

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a los 5 días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Ricardo R. Maidana y Carlos Ángel Natiello, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver en las causas N° 69.965 y 69.966, caratuladas “L. S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado” y “L., S. B. s/ Recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal”, conforme el siguiente orden de votación: Maidana – Natiello.

ANTECEDENTES

El 9 de diciembre de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, dictó veredicto absolutorio -por mayoría- a favor de S. B. L., en relación al delito de homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego (art. 34 inc. 6 C.P.).

Contra dicho pronunciamiento, el particular damnificado, con el patrocinio letrado del Dr. Emiliano Martín Pérez Lozana, interpuso recurso de casación que figura a fojas 176/196 vta de la causa 69965.

Hizo lo propio el Agente Fiscal del Ministerio Público Fiscal del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Dr. Hugo Daniel Carrión, que luce a fs. 311/339 de la causa número 69966.

Encontrándose en estado de dictar sentencia, la Sala VI del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Son admisibles los recursos interpuestos?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Habiendo sido interpuestos los recursos por quienes se encuentran legitimados, en debido tiempo y contra un pronunciamiento definitivo de carácter absolutorio de juicio oral en material criminal, se encuentran reunidos los recaudos formales y satisfechos los requisitos de admisibilidad previstos legalmente (arts. 18 CN; 20 inc. 1, 450, primer párrafo, 451, 452 inc. 1 y 453 CPP).

Voto por la afirmativa.

A la misma primera cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Maidana en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

A la segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Maidana, dijo:

Cuestiona el representante del Particular Damnificado la validez lógica del veredicto pronunciado por la mayoría del Tribunal actuante, con afectación de los arts. 106, 210, 373 del C.P.P.; 171 de la Constitución Provincial y 75 inc. 22 de la C.N. Entendió que a lo largo del debate no han quedado dudas, y ha sido acreditado con el grado de certeza necesario, que la imputada de autos decidió terminar con la vida de Gastón Maximiliano Márquez, de un disparo mientras dormía. Agregó que lo expresado se encuentra probado conforme los elementos incorporados por lectura, los testigos escuchados y los dichos de la imputada, quien confesó su crimen. Asimismo, expresó que la versión por ésta última brindada no puede ser corroborada, constituyéndose en meros argumentos justificativos de su accionar. Planteó que las lesiones, abusos, maltratos que L. adujo haber sufrido, no se condicen con el resultado de los análisis médicos que a ella le fueran practicados. Destacó que la estrategia defensiva consistió primero en intentar hacer parecer el hecho como un robo, luego como un suicidio y finalmente acudiendo a la violencia de género. Adujo que la personalidad violenta de Márquez, descrita por L., ha sido una falacia, sostenida por familiares y amigos, declaraciones que no son contestes con el resto de las pruebas colectadas. Puso de resalto que las circunstancias relatadas por el personal policial que arribara a la escena desmienten el relato de la inculpa. Refirió que la decisión de L. de tomar el arma y dispararle a Márquez mientras

dormía no fue inmediata, sino meditada, analizada y razonada. Se pregunta, de haber acontecido los hechos conforme el relato de la inculpada, por qué no optó por irse de su casa, denunciar a su marido, hablar con alguien o simplemente tomar las llaves y desaparecer. Añade que el diagnóstico de L. ha sido el de haber padecido un trastorno mental transitorio incompleto, estrechez de conciencia, alteración del juicio crítico e insuficiencia de control de los impulsos. Cuestionó el razonamiento de lo resuelto por la mayoría del Tribunal de Mérito, suscribiendo el voto de la minoría. Finalmente, efectuó reserva del caso Federal (art. 14 Ley 48).

El representante de la acción pública sostiene, por su parte, que el fallo adolece de logicidad y denota un absurdo razonamiento, una arbitraria valoración de la prueba, con violación de principios constitucionales que exigen un fallo motivado, que ha llevado a sostener erróneamente la concurrencia de la causal de justificación contemplada en el art. 34 inc. 6 del C.P. Propone se encuadre el suceso bajo el tipo previsto en el art. 80 último párrafo del C.P. y la imposición de una pena de 10 años y 8 meses de prisión. Afirmo que la imputada cursó un trastorno mental transitorio exógeno, vivencial, anormal, pasional, que afectó la capacidad judicativa y generó una estrechez de la conciencia. Pone de resalto que el voto mayoritario es arbitrario y contradictorio toda vez que afirma la justificante, obviándose que su aspecto subjetivo, habida cuenta del trastorno mental transitorio incompleto que cursaba la imputada al momento del hecho. Tilda 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. Sostuvo que la víctima Márquez se hallaba, cuanto menos, con sus defensas desatendidas, advirtiéndose que la agresión ya había cesado, no verificándose el requisito de "actualidad" necesario para la procedencia de la eximente. Afirmo que no medió inminencia de un mal y que la encausada podría haber optado simplemente por retirarse de la residencia como ya lo había hecho anteriormente, eligiendo de todas las opciones posibles, la más grave. Agregó que del examen ginecológico y anal no surgen consideraciones que se compadezcan con el relato de las violentas agresiones sufridas. Explicó que la víctima salía a trabajar por más de doce horas, tiempo más que suficiente para que L. elaborara alguna estrategia

