

Título: Discurso judicial y violencias contra las mujeres: el desafío de construir al derecho como una “tecnología de género” feminista

Mg. Julieta Evangelina Cano
Instituto de Cultura Jurídica, UNLP

Eje temático: *3 Tramas de violencia y espacios de exclusión*

Palabras claves: mujeres víctimas de violencias – perspectiva de género en las sentencias – legítima defensa

I. Introducción¹

La inclusión de la perspectiva de género en la actividad jurisdiccional es una demanda sostenida de los colectivos feministas y de mujeres, dado que las sentencias tienen un poder performativo y envían un mensaje a la sociedad (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013:7). La incorporación de la perspectiva de género viene a garantizar la igualdad de posiciones (Kessler, 2014) entre mujeres y varones como una meta, trascendiendo la mera igualdad de oportunidades que hasta el presente se ha demostrado insuficiente para que las mujeres consigamos una ciudadanía plena.

Al momento de incorporar la perspectiva de género en las sentencias, quienes juzgan deben tener presente varias cuestiones. En primer lugar, el impacto diferenciado de las normas en base al sexo de las personas. En segundo lugar, la interpretación y aplicación de las leyes en relación con (y en base a) estereotipos de género. Si, por ejemplo, quienes imparten justicia no tienen presentes los estereotipos de género vigentes detrás de las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, si no los detectan ni cuestionan, entonces los reproducen. En tercer lugar, al momento del juzgamiento, se deben tener en cuenta las exclusiones legitimadas por la ley por pensar

¹ Utilicé como insumo para la presente ponencia parte de lo trabajado en mi tesis de maestría: “Perspectiva de género en las sentencias argentinas: ¿Una herramienta de lucha contra el patriarcado?” (2015) Universitat Jaume I, España. Publicación disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/142652> (recuperado el 21/03/2016).

el mundo en términos binarios² y androcéntricos; en cuarto lugar: la distribución no equitativa de recursos y poder que opera entre varones y mujeres en el marco de una organización social patriarcal, y, por último, el trato diferenciado por género legitimado por las propias leyes.

Para introducir la perspectiva de género en la actividad jurisdiccional el protocolo del Tribunal Superior Mexicano recomienda la asunción de tres premisas clave:

1.- El fin del derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas. 2.- El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas. 3.- El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013:81).

Si entendemos a las leyes y a las sentencias como parte del discurso social patriarcal, una de las posturas sostenidas por el feminismo jurídico (Smart, 2000) es que éste puede ser deconstruido y vuelto a reconstruir desde la perspectiva feminista. Una cuestión muy importante para ello es la necesaria introducción de la voz de las mujeres implicadas en los casos y la visibilización de las opciones que enfrentan.

Partiendo entonces de los lineamientos del *Feminist Project* (Hunter, McGlynn, Rackley, 2010) y del *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad* (2013) de la Suprema Corte Mexicana, el objetivo de la presente ponencia es analizar la fuerza del precedente "N. H. M. s/ recurso de Casación"³ del año 2005 diez años después⁴, en casos en donde las mujeres, víctimas de violencias crónicas por parte de sus parejas varones, terminan por asesinarlos.

² Siguiendo a Olsen (2009) podemos decir que la organización del mundo está dualizada y dichos dualismos, además de sexualizados, están jerarquizados. Esto significa que la comprensión del mundo en términos duales implica una (o varias) dicotomías: varón/mujer, razón/emoción, cultura/naturaleza, racional/irracional, objetivo/subjetivo, y que lo masculino se ha situado en un lugar del par dual que ostenta una posición jerárquica superior respecto del otro, donde se ha ubicado a las mujeres, tradicionalmente visto como lo negativo, lo inferior.

³ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala primera. Caso: "N. H. M. s/ recurso de Casación". Fecha: 16/08/2005.

Al respecto de estos casos, me propongo analizar si los jueces y las juezas tienen en cuenta que la mayoría de las veces, el asesinato perpetrado por una mujer contra su pareja varón es una respuesta a una violencia en pareja que es crónica. Entiendo que tener presente esta circunstancia es vital al momento de sentenciar con perspectiva de género.

