

Género y Derecho Penal. Reflexiones a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación, del 7 de abril de 2010, radicado 27595*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ**

1. Consideraciones previas

La discriminación por razones de género o por la orientación sexual de las personas es una inocultable realidad a la cual tampoco escapa el derecho penal. En efecto la desigualdad de trato basada en razones de género o de orientación sexual se puede manifestar en la manera como se diseñan y aprueban las leyes penales o en los criterios que se tienen en cuenta al momento de su aplicación. Ello obedece, en gran medida, al carácter tendencialmente selectivo y desigual del sistema penal¹ que se manifiesta desde el proceso mismo de definición de lo que se considera

* El escrito que ahora se presenta como un comentario de jurisprudencia, es el resultado de la conferencia dictada por el autor en el marco de las IV Jornadas de Derecho Género y Sexualidad, realizadas en la Universidad EAFIT los días 9 y 10 de octubre de 2014. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia radicado 27595 del 7 de abril de 2010 MP. Julio Enrique Socha Salamanca.

** Profesor de Derecho Penal Universidad EAFIT.

1 Sobre el carácter desigual y selectivo del sistema penal pueden consultarse ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2004. En Colombia, el destacado trabajo de EMIRO, SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1985.

delictivo, es decir, en la escogencia y jerarquización de los bienes jurídicos y las conductas que los afectan².

La selectividad del sistema penal y el trato desigual a que ello da lugar, también se advierte en los denominados procesos de criminalización secundaria, entendidos como el conjunto de mecanismos y estrategias que permiten que el comportamiento de un individuo llegue a ser efectivamente criminalizado y por tanto vinculado a una investigación penal³. La probabilidad de que alguien sea procesado y eventualmente condenado aumenta en la medida en que resulte más vulnerable y tal vulnerabilidad en muchos casos obedece a estereotipos, prejuicios de género, raciales, de clase social, entre otros⁴.

Estos comentarios se referirán a un aspecto particular de esta problemática que atañe al sistema penal y que tiene que ver con la manera como se aplican algunos institutos de la legislación penal. En el caso específico, se trata de la eximente de responsabilidad de *legítima defensa*⁵, cuando se plantea la posibilidad de su aplicación en situaciones en las que se analiza la responsabilidad penal de mujeres que en determinados contextos, con marcados rasgos machistas y patriarcales, son víctimas de maltratos, y que en situaciones límite a las que son llevadas por sus agresores, realizan conductas de homicidio en contra de estos, los cuales en muchas ocasiones son sus cónyuges o compañeros permanentes.

Las consideraciones que en este escrito se presentan se refieren al caso decidido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 7 de abril de 2010, radicado 27595, el cual a mi modo de ver es emblemático de lo difícil que resulta que una mujer que realiza el homicidio en las circunstancias ya indicadas se le reconozca la eximente de legítima defensa. De la sentencia se puede inferir algo que probablemente ocurre con cierta frecuencia y que consiste en que la interpretación

2 Véase EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, pp. 6 -17.

3 Al respecto, ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR afirman: "El proceso selectivo de criminalización se desarrolla en dos etapas, denominadas respectivamente *primaria* y *secundaria*. *Criminalización primaria* es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas (...) la *criminalización secundaria* es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona..." Ibid, pp. 6 -7.

4 En este sentido la opinión de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR: "Por tratarse de *personas desvaloradas*, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de *prejuicio*, lo que termina fijando una *imagen pública de delincuente*, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos." Ibid, p. 8.

5 Esta causal de justificación está prevista en el artículo 32 numeral 6 del código penal colombiano así: "Se obre por necesidad de proteger un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

de los requisitos de la legítima defensa se ve afectada por prejuicios de género que dan lugar, como parece ocurrir en este caso, a una aplicación discriminatoria de la ley penal al omitir en el análisis el contexto social, muchas veces violento y machista al que se enfrenta la mujer que realiza el homicidio⁶.