para conjurar o modificar el estado actual de cosas que venía soportando. Menciona a una serie de testigos que expresamente dan cuenta de que jamás vieron a la víctima desplegar sobre la inculpada conductas agresivas de ningún tipo, sino que describen la relación conyugal de manera diametralmente opuesta a la que formula la inculpada. Cita nutrida fuente doctrinaria en apoyo del descarte de la tesis justificante de la legítima defensa y a favor del acaecimiento de una circunstancia extraordinaria de atenuación conforme el art. 80 última parte del C.P. Hace mención al quiebre de logicidad en el pronunciamiento de la mayoría, puesto que se toman por ciertos los dichos de la imputada en cuanto a la violencia doméstica reiterada de la que fuera objeto, pero se prescinde de la parte en la que la misma explica que la víctima se había acostado y tapado con la frazada que le quitara a la imputada y se disponía a dormir, por lo que cabe colegir que la agresión había concluido. Reseña que el *A Quo* acredita una agresión ilegítima, actual e inminente y la proporcionalidad del medio empleado por los solitarios dichos de L., y no hace lo mismo descarta lo mismo en cuanto a la posición en la que se hallaba Márquez al momento de recibir el disparo, sin fundamentar por qué para un caso son válidos los dichos de L. y, para el otro no. Denuncia que los informes médicos dan cuenta de la casi inexistencia de lesiones sobre el cuerpo de la encausada, elementos ignorados en el voto mayoritario sin fundamentación alguna ni motivación lógica, simplemente soslayados arbitrariamente (arts. 17 y 18 de la C.N. y 210, 373 del C.P.P.). Considera finalmente que tampoco halla fundamento lógico sostener la corpulencia y fuerza física de Márquez, ya que entre éste y L. apenas existían ocho centímetros de diferencia de estatura y última pesaba diez kilos más que la víctima. En otro orden, plantea la realización de una nueva pericia psiquiátrica debido a las contradicciones de los doctores llamados a testificar, siendo que aun así el *A Quo* abrazó sin más la causal prevista en el art. 34 inc. 6º del C.P. en plena violación del contradictorio, no dando debida razón de sus dichos, lo que es una exigencia constitucional. El tercer motivo de agravio versa sobre la agregación de los videos grabados por la defensa, que pasaron a formar parte del acta de debate, siendo que nunca se labró acta sobre la filmadora aportada, certificando la virginidad del soporte sobre el que se iba a grabar. Adujo que la misma no fue examinada por la Fiscalía, ni por personal idóneo, ni por el Tribunal ni su actuario, ni las grabaciones realizadas fueron puestas a disposición del

Acusador Público, ni del *A Quo*. Entendió que se ha resuelto en plena violación al contradictorio e igualdad de armas de las partes, requiriendo se resuelva no agregar dichas grabaciones a los presentes actuados. Solicita la casación de lo fallado.

El representante del particular damnificado acompaña memorial a fs. 218/230 vta. renovando la solicitud de revocación de la sentencia absolutoria.

La Fiscal Adjunta de Casación, Dra. María Laura D'Gregorio, propicia el acogimiento del recurso originario impuesto por el Ministerio Público, por los argumentos que desarrolla a fs. 233/236 y 263/267 vta.

Sentadas las bases de la impugnación e ingresando en su análisis, considero pertinente efectuar una aclaración previa puesto que nos enfrentamos a una causa caracterizada por la presencia de violencia de género dentro del ámbito conyugal, lo que impone analizar un concepto fundamental para comprender situaciones como las aquí presentadas.

Las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina a través de la ratificación y jerarquización constitucional de ciertas normas del derecho internacional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22), establecen la necesidad de cambios coyunturales en la leyes y la administración de justicia. Dentro de dicha normativa se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979). Esta Convención tiene el objetivo, ni más ni menos, de incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos, en palabras propias de su texto. Esta incorporación implica no solo la reafirmación de la igualdad de género frente a los derechos y, en consecuencia, el respeto de la dignidad humana, sino también la incorporación de medidas o planes de acción que los Estados deben llevar a cabo con el fin de cumplir con los requisitos establecidos en dicho instrumento jurídico. De estos fines normativos, de garantizar las obligaciones estatalmente asumidas, es de donde surge el concepto de "perspectiva de género."