Para analizar la presencia o ausencia de la perspectiva de género en las sentencias, es mi intención poder responder las siguientes tres preguntas:

- ¿Se aplica una perspectiva de género en estas sentencias?
- ¿Tienen estas sentencias una función pedagógica?
- ¿Aparece la voz de la mujer involucrada en la sentencia?

Es necesario aclarar lo que voy a considerar “función pedagógica” en las sentencias. Desde mi punto de vista, la función pedagógica aparece cuando los jueces y las juezas se refieren, por ejemplo, al contexto general de opresión que sufren las mujeres por el hecho de serlo y dan cuenta de cómo la legislación puede afectar de manera diferente a varones y mujeres, independientemente que utilicen o no categorías de la teoría feminista. Que se limiten a citar la legislación que aborda estos temas no considero que sea “función pedagógica” porque es su obligación conocer las leyes aplicables a los hechos. Ejercer la función pedagógica en una sentencia tiene que ver con ilustrar sobre cuestiones que aún se encuentran naturalizadas en nuestra cultura, como los mandatos de género que pesan sobre las mujeres.

II. Mujeres que se defienden

El artículo 34.6 del código penal argentino establece entre una de las causas de no punibilidad los supuestos de legítima defensa. Ésta se configura siempre que concurren las siguientes circunstancias: que exista una agresión ilegítima; que quien se defiende no la haya provocado y que el medio empleado para repelerla sea racional o proporcional.

Muchos homicidios que tienen por sujeto activo a una mujer contra su pareja varón están relacionados con una situación de violencia crónica que ubica a las mujeres como víctimas, y que, en ejercicio de su legítima defensa, terminan asesinando a sus parejas. La aplicación del instituto de la legítima defensa es cuestionado en estos casos

⁴ Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Azul. Caso “Moyano, Delia Rosa - Homicidio Simple –Espigas (Olavarría)”. Fecha: abril de 2015. (Causa N° 29/2254).

por entender que falta la agresión ilegítima e inminente por parte del varón para provocar la defensa. El Tribunal de Casación Bonaerense entendió en el año 2005 que en un contexto de violencia la agresión siempre es inminente.

Si consideramos que el derecho tiene una matriz androcéntrica, el derecho penal lleva al paroxismo esa afirmación. Tanto el derecho penal, construido androcéntricamente, como la política criminal gira en torno a una suposición: que el sujeto que delinque es masculino, disimulándolo bajo una aparente neutralidad. Esto se traduce en un trato para los varones que delinquen diferente del trato dado a las mujeres que delinquen, ya que éstas, por ser doblemente transgresoras -de la ley penal pero también de los mandatos de género- son más severamente castigadas.

¿Cuál fue el razonamiento del Tribunal de Casación Bonaerense en esa oportunidad para sostener que en caso de mujeres víctimas de violencias, la legítima defensa procede por ser siempre la agresión ilegítima inminente? ¿Se sostuvo el mismo razonamiento 10 años después y con muchas más herramientas legales y culturales para fortalecer dicho argumento? El objetivo de esta ponencia es responder también a esas dos preguntas.

III. 2005. En casos de violencias crónicas, la agresión es siempre inminente

En el año 2005, la sala primera del Tribunal de Casación, en un despliegue de pedagogía jurisdiccional, resuelve un caso en donde una mujer había asesinado a su pareja varón en un contexto de violencias crónicas sufridas por ella. En la sentencia puede verse cómo se contextualizan y particularizan los hechos, dando cuenta de la organización social patriarcal y la cultura que de ella emana, y el lugar en que se ubica a las mujeres dentro de ella.