Con el propósito de ilustrar el tema desde el punto de vista teórico, para luego hacer el análisis del caso concreto, se tomarán como referencia trabajos que en esta materia ha realizado la profesora Elena Larrauri⁷. Algunos de los problemas estudiados por la profesora Larrauri relacionados con los problemas de Género y Derecho penal pueden formularse de la siguiente manera: El primero se refiere a la pregunta acerca de si las normas penales están dotadas de un contenido desde una perspectiva masculina y por tanto los criterios para su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto en el cual el punto de referencia es el varón y no la mujer. El segundo, alude a la pregunta sobre si es posible afirmar que el código penal parte de una determinada *imagen* de mujer. Y el tercero tiene que ver con una pregunta más general referida a si las normas tienen sexo⁸.

Empezando por ésta última pregunta, hay que decir que la profesora Larrauri la responde poniendo de presente que en “en el derecho penal todas las normas se expresan por medio de la fórmula “el que”. Y según su opinión, el hecho de que se omita lo que ella misma denomina “la trabajosa fórmula el/a”, aunque pueda parecer poco relevante, es una manera de “mantener invisibles a las mujeres”⁹.

Si tomamos estas observaciones y las contrastamos con el código penal colombiano, encontramos que nuestro legislador también utiliza en forma constante la fórmula “*el que*”, para designar el sujeto activo de las conductas delictivas

6 En estos eventos tampoco entra en consideración al menos la posibilidad de reconocer una atenuación de la responsabilidad por apreciarse un exceso en la causal de justificación, tal como lo dispone el inciso 2º, numeral 7, art. 32 del código penal : “el que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo”.

7 Elena Larrauri es Catedrática en Derecho Penal y Criminología en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona - España). Dentro de sus líneas de investigación se encuentran, entre otras, los antecedentes penales, el sistema de penas y el análisis de género en el sistema de justicia penal.

8 Véase ELENA LARRAURI, “Género y Derecho penal” conferencia pronunciada por la autora en el marco del seminario *Violencia contra las mujeres, derecho penal y políticas públicas* realizado en 2002 en Costa Rica, disponible en: http://www.iupuebla.com/Doctorado/Docto_Generoyderecho/MA_Doctorado_Genero/Seminario%20de%20investigacion/Lectura%207.pdf (última consulta 8 de octubre de 2014). También para más detalles puede consultarse, ELENA LARRAURI y DANIEL VARONA, *Violencia Doméstica y legítima defensa*; Barcelona, EUB, Barcelona, 1995.

9 Larrauri, op. cit. p. 3.

descritas en la parte especial del código, lo cual en principio también permitiría afirmar, al igual que Larrauri, que dicha fórmula legal denota una cierta tendencia a invisibilizar a la mujer.

En relación con la segunda pregunta, esto es, si se puede sostener que el código penal crea una determinada *imagen* de mujer, la respuesta de la profesora Larrauri es afirmativa y presenta ejemplos tomados de la legislación penal española anterior a 1989 y 1995 respectivamente, que ilustran su conclusión. El primero de ellos es el relacionado con el delito de acceso carnal, el cual era considerado un delito que solo podían cometer los varones, y por el otro la forma como se regulaba el homicidio *honoris causa*. En efecto afirma Larrauri que la violación en España no estaba castigada si el sujeto activo era una mujer, y según su opinión “ello debido a la concepción de la sexualidad de la mujer como una cosa pasiva y (que) refuerza el estereotipo de que “la mujer no viola”¹⁰. El segundo ejemplo es el relativo al fundamento que se daba al infanticidio según el cual la atenuación de la pena obedecía a que se debía proteger el honor de la mujer. Es decir, lo que importaba era que la violación suponía para la mujer un acto de deshonor y ello ameritaba una rebaja de la pena, otra vez, en este caso se advierte una *imagen* en la que la virginidad es el criterio para determinar qué tan honorable es la mujer¹¹.