Lo propio surge de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), documento que goza de jerarquía constitucional y de cuyo texto se infiere la necesidad de aplicar una perspectiva de género, a raíz del reconocimiento de que los patrones socioculturales y las relaciones históricamente desiguales han generado la violencia contra la mujer todas sus formas, como anteriormente lo ha sostenido esta Sala VI (Causa nº 58.758 “Rodríguez, Jorge Daniel s/ Recurso de Casación” del 29 de agosto de 2014). Así queda también expresamente establecida esta perspectiva en la legislación nacional a través de su incorporación expresa en la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

La perspectiva de género implica, entonces, *“el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. 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). Continúa afirmando la ONU que *“la incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales, y en programas de servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias”* (Ob. cit.).

El análisis exhaustivo de la situación de desigualdad global de los géneros, ha concluido que la concepción androcéntrica de la humanidad dejó fuera a la mitad del género humano, es decir, a las mujeres. Y a pesar de existir en un mundo genéricamente desigual, las mujeres han sido realmente relevantes en cada uno de los aspectos propios de las distintas sociedades que se fueron desarrollando a lo largo de la historia. La perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir

de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde una perspectiva inclusiva de las mujeres.

Esta perspectiva reconoce, asimismo, la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres, como un principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática. Sin embargo, esta perspectiva plantea a su vez que la dominación de género produce la opresión de género y ambas obstaculizan esa posibilidad. Una humanidad diversa y democrática requiere que mujeres y hombres (refiriéndonos puramente al sistema binario al solo efecto de clarificar conceptualmente para el presente caso) seamos diferentes de quienes hemos sido, para ser reconocidos en la diversidad y vivir en la democracia genérica (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, Nº. 13, 2009, págs. 37-55).

El derecho y la administración de justicia no pueden ser ajenos a ello. Y en consecuencia, la perspectiva de género debe ser entendida como comprensiva también del derecho en general y del derecho penal en particular. En lo que respecta a la perspectiva de género en el campo puramente legal, cabe destacar la doctrina jurisprudencial surgida en los países escandinavos en la década del 70, que se fundamenta en la determinación discriminadora de la ley actual y en la necesidad de un cambio con una perspectiva de género en la interpretación judicial, ya que facilitaría velozmente la adecuación del sistema jurídico a la igualdad empírica. Esta corriente doctrinaria sostiene que la jurisprudencia existente es masculina porque responde a la conexión entre las leyes de un sistema patriarcal y los seres humanos, leyes que presumen que dichos seres humanos son hombres (Patricia A. Cain, “*Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories,*” 4 Berkeley Women's L.J. 191 (1989), 2013. Disponible online en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bglj/vol4/iss2/1>).

Así pues, corresponde a la ley incluir a todos quienes pertenecen a la sociedad en diversidad de género, pero también a quienes formamos parte del sistema de justicia corresponde realizar una interpretación legal abarcativa de esta perspectiva.

Ahora bien, cuando abordamos el análisis de la perspectiva de género particularmente en el derecho penal, las distintas posturas tendientes a la igualdad de género han sostenido que tanto las normas penales como la aplicación que de ellas hacen 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. 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^o. 13, 2009, págs. 37-55).

Pues entonces, la aplicación de una perspectiva de género en el análisis de la normativa, persigue el fin de crear un derecho verdaderamente igualitario e inclusivo –de la otra mitad de la población-, en donde los paradigmas propios de las sociedades androcéntricas sean finalmente destruidos. En conclusión y teniendo en cuenta, como mencioné anteriormente, que la cuestión debatida posee incidencia sobre una mujer que fuera víctima de violencia de género en el ámbito de su hogar conyugal, debe incorporarse la “perspectiva de género” como pauta interpretativa constitucional. Así lo indica también la jurisprudencia interamericana en el “*Caso del Penal Miguel Castro Castro c. Peru*”, donde la Corte IDH utilizó, en una situación violatoria de derechos humanos que afectaba a mujeres y hombres, el “*impacto diferencial de género como criterio interpretativo, tanto para establecer los hechos, como la calificación y consecuencias jurídicas de los mismos*” (Cfr. HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar L., “La no discriminación contra la mujer”, La Ley 22/11/2011; La Ley 2011-F, 1067; cita online: AR/DOC/5696/2011). Asimismo, en el “*Caso Loayza Tamayo c. Peru*”, la Corte IDH criticó al Tribunal haber desaprovechado la oportunidad de juzgar con perspectiva de género, resaltando la importancia y obligatoriedad de dicho principio.