Lamentablemente, el caso traído dista de ser original. En última instancia, y salvando las particularidades del caso, se trata de un caso más en que en una relación de pareja, el hombre se embriaga regularmente, golpea a su mujer, la amenaza para que la misma no se defienda ni intente pedir auxilio a terceros, y amenaza y agrede asimismo a los hijos. E insisto en el carácter poco original del caso traído, por cuanto a menos que se caiga en el más absurdo reduccionismo, no se trata de discutir simplemente un caso en que el sujeto "A" provoca la muerte del sujeto "B" mediando legítima defensa; sino que el suceso en sí se enraiza profundamente en características sociológicas de nuestra cultura, signada incluso históricamente por la violencia del hombre hacia la

mujer y la sujeción de ésta al poder autoritario de aquél, no sólo con formas culturales sino, incluso, institucionales. Eso hace que el destino de H. N. tenga características trágicas que se expliquen por razones que exceden las meras individualidades de los involucrados.

El hecho se enmarca en una cultura que, por lo menos en los últimos ochocientos años, se ha construido sobre la idea de la inferioridad de la mujer respecto del hombre y el derecho de éste a obligarla a obedecerle en todo, mediante incluso fuerza bruta de ser necesario para someterla a su voluntad.

El juez preopinante se refiere al contexto general de opresión patriarcal -pero sin denominarlo patriarcado-, y dice:

En fin, desde hace siglos que la mujer es objeto de trato desigual y de una cultura que ha construido, en el imaginario social, la idea de que la mujer es básicamente un objeto sexual del hombre, que debe estar sometida a él y que "no piensa", "sólo sirve para tareas domésticas", "no sabe manejar", etc. Este es el contexto en que llega esta Causa a este Tribunal, el cual, dicho sea de paso, está compuesto exclusivamente por jueces de sexo masculino.

Muy interesante resulta también la apreciación para nada irrelevante sobre la composición masculina del Tribunal, porque efectivamente los lugares de poder tradicionalmente han sido ocupados por varones. Y si retomamos a MacKinnon, “la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres [...] Las normas formales del Estado recapitulan el punto de vista masculino en el nivel de designio” (Mackinnon, 1995:7), no es un detalle menor las constituciones de los tribunales que juzgan a las mujeres cuando asesinan a “los pactantes”, evidenciando muchas veces solidaridad existente entre los frateres.

La sentencia de Casación recupera el testimonio de la hija de la imputada y el de una vecina para acreditar la violencia crónica que sufría la imputada. Resulta novedosa la crítica a la conceptualización de la violencia contra las mujeres como “contienda conyugal”⁵, y la referencia al peso que tiene la historia patriarcal sobre el posicionamiento subjetivo de las mujeres. Además, contextualiza la situación de

⁵ Término utilizado por el a quo para denominar el conflicto que había surgido entre la imputada y su pareja.

opresión que sufren las mujeres, cuestiona la idea de que la culpa de la violencia contra la mujer es de la víctima e historiza la opresión patriarcal:

[...] los siglos de desigualdad de género en la cultura también hacen a la construcción de la subjetividad y de la identidad de las mujeres, muchas de las cuales han llegado a vivenciar estas patentes desigualdades —incluso legales— como "naturales".

Uno de los aportes más interesantes que puede funcionar como un estándar aplicable a casos similares, se relaciona con cómo debe operar el instituto de la legítima defensa en relación a la “inminencia” de la agresión ilegítima para habilitar la aplicación del instituto para casos de violencias contra las mujeres en las relaciones de pareja:

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 descrito más arriba, como la especial situación de continuidad de violencia a que está 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 las amenazas que sufre de parte del agresor.

El Tribunal absuelve a la acusada aplicando el instituto de la legítima defensa. Todo ello sin citar normativa internacional aplicable al caso, como Belem do Pará ni CEDAW, ni tampoco las contribuciones de teóricas feministas (como MacKinnon y Pateman). Aun así, es innegable que la sentencia aplica una perspectiva de género y ejerce una función pedagógica: se refiere al contexto general de opresión y a la construcción de la inferioridad femenina en la historia, y cómo las leyes avalaron y respondieron ante estas construcciones, remarcando las consecuencias que ello trae aparejada en la construcción de nuestra subjetividad femenina.