Algo similar puede observarse en el código penal colombiano de 1936. Podemos citar, a manera de ejemplo, dos disposiciones que dan cuenta de que el legislador, por lo menos en aquel entonces, si partía de una determinada *imagen* de mujer. Me refiero al artículo 321 que establecía una circunstancia de atenuación para los casos en los que la víctima de la violación era una “meretriz o una mujer pública”, (art. 321. “Las penas señaladas en los capítulos anteriores serán disminuidas hasta en la mitad si la víctima de los delitos allí previstos, fuere una meretriz o mujer pública. En este caso no se podrá proceder sino a virtud de petición o querrela de parte”) y el artículo 317 establecía una circunstancia de agravación si la violación se cometía “en la persona de una mujer virgen de irreprochable honestidad”.

Las anteriores disposiciones proyectan una imagen de la *mujer* como un sujeto pasivo de la actividad sexual, que además se consideraba más honesta en tanto y en cuanto conservara su virginidad. Pareciera pues que para el legislador colombiano en aquella época, una mujer soltera que no fuese virgen no podía ser considerada *honest*a y por tanto la protección de su libertad sexual por el

10 Ibid, p. 3

11 Ibid, pp. 3-4

derecho penal resultaba degradada en relación con las mujeres vírgenes de *"irreprochable honestidad"*.

Para terminar esta breve ilustración sobre las premisas que servirán de referencia en el análisis del caso concreto, en relación con el otro problema planteado por la profesora Larrauri, esto es, si las normas penales están dotadas de un contenido desigual, debido a que normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto en el cual el punto de referencia es el varón y no la mujer, la mencionada autora, considera que es posible demostrar que muchas normas penales han sido dotadas de contenido desde una perspectiva exclusivamente masculina, y que ello trae como consecuencia que en su aplicación se refleje esa perspectiva unilateral, en la que por lo general, se desconoce la situación específica de la mujer, el contexto en el cual ella actúa, y que tal omisión termina por favorecer un trato discriminatorio que por supuesto la perjudica. Sobre este tópico, la profesora Larrauri, señala:

"La expresión 'dotadas de contenido' pretende trascender el análisis de la aplicación del derecho penal. Es decir, no se trata de afirmar que las normas penales son igualitarias pero los jueces las aplican de forma desigual, si no que me interesa resaltar la idea de que las normas son iguales pero están dotadas de un contenido desigual (McKinnon, 1987), porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente, insisto, no se trata de que el juez realice una aplicación 'machista' de la norma, sino de que cuando el juez aplica la norma tal como está siendo interpretada esta norma no puede dejar de reproducir 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 esta ha sido tomada en consideración cuando se elaboraban los requisitos ni el contexto en el cual la mujer requiere de la norma ha sido tomado en consideración"¹².

Para ilustrar lo que acaba de señalarse, Larrauri menciona la forma como se interpretan los requisitos de algunas figuras de la ley penal como es el caso de la

12 Ibid, p.1. Sobre este aspecto también puede verse otro trabajo de Larrauri en el que explica: "Hay casos en los que a pesar de ser la norma neutra, la forma en cómo ésta se interpreta puede producir un efecto discriminatorio para un determinado grupo social como el de las mujeres.", véase Larrauri, Elena, "Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal", en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º. 13, 2009 (Ejemplar dedicado a: Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad/coord. por Ruiz Miguel, A. y Macía Morillo, A.), p.48, disponible en <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/desigualdades-sonoras-elena-larrauri.pdf> (última consulta 8 de 2014).

legítima defensa, los cuales se citan *in extenso*, dado el interés que tienen para estos comentarios:

“La literatura que ha estudiado el tema de las mujeres maltratadas que matan a sus maridos ha puesto de relieve como estas mujeres no consiguen apenas beneficiarse de la eximente de legítima defensa. Ello es debido, entre otros motivos, al hecho de que para apreciar la legítima defensa se exige el requisito de la ‘actualidad’ de la agresión.

Esta exigencia, que no está contenida en el código penal (véase al respecto art. 20,4) es no obstante un requisito exigido siempre por la jurisprudencia. Hasta tal punto que cabe calificarlo de esencial para poder apreciar la eximente ya sea en su forma completa, eximiendo totalmente de pena, o incompleta, atenuando la pena del delito cometido.