En consecuencia y sobre la base de estas consideraciones, parto al análisis de los hechos y circunstancias específicos de la causa, en la que el A Quo ha tenido acreditado: “el día 16 de noviembre de 2012, siendo aproximadamente las 04.15 horas, en el interior de la vivienda ubicada en la calle Montiel y Ginebra de la localidad de Ingeniero Bunge, partido de Lomas de Zamora, S. B. L. (imputada en la causa), le efectuó un disparo, mediante el uso de arma de fuego, a su esposo Gastón Maximiliano Márquez, que impactó en la zona frontal del cráneo, ocasionándole lesiones que le causaron la muerte” (ver fs. 32 vta. y fs 62 vta. y 63 del fallo decisorio).

Teniendo por acreditada la autoría, el A Quo decidió por mayoría absolver a la imputada mediante la eximente de la legítima defensa estipulada en el art. 34 inc. 6 del C.P., fundada en la violencia de género a la que S. B. L. había sido sometida por su esposo durante el matrimonio y en la noche del evento que culminó con la muerte de éste último. Evaluó a tal fin la situación de la violencia de género, también aceptada por la Fiscalía, comprobando unánimemente su existencia en extrema intensidad mediante el análisis de lo expresado por la imputada y la totalidad de los testigos y profesionales. Cabe destacar que algunos de estos últimos afirmaron que *“se encontraban presentes los rasgos típicos de la existencia de una relación caracterizada por la violencia de género que padecía L. en su interrelación sentimental con Márquez”* (Fs. 78)

Asimismo, valoró el A Quo el conjunto probatorio de la violencia de género desencadenante del hecho que da inicio a esta causa, es decir la muerte de Gastón Maximiliano Márquez.

A mayor abundamiento, valoró el tribunal lo manifestado por la imputada, en su declaración y en reiteradas entrevistas, acerca de la situación de violencia física, sexual y psicológica que sufría, y sobre la que profesionales intervinientes pudieron sostener *“[...] que el relato de los hechos realizado por la evaluada, resulta coherente y creíble, pudiendo desprenderse del relato de la misma, ante la escalada de violencia que padecía y las características de personalidad del fallecido, que las agresiones y las amenazas recibidas pondrían en riesgo cierto e inminente a ella y a su hija de ser dañadas gravemente en su salud”* (Fs. 81 del fallo). Dicho informe revierte particular importancia toda vez que la violencia

de género que ocurre de manera doméstica, es decir, puertas adentro y en la intimidad del hogar sin la presencia de otros testigos que los propios actores en dicha violencia, se inviste de una clandestinidad que indefectiblemente se traduce en la existencia de problemas probatorios, que llegan al grado extremo de complejidad cuando existe únicamente la declaración de la víctima de violencia, quien, en el caso en cuestión, es a su vez imputada por el homicidio de su esposo. Y es justamente frente a esta coyuntura en donde el juez debe aplicar sus conocimientos interdisciplinarios, con la ayuda de expertos, para valorar la credibilidad de la declaración de quien fuera víctima de violencia de género.

Sostuvo el *A Quo* que, asimismo, L. mantuvo inalterables sus dichos en cada uno de los relatos ante las autoridades judiciales en relación a la violencia de género de la que fuera víctima a lo largo de su matrimonio, como en la noche del fatídico evento, y de la que también fuera víctima su hija de apenas cuarenta y cinco días de edad (Fs. 79 del fallo), evaluando, entre otros, lo dicho por la profesional Alicia Ángela Castro: *“[y]a hace un año. El relato sigue siendo de los hechos sostenidos en el tiempo. Siempre repite lo mismo. Si bien aparecen recuerdos reprimidos, van como apareciendo. Cuando ella relata esas situaciones terribles de extrema violencia, las vive como si fueran actuales, con la misma angustia, con el mismo dolor. [...] cuando no es cierto lo que se describe, no puede sostenerse la descripción de situaciones, manteniendo los detalles y el modo que lo recuerda siempre igual.”* (Fs. 85 del fallo) En igual sentido, también analizando lo expresado por la Perito Médico Psiquiatra, Flavia Evangelina García, quien manifestara en el examen psiquiátrico que la encausada *“presenta indicadores psicológicos señalados anteriormente, que permiten validar la credibilidad de la imputada en cuando a la existencia de una pareja conflictiva y pre-existente creadora en la victimaria de una sensibilización psico-emotiva previa.”* (Fs. 136 vta. causa acumulada 69.966).