También explica las particularidades de las violencias que sufren las mujeres en las relaciones de pareja patriarcales, presentando una clara perspectiva de género para resolver el caso de una manera justa. Estamos analizando una sentencia del año 2005, mucho antes de que las violencias contra las mujeres se encuentren en la agenda pública nacional. Si era posible razonar así cuatro años antes de la sanción de la ley 26.485, es muy cuestionable que los tribunales no lo hagan de esta manera en el presente, con muchas más herramientas legales y con la problemática inundando a diario los medios de comunicación.

La voz de la mujer aparece como clave para contextualizar su situación de violencias crónicas y para ilustrar las opciones con las que contaba. El estándar aplicable a estos casos es trascendente: cuando una mujer ha sufrido una violencia crónica de parte de su pareja, y por defenderse termina asesinándolo, se aplica el instituto de la legítima defensa, porque se considera que en situación de violencia, siempre la agresión es inminente.

IV. 2015. La necesidad de justificar la defensa legítima

En el año 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Azul se avoca a resolver una causa en donde una mujer es acusada de homicidio contra su pareja varón. Nótese que se trata de un tribunal de primera instancia, en donde la cercanía con los hechos es mucho más palpable que en los tribunales superiores.

En la sentencia se deja ver cómo, por la valoración de los aportes de los/as testigos, la imputada en cuestión sufría una violencia crónica por parte de su pareja con la que tenían 3 hijos/as. A dicho conocimiento accede el Tribunal cuando por medio de los testimonios, dan cuenta de las denuncias realizadas por la acusada y de las estrategias desplegadas para terminar con la situación de violencia.

En la sentencia, se rescata la voz de la mujer que aporta su testimonio, y el mismo es valorado como veraz, lo que no es poco:

(...) agregó [la imputada] con respecto al hecho que esa noche ella simplemente se quiso defender y tomó el cuchillo sin saber que lo iba a lastimar y de la manera que lo había lastimado, no viéndole la herida. Que previamente él la insultó y la echó de la casa, sabiendo que no tenía a donde ir y que si se iba, debería quedarse en la calle con las tres criaturas y eran ya las once de la noche. Que él le quiso pegar y ella para defenderse y que no lo hiciera, sin mirar para el costado, tomó el cuchillo que él había dejado arriba de la mesa,

sucediendo todo esto el 24 de agosto de 2013 en horas de la noche. Que Cuello siempre la agarraba a trompadas, la insultaba, la puteaba y esa noche la empujó y ella ahí fue cuando tomó el cuchillo, como dijo, sin saber que lo iba a lastimar de la manera que lo lastimó (...) Que la policía nunca le dio solución, hablaban con él y lo calmaban, luego de lo cual se iban. Que nunca le dijeron que podían obligarlo a él que se fuera de la casa.

Debo aclarar que el caso de 2015 es distinto al analizado en el año 2005, porque los jueces entienden que concurren los elementos de la legítima defensa remarcando la agresión inminente que efectivamente existió, que era en punto controvertido en los autos de 2005. Aunque se absuelve a la imputada, su absolución no responde a reflexiones inspiradas por la producción feminista, ni a la introducción de la perspectiva de género en la sentencia, sino simplemente a que el caso se ajustaba perfectamente a la norma penal. De hecho, en relación a la racionalidad del medio empleado para la defensa de la acusada, el Tribunal reflexiona:

Frente a la realidad de los hechos, que se repetían desde el año 2010 en que Moyano había denunciado a Cuello por violencia familiar, según consta a fs. 104/104 vta., 105 y 170 y frente a la inminencia de esa agresión por parte de su pareja, quien acometió contra la acusada levantando uno de sus brazos, a muy escasa distancia de la misma –encima suyo manifestó-, con la clara intención de pegarle y ante la necesidad de impedir ello, a lo que sumaba la contextura física superior del agresor y la imposibilidad de oponérsele solamente mediante la resistencia de sus brazos, no cabe otra conclusión que la utilización del cuchillo de cocina tipo serrucho antes señalado, cumplimenta acabadamente la racionalidad de su empleo.