Si este requisito se interpreta como que el ataque debe estarse produciendo este requisito es de difícil cumplimiento por parte de las mujeres puesto que en el supuesto de estarse el ataque produciendo lo habitual es que la mujer no pueda matar al contrincante y deba esperar que el ataque cese de algún modo. Si el requisito se interpreta como que el ataque sea inminente lo que sucede entonces es que el tribunal necesita considerar el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente”¹³.

2. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia

Teniendo como referencia las consideraciones precedentes se comentarán a continuación algunos aspectos de fallo de la Corte Suprema ya reseñado. Los hechos que dieron lugar al proceso penal en contra de R¹⁴ y las actuaciones procesales realizadas por los jueces de instancia, fueron narrados por la Corte Suprema de la siguiente manera:

“1. Entre **R** (mujer desempleada de treinta y cinco años de edad) y **J** (abogado de cuarenta y dos) había una relación sentimental en la que, cada vez que se presentaba un conflicto de pareja, este último solía maltratar a la primera e incluso la encerraba dentro del inmueble que compartían de manera ocasional (...)

En la mañana del 25 de febrero de 2005, estas personas tuvieron una disputa que culminó con dos disparos de revólver calibre 38 largo, uno de los cuales impactó a **J** en el costado izquierdo del pecho y le produjo la muerte.

13 Ibid. p. 6.

14 Se omitirán todos los nombres completos de personas mencionados en la sentencia y se reemplazaran por las iniciales del primer nombre para designarlos.

Según lo señalado por **R**, este sujeto la había mantenido desde el 23 de febrero bajo llave y sin suministrarle comida, debido a que ella se identificó ante una visitante de nombre **M** como “la mujer” de él. Así mismo, aseguró que en medio de las recriminaciones aquél acostumbraba a mostrarle un arma de fuego que llevaba consigo y guardaba debajo de la almohada mientras dormían.

También indicó que a pesar de esta situación, pudo alimentarse solicitándoles a los menores de edad del sector que le pasaran guayabas de los árboles o le compraran comida con las monedas que escondía, de modo que, cuando su compañero llegaba de noche al apartamento y le preguntaba si tenía hambre, ésta le respondía con negativas.

Respecto de lo acontecido el 25 de febrero, **R** afirmó que le pidió permiso a **J** para salir del inmueble e ir a una entrevista de trabajo y que, ante la negativa tan airada como desafiante de este último, se suscitó un forcejeo entre los dos para apoderarse del arma de fuego, que devino en un disparo al aire y culminó cuando aquélla quedó con el revólver en sus manos, accionándolo en contra de éste.

De acuerdo con una primera versión, el último disparo fue, al igual que el anterior, tan accidental como involuntario. Pero, conforme a un segundo relato, el forcejeo estuvo precedido de específicas amenazas de muerte por parte de **J**, de suerte que, cuando ella recogió el arma del suelo después de haberse caído y disparado, la utilizó debido a los “nervios y la desesperación”.

2. (...) La Fiscalía General de la Nación (...) calificó el mérito del sumario en su contra, acusándola de la conducta punible de homicidio agravado, según lo dispuesto en los artículos 103 y 104 numeral 1 (por cometerse en contra del “cónyuge, compañero o compañera permanente”) de la ley 599 de 2000, actual Código Penal.

(...) 4. (el) Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla (condenó) por el delito de homicidio en estado de ira e intenso dolor previsto en los artículos 57 y 103 de la ley 599 de 2000.

Según el *a quo*, si bien es cierto que **R** planteó en la indagatoria un caso fortuito y en la audiencia pública una legítima defensa, también lo es que en este asunto no era posible predicar que los disparos se derivaron de un forcejeo, ni tampoco una agresión actual o inminente por parte del sujeto pasivo, pero sí un comportamiento atribuible desde el punto de vista objetivo y subjetivo a la procesada, que no obstante fue el producto de las vejaciones a las que era sometida (lo que constituye el estado de que trata el artículo 57 del Código Penal), en la medida en que no hay medios de prueba que contradigan su relato en tal sentido, sino que por el contrario lo confirman, como sucede con lo declarado por la testigo **N**.