Los dichos de la inculpada encontraron respaldo en el funcionario policial Subcomisario Fabio Sebastián Matucheski, quien refirió en la audiencia de vista de causa que en la habitación en donde se encontraba el cuerpo de Márquez *“había preservativos en el piso, mínimo dos usados y un par de paquetitos sin*

usar ” y que también “*en el dormitorio había una tonfa a la que no le dedicó puntual observación*” y sobre la que la imputada le manifestó era el instrumento con el que la hostigara sexualmente; todo ello en coincidencia con las manifestaciones de violencia física, psicológica y sexual que S. B. L. escribió en reiteradas oportunidades (Fs. 147 vta. y 148 del fallo).

En consecuencia, ignorar la violencia de género preexistente y profesionalmente acreditada para comprender los hechos que dan origen a los trágicos sucesos que derivan en la muerte de Márquez y que conllevan como consecuencia directa la negación del sufrimiento físico y psicológico de S. B. L., resulta contrario a la normativa constitucional y de derechos humanos, cuando no irracional, toda vez que la violencia de género implica “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*” (Convención de Belém do Pará, 1994), así como “*las amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad,*” constituyendo no solamente una violación de los derechos humanos, sino también “*una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*”, que “*trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases*” (Corte IDH Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, y Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010).

El sistema probatorio consagrado por el art. 210 C.P.P. no prevé formas determinadas para acreditar un hecho delictivo, lo que procura afianzar la búsqueda de la verdad como objeto del proceso, e impide sostener que sus reglas sometan la convicción acerca de un determinado hecho o circunstancia, a su comprobación por un medio de prueba específico. Por ésta razón, no existen obstáculos para que, a partir del testimonio de la imputada, los sentenciantes edifiquen su absolución en base a otros elementos indirectos suministrados en el proceso (arts. 209, 210 y 373 C.P.P.).

Cabe resaltar que la indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género, obrantes en el caso, originan asimismo responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas mediante la normativa internacional de derechos humanos (Corte IDH “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México,” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; “Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala,” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009; y “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador,” Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012)

A partir de dicha violencia, la mayoría del tribunal *A Quo* establece que el comportamiento de la imputada se encuentra comprendido dentro de la causal justificante del artículo 34 inc. 6 del C.P., es decir, la legítima defensa. Conforme lo expuesto y los agravios planteados por el Particular Damnificado y el Agente Fiscal, continuaré la revisión de la sentencia impugnada, a fin de examinar si es o no arbitraria y en su caso, si corresponde o no la aplicación de la eximente dispuesta.

Para ello es necesario aplicar la antes citada perspectiva de género a este instituto penal. Parte de la doctrina penal ha explicado que la “cuestión femenina” lleva no sólo al examen de los valores que el derecho estima dignos de protección, sino también al examen de los comportamientos que el derecho supone y exige de los partícipes en el sistema jurídico (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). Siguiendo esta postura, la Corte IDH advirtió que “*la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima [de violencia de género] durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos [...]. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones*

interpersonales” (Corte IDH “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”). Lo propio se ve reflejado en el caso de la legítima defensa de mujeres víctimas de violencia de género. Por ello, la pregunta que se genera este sector de la doctrina es la siguiente: ¿Cómo exigir a las mujeres -cuyos procesos de socialización no comprenden generalmente reacciones físicas (corporales)- rechazar un ataque físico con medios proporcionales a las circunstancias, es decir utilizando la fuerza física? (Ob. cit.).

A tal fin, es necesario considerar en primer lugar que las reglas de la legítima defensa, como la mayor parte de la normativa penal, han sido desarrolladas “[...]para absolver a un hombre que mata para protegerse a sí mismo o a su familia de un ataque proveniente de un hombre de tamaño y fuerza similares con quien el defensor, por lo general, sólo ha tenido ese único encuentro” (Rosen, C.J., 1986. “*The Excuse of Self-Defense: Correcting a historical accident on behalf of battered women who kill.*” *The American University Law Review*, Vol 36:11, pág. 34). Por el contrario, las circunstancias en las que las mujeres usan la fuerza mortal son muy diferentes, y comúnmente el hombre al que se enfrentan no es un desconocido, teniendo éste a la vez mayor tamaño y fuerza (Ob. cit.). En consecuencia, este enfrentamiento entre una mujer y un hombre, requiere la utilización de la perspectiva de género para su equitativa interpretación y aplicación. Esta interpretación no arriesga ni busca establecer la ampliación de la legítima defensa, ni justificar la excesiva autoayuda o la venganza o represalia, sino, por todo lo opuesto, tiene como objetivo la “*aplicación igualitaria de la doctrina general de la legítima defensa en casos en que es la mujer maltratada quien mata al hombre*” (Larrauri, Elena, 2008. “*Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica.*” Buenos Aires: Euros Editores).

