020.) Estévez E. (4.973-D.-2020.), dando cuenta de un importante consenso y una voluntad amplia de legislar para eliminar las barreras de género, también en el acceso a la Justicia y dotar de proporcionalidad a la aplicación de los castigos.

En virtud de la normativa enunciada, de carácter constitucional, las políticas de género no constituyen opción para nuestro país, sino que se trata de políticas de Estado, que deben ser garantizadas en todos los ámbitos, incluidos los sistemas penales, cuando la mujer es imputada.

Es por ello que pido a mis colegas, me acompañen con su firma.

Ana Carolina GAILLARD