5. (...) (el) Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (...) modificó la decisión de primera instancia, condenando a **R** a la pena principal de trece años de prisión como autora responsable de la conducta punible de homicidio (simple) y revocando en consecuencia el mecanismo sustitutivo.

De acuerdo con (el tribunal) (...) el móvil del homicidio no fue la situación de encierro que dijo padecer la procesada, sino el hecho de que **J** sostuviera relaciones con mujeres distintas a ella, tal como se deriva de la versión de esta persona, así como de la anotación que aparece en el acta de levantamiento de cadáver, según la cual **N** le informó al funcionario instructor que **R** dijo momentos antes de los disparos: “si no eres mío, no eres de nadie”.

Agregó que el aludido encierro **no tuvo los asomos de gravedad que la sentenciada le quiso otorgar**, en la medida en que se trataba de una circunstancia “fácilmente superable” y, por consiguiente, ella “estaba allí no propiamente atemorizada por su amante, sino más bien tolerando la situación momentánea y de conflicto con su pareja”.

6. Contra la decisión de segundo grado, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación.” (subrayado y negrillas fuera del original).

Luego de hacer las consideraciones de rigor, la Corte Suprema resolvió casar parcialmente la sentencia en el sentido de reconocer la circunstancia atenuante del estado de ira e intenso dolor a la procesada **R**, dejando incólume la condena por el delito de homicidio simple en contra de la misma.

Pues bien, lo que resulta desafortunado en este caso es el hecho de que la Corte Suprema no se haya detenido a analizar siquiera la posibilidad de reconocer la eximente completa de la legítima defensa, pese a que de las consideraciones y la valoración que la misma corporación hizo de la prueba incorporada al proceso, se podría deducir que se daban los presupuestos de esta causal de justificación, tal como se verá a continuación.

En primer lugar, resulta pertinente destacar que la Corte Suprema de Justicia acertadamente cuestiona la valoración probatoria realizada por el *ad quem*, dejando sentado que los razonamientos del tribunal de segunda instancia conllevaron una interpretación discriminatoria de la prueba en contra de la procesada, aspecto que resulta relevante en tanto que tiene mucho que ver con los planteamientos de Larrauri, reseñados más atrás sobre la manera como a veces los prejuicios de género pueden llevar a interpretar de forma discriminatoria los requisitos de la legítima defensa. Según la Corte:

“El Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas, toda vez que desconoció aspectos importantes de los medios de convicción traídos a colación en el fallo, **e incluso realizó una lectura equivocada y en momentos discriminatoria de los mismos**, que lo condujo a la errónea conclusión de que la conducta **fue producto de un ataque de celos y no del maltrato que en razón de su estado de vulnerabilidad sufría la procesada en la relación de pareja**”. (Subrayado y negrillas fuera del original).

Para la Corte Suprema de Justicia es claro que:

“Del contexto fáctico anterior, acerca del cual **R** no presentó inconsistencias, el Tribunal tan sólo tomó en consideración algunos aspectos con el fin de restarles importancia (como la visita de otra mujer, el encierro bajo llave, el acuerdo con **Z** y el intento de persuasión para dejarla salir) y, por el contrario, ignoró otros (como la dependencia económica de la procesada, el maltrato verbal mediante el uso de improperios, la agresión física con el empujón y la violencia moral o psicológica al ser amenazada con un revólver o al ver cómo se alimentaba su pareja) que, en conjunto, aluden a una concreta situación de indefensión o vulnerabilidad en esta persona y en todo caso impiden sostener, como lo hizo el cuerpo colegiado, que “no tenía gravedad para precipitar un hecho sangriento como el que finalmente ocurrió”, o que ella “estaba allí no propiamente amenazada por su amante”, o que los disparos obedecieron a “la cantidad de mujeres que él tenía”.

Se resalta también en la sentencia:

(...) una circunstancia (...) a la cual no le otorgó trascendencia alguna en el fallo, relativa a que, de acuerdo con el testimonio de esta persona, cuando justo después de los disparos le preguntó el porqué de su conducta homicida, la procesada le respondió: **“porque me tenía encerrada y yo quería salir, yo me quería ir y él me escondió las llaves”**, respuesta que no sólo apoya la realidad del contexto fáctico descrito en la audiencia pública y la indagatoria sino que también desvirtúa que el móvil del delito hayan sido los celos o el número de relaciones interpersonales que la víctima tuviese.