En este sentido, y aplicando la perspectiva de género en un contexto de violencia, se manifestó la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán al afirmar que “... es preciso repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia. Es que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las

notas propias del ciclo de la violencia en la que suelen permanecer las 'víctimas' de violencia devenidas en 'victimarias', profundizando el injusto jurídico", (Causa XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo", de fecha 28/04/2014).

Así pues, frente al requisito de la agresión ilegítima, ha quedado comprobado que S. B. L. durante el matrimonio y en la noche del evento que culminara en la muerte de su marido, sufrió maltratos, vejaciones, y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua, así como también sufriera su hija –de apenas unos 45 días de edad- amenazas contra su vida. La imputada manifestó en su declaración que desde el inicio de la relación, Gastón Maximiliano Márquez, la maltrataba y amenazaba a punta de pistola, diciéndole que iba a matarla a ella junto a su familia (fs. 4 vta. causa acumulada 69.966). Situación que se repitió, luego de una violencia sexual exacerbada, en la noche en la que la imputada dio muerte a su marido, *"después sacó la pistola y me la ponía en la cabeza, en el ojo, en la boca, en el oído. No sé cómo hacía pero me gatillaba y no salía la bala. Luego le apuntó a la bebé desde la cama y se reía y me decía querés que tire. Para todo esto me pegaba cachetazos y me tiraba de los pelos y yo le pedía por favor que deje la bebé, que no le haga daño. [...] Luego de apuntarme con la pistola a mi a mi bebé por horas tirándome de los pelos, me dice ahora me voy a dormir. Yo me acosté y me tapé, me dijo sacate la frazada, no te la merecés, entonces fui a buscar otras frazadas y se levantó y me las sacó por la fuerza, el se acostó y se dio vuelta y el arma estaba entre medio de los dos en la cama, entonces agarré el arma y le disparé... ."* (fs. 5/vta. causa acumulada 69.966). Todo esto claramente constituye, además de violencia de género, una agresión ilegítima, lo que torna innecesario analizar este requisito esencial a la legítima defensa.

Ahora bien, cabe determinar si dichas agresiones provocaron la apreciación de la posibilidad de un daño inminente, tal como lo requiere la ley para utilizar la justificante de la legítima defensa. Para ello, es necesario considerar entonces el requisito de la actualidad de la agresión ilegítima y su significado desde una perspectiva de género, 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 airoso frente a este tipo de

enfrentamiento. En este sentido, 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.

En relación a este tipo de delitos, Claus Roxin ha sostenido que también “*cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque este´ formalmente consumada, aún no este´ materialmente agotada o terminada. Por eso es admisible la legítima defensa especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación antijurídica,*” y ejemplifica, como gran parte de la doctrina, con el allanamiento de morada y la detención ilegal, en los que si bien se han consumado los hechos con las acciones de entrar y de encerrar, la agresión sigue siendo actual mientras el intruso este´ en la casa o la víctima este´ encerrada (Roxin, C., 1997. “*Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.*” Tomo I. Madrid: Civitas, pág. 621). La violencia de género tiene justamente la característica de la permanencia puesto que la conducta ilegítima del agresor hacia su víctima, en la situación de convivencia, aparece en todo momento y bajo cualquier circunstancia desencadenante, generando en la víctima temor, preocupación y tensión constantes que la tienen a la espera permanente de una agresión inminente, como lo manifestara la imputada: “*esa noche yo temí por la vida de las dos [en referencia a su hija y ella] y también de otras personas que pudieran escuchar algo y vengan para ver lo que sucedió y él los iba a matar. Pensé en T., como que yo ya estaba si me mata, me mata. Yo no quería que le haga algo a T.*” (Fs. 138 vta. del fallo).

Frente a ello y ante una causa con características similares al presente caso, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires afirmó que “*...fragmentar la situación que vive la mujer en ese contexto, entendiendo que su defensa sólo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe, sería olvidar que ha sido golpeada anteriormente y volverá a ser golpeada después, amén de su menor fuerza física respecto del hombre. Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que esta´ sometida la mujer golpeada, obligan a entender que el*

ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y esto por cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales, e incluso por amenazas que sufre de parte del agresor. Y amén de ello, en las situaciones en que –como en el presente caso- conviven con la pareja niños menores de edad, el instituto de la legítima defensa no sólo tiene por objeto la propia vida de la mujer, sino también la integridad física y psíquica de aquéllos” (“N.H.M. s/Recurso de casación”, de fecha 16/08/2005, causa número 10406, Provincia de Buenos Aires).