V. Reflexiones finales

Ambos casos son abordados de manera diferente. En autos "N. H. M. s/ recurso de Casación" de 2005, el Tribunal de Casación hace un esfuerzo por contextualizar la situación de opresión que vivimos las mujeres en el marco de una organización social patriarcal y cómo esta es la causa de las violencias que sufrimos. El Tribunal, a partir de la contextualización y la recuperación del testimonio de la mujer imputada, y valorando el mismo entiende que en contextos de violencias contra las mujeres, la agresión

siempre es inminente, demostrando una cabal comprensión de las lógicas de las violencias basadas en el género.

Sin usar categorías feministas, sin citar leyes pertinentes, el Tribunal realiza una función pedagógica a partir de la sentencia, explicando a los/as justiciables, a la comunidad legal-judicial y a la ciudadanía, como opera la violencia basada en el género y qué consecuencias trae. La historización de la situación de opresión, no sólo a nivel individual, sino también y fundamentalmente a nivel social, termina resultando vital para poder argumentar a favor de la absolución de la imputada. El rescate de la voz y la valoración del testimonio de la imputada y de testigos/as de la violencia sufrida también significó una diferencia en el tratamiento penal dispensado.

En autos “Moyano, Delia Rosa - Homicidio Simple –Espigas (Olavarría)” de 2015, el Tribunal, a mi criterio, desperdició una oportunidad para hacer pedagogía a partir del texto de su sentencia, de citar la legislación con perspectiva de género aplicable al caso, e incluso de citar los autos "N. H. M. s/ recurso de Casación" del Tribunal de Casación de 2005 que funcionan como un precedente válido para la interpretación. Aunque el resultado es el mismo, porque en ambos casos procede la absolución de la imputada, en el segundo de ellos la preocupación principal es narrar los hechos de manera que la agresión a la que responde la acusada quepa en la categoría de “inminente e ilegítima” sin ir más allá, sin explicar ni contextualizar la situación de opresión que vivimos las mujeres por el sólo hecho de serlo, ni tampoco explayarse más sobre la situación particular de la acusada.

Insisto en la importancia de que el discurso judicial incorpore la perspectiva de género en la argumentación y justificación de sus sentencias, dado que es una oportunidad no sólo para ilustrar a la comunidad judicial-legal acerca de los alcances de ciertas interpretaciones, sino a la comunidad en general. Dado el carácter jerárquico de nuestra organización social, nunca es lo mismo que jueces y juezas, que son quienes están más habilitados a “decir el derecho” –en términos de Bourdieu- establezcan que el derecho –y sobre todo el derecho penal- debe interpretarse a la luz de la perspectiva de género, para entonces, recuperar la Justicia como un valor, y no sólo como un concepto que se cumple con el cumplimiento de meros requisitos procesales de forma y de plazos.

Retomando la noción de “tecnología de género” resignificada por Smart (2000) para pensar en el derecho, entiendo que éste puede ser una herramienta válida para transformar el patriarcado, pero que necesariamente requiere de jueces y juezas un

compromiso: que su mirada sobre el Derecho trascienda la identificación de éste con la norma. Además, el discurso judicial también debe dar cuenta de cómo la posición de inferioridad las mujeres en el marco de una organización social patriarcal requiere que algunos institutos del derecho sean repensados (en clave feminista) dado que originalmente fueron establecidos contemplando al varón –blanco, burgués y heterosexual- como el sujeto de derecho por excelencia.

VI. Bibliografía citada

1. HUNTER, R.; MCGLYNN, C; RACKLEY, F. (2010). “Feminist Judgments: An Introduction” *En* Hunter, R.; McGlynn, C; Rackley, F. (Eds.). *Feminist Judgements. From Theory to Practice*. Orford and Portland, Oregon: Hard Publishing.
2. KESSLER, G. (2014). *Controversias sobre la desigualdad. Argentina 2003-2013*. 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
3. OLSEN, Frances (2009). “El sexo del derecho”. *En* Ávila Santamaría, R., Salgado, J. y Valladares, L. (Comps.) (2009). *El género en el derecho. Ensayos críticos*. Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
4. SMART, Carol (2000) “La teoría feminista y el discurso jurídico” *En* Birgin, Haydée (Comp.) *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblós.
5. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Protocolo para juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. 1º Ed. México: Soluciones creativas integra.