Asimismo, la doctrina penal mencionada, sostiene que al no tener ambos contendientes la misma fuerza ni socialización, debe entenderse que la actualidad de la agresión no refiere a que ésta 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). Y refiriéndose expresamente a los delitos permanentes, explica que son una agresión incesante que, aunque haya sido interrumpida por alguna circunstancia, no significa que haya cesado, subsistiendo así la necesidad de la defensa (Ob. cit.). Y, justamente por ello, en el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad, pues debiera considerarse que la actualidad de la defensa no es un requisito autónomo sino una forma de precisar que la defensa sea necesaria (Ob. Cit.). Y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en el precedente mencionado, al afirmar 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 “XXX s/Homicidio Agravado por el vínculo”, de fecha 28/04/2014). Y del mismo modo se manifestó la Sala II de la Suprema Corte de Mendoza al entender que la legítima defensa *“no implica que el sujeto agredido deba esperar a ser atacado para defenderse, ya que la ley argentina permite la defensa no solo frente a la agresión que ha comenzado sino que abarca la última etapa de la preparación, situación permitida por la ley*

al permitir la defensa tanto para impedir la, como para repelerla (art. 34, inc. 6°, Cód. Pen.)” (“F.C/XXX P/Homicidio Simple s/Casación,” Causa No 110.919).

Como tercer requisito, nuestra ley impone la “necesidad racional del medio empleado,” lo que implica la idoneidad de la defensa mediante el empleo del medio más benigno posible. Y frente a este requisito, tanto en el caso concreto como en similares, se aprecian diferentes sugerencias de los impugnantes, acerca de lo que debería o podría haber hecho la mujer en lugar de matar a su marido con un arma de fuego. Sin embargo, todas esas propuestas -denunciar, huir con su hija, separarse- parecen únicamente realizarse en “el reino de lo ideal,” pues la realidad –plasmada en las estadísticas- demuestra lo opuesto, reflejando la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica. A la vez que éstas contradicen el contenido de los instrumentos internacionales y normas internas sobre la materia, como fuera sostenido por la Corte Suprema al declarar que *“aquella afirmación [...] 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 [la imputada] se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido* (CSJN “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple,” del 1/11/2011).

Y resulta nuevamente interesante y aplicable al presente caso traer a colación lo expresado por el jurista Roxin y los ejemplos utilizados: *“Sólo cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benignas impliquen peligros para el agredido, podrá éste elegir un medio defensivo más duro, pero seguro. Por eso, ante agresores especialmente peligrosos (p.ej. ante un amenazante peligro para la vida procedente de unos brutos matones) puede estar justificado efectuar disparos mortales aunque no se haya hecho antes la advertencia de usar las armas o no se haya efectuado un disparo de aviso”* (Roxin, C., 1997. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito.” Tomo I. Madrid: Civitas, págs. 193/197). Por todo lo expuesto, no resulta idóneo impedir o repeler una agresión en circunstancias de violencia doméstica utilizando

medidas disuasivas y advertencias, pues éstas podrían provocar reacciones aun más violentas; por lo tanto, el medio más idóneo será el medio más seguro, que es muchas veces el más grave o duro.

En las situaciones en donde el enfrentamiento es entre una mujer y un hombre –con el que ésta convive- no siempre existe la posibilidad de elección entre un medio más grave o menos grave, sino en la utilización de la única forma posible de defensa. Y por las características particulares de socialización, educación, experiencias personales –inclusivas o no de violencia doméstica- y, muchas veces, contextura física de la mujer, es claro que ésta debe defenderse cuando el hombre se encuentra desprevenido y con sus defensas bajas, a diferencia del hombre que comúnmente no necesita de esta circunstancia para consumir su defensa. Así, el arma, que surge generalmente como demostrativa del dolo de matar y como indicador de mayor peligrosidad, se presenta en estos casos como el medio necesario para llevar la defensa, ya sea de lesiones o de muerte (Larrauri, E., 2008. *“Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica.”* Buenos Aires: Euro Editores).

Esta diferencia hombre/mujer necesaria a la hora de analizar la violencia de género doméstica, se agrava en el caso en cuestión, puesto que el marido de la imputada, por su condición de suboficial de la policía, tenía entrenamiento físico y con armas fuego, armas que, como fuera expuesto, utilizaba para efectuar amenazas hacia ésta y la hija que tenían en común. En referencia a ello, las mencionadas causas jurisprudenciales de Tucumán y Mendoza citan nuevamente a Claus Roxin en su análisis de la violencia de género y la legítima defensa, cuando éste manifiesta que *“... una esposa 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 en segundo lugar, ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. 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*

esta´ obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse” (Claus Roxin, “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Civitas, Madrid, año 1997, p. 652, n° 83, CSJN Caso “Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple,” 2011).

Por lo expuesto, no se observa en el presente caso, irracionalidad o desproporcionalidad en la necesidad del medio utilizado a la luz de las amenazas proferidas contra la imputada y su hija bebé, las agresiones físicas, psíquicas y sexuales sufridas y las circunstancias generales de una violencia de género doméstica impeditivas de otras opciones pasibles de provocar un daño menor.

En relación al segundo motivo de agravio solicitando una nueva pericia psiquiátrica de la imputada debido a las aparentes contradicciones manifestadas por la Dra. García y por la Dra. Fourgeaux en relación a la calificación del trastorno mental transitorio como completo o incompleto que sufriera S. B. L. noche en que dio muerte a su marido, cabe efectuar algunas reflexiones también a la luz de la sensibilidad de género.

En primer lugar, consideró el *A Quo* que, a pesar de las distintas interpretaciones y corrientes utilizadas por las profesionales psiquiatras y conforme al conjunto probatorio presentado, el trastorno mental transitorio de S. B. L. fue incompleto, pudiendo comprender sus actos y haciéndola imputable por éstos. A la vez que sostuvo que considerar que la imputada se encontraba afectada por un trastorno mental transitorio incompleto, en nada modifica la interpretación que se efectúa sobre la causal eximente de la legítima defensa, cuyos requisitos fueron ya ampliamente analizados.

Igualmente, es necesario tener en cuenta que la jurisprudencia y doctrina advierten sobre la revictimización de la mujer que ha sido víctima de violencia de género, toda vez que debe sometérsela a recordar repetidas veces los hechos sufridos de los cuales dio cuenta en reiteradas oportunidades. En relación a ello, la Comisión IDH, a través de su Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, se ha manifestado en varias oportunidades sobre la necesidad e inminencia de efectuar cambios procedimentales en los juicios por violencia de género o donde exista esta circunstancia, ya que la falta de sensibilidad ante la situación de las

víctimas, su sexo y la gravedad de los hechos alegados, provocan que las víctimas se sientan maltratadas por el sistema de administración de la justicia mediante exámenes invasivos y la repetición de su testimonio. Entonces, ¿cómo es posible que siquiera se considere revictimizar nuevamente a la imputada, víctima de violencia de género, por entender que las pruebas psiquiátricas son contradictorias o no son suficientes? No pareciera lógico pero sí contrario a derecho que quien no tiene injerencia científica alguna en la determinación de su propio diagnóstico, viera conculcados sus derechos ya sea por errores interpretativos de los profesionales intervinientes o por la percepción de la existencia de tales falencias.

Finalmente, en relación a las grabaciones que de la audiencia efectuara la defensa y sobre las que se solicita su remoción del acta de debate, corresponde aclarar que éstas no influyeron en el decisorio, toda vez que lo grabado fue presenciado por el Tribunal, dictando éste sentencia conforme al análisis de los testimonios y resto del plexo probatorio. En consecuencia, habiendo entendido el propio Fiscal que se dictó veredicto y sentencia sin las mencionadas grabaciones, resulta insustancial afirmar que se violentaron los principios de contradicción e igualdad de armas.

Por las razones dadas, propongo al Acuerdo confirmar el decisorio impugnado y, en consecuencia, rechazar los recursos interpuestos, con costas (arts. 20 inc. 1, 106, 209, 210, 366, 373, 421, 433, 448 inc. 1, 450, 460 a *contrario sensu*, 530, 531, 532 y c.c. del C.P.P.). Por otro lado, deberá tenerse presente la reserva del caso federal efectuada.

Así lo voto.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Natiello, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Es mi voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve:

I. DECLARAR ADMISIBLE la impugnación deducida por el Fiscal Hugo Daniel Carrión y del particular damnificado, con el patrocinio letrado del Dr. Emiliano Martín Pérez Lozana;

II. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto contra lo resuelto con fecha 9 de diciembre de 2014 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora;

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal efectuada, en los términos del art. 14 de Ley 48.

Rigen los arts. 1, 18 y 75 inc. 22 CN; 76 bis del C.P., 20, 106, 210, 404, 421, 433, 448 inc. 1, 450, 460 a *contrario sensu*, 530, 531, 532 y c.c. del C.P.P.

Regístrese, comuníquese, notifíquese a las partes y oportunamente devuélvase Tribunal Oral en lo Criminal nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, a quien se le encomienda que anoticie a la encausada de lo aquí resuelto y una el presente legajo al principal que le sirve de antecedente.

FDO: RICARDO R. MAIDANA – CARLOS ANGEL NATIELLO

Ante mi: Francisco R. N. de Lázzari