Por último, debe la Sala precisar que de la manifestación de **R**, según la cual era su deseo separarse de **J** por el número de amantes que éste tenía, no era posible derivar una motivación en la conducta punible distinta a la que desde de un punto de vista objetivo apuntaba a demostrar la existencia de constantes abusos y maltratos por parte del compañero sentimental, tal como lo hizo el juzgado de primera instancia en el fallo que modificó el cuerpo colegiado”.

Pues bien, a medida que se avanza en la lectura de las consideraciones formuladas por la Corte Suprema en la sentencia, algunas de las cuales se acaban de transcribir, da la impresión de que la citada corporación está sentando las bases para demostrar que en el caso se configura una legítima defensa¹⁵. Sin embargo, su conclusión es que la mujer actuó en *estado de ira e intenso dolor*¹⁶, por lo cual decide casar parcialmente la sentencia y procede a reconocer esta circunstancia de atenuación punitiva. Nótese sin embargo que la Corte Suprema crítica al Tribunal de segunda instancia por haber realizado **"una lectura equivocada (...)"** que lo condujo a la errónea conclusión de que la conducta **fue producto de un ataque de celos y no del maltrato que en razón de su estado de vulnerabilidad sufría la procesada en la relación de pareja**". También cuestiona la Corte el hecho de que el *ad quem* haya ignorado aspectos probados en el proceso: "... (como la dependencia económica de la procesada, el maltrato verbal mediante el uso de improperios, la agresión física con el empujón y la violencia moral o psicológica al ser amenazada con un revólver o al ver cómo se alimentaba su pareja) que, en conjunto, aluden a una concreta situación de indefensión o vulnerabilidad en esta persona" y en todo caso impiden sostener, como lo hizo el cuerpo colegiado, que "no tenía gravedad para precipitar un hecho sangriento como el que finalmente ocurrió".

Así las cosas, de acuerdo con los hechos y circunstancias que se dan como probados en la sentencia que ahora se comenta, lo que parece razonable y jurídicamente correcto sería que se hubiese reconocido una *legítima defensa*, y ello por cuanto está probada la existencia de una agresión *actual e injusta* en contra de la libertad de **R**, quien se encontraba encerrada bajo llave en el domicilio de **J**, pero como si ello fuera poco, la versión de la procesada en el sentido de que en el momento en que ella intentó salir se presentó un forcejeo entre los dos para apoderarse del revólver con el que **J** la mantenía amenazada y con el que al parecer pretendía agredirla en ese momento en que ella intentaba salir de la casa.

De manera que la privación de la libertad ya era un hecho *grave e injusto* al cual se sumó la violencia física que ejerció **J** en contra de **R** para impedir su

15 Sobre los requisitos de la legítima defensa en la doctrina colombiana, puede consultarse FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010, pp. 487-498.

16 Previsto en el artículo 57 del código penal así: "El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición".

salida la casa. En esas concretas circunstancias, al lograr la mujer apoderarse del revólver y disparar contra **R**, lo que estaba haciendo no era otra cosa que defender de su libertad y su integridad física y su propia vida, frente a una agresión cuya *actualidad* de acuerdo con la prueba no admite dudas.

Vistas las cosas de este modo resulta inquietante que el hecho de que la Corte Suprema no se hubiese detenido siquiera a analizar la posibilidad de reconocer la legítima defensa, pues probada la existencia de la injusticia y actualidad de agresión era menester que verificará los demás requisitos, entre ellos, la proporcionalidad de la respuesta defensiva y en caso de considerarlos acreditados, proceder reconocer a **R** la legítima defensa y por lo tanto la exención de la responsabilidad penal y no simplemente en un estado de ira e intenso dolor.

En ese contexto resulta pertinente preguntarse por las razones que llevaron a la Corte Suprema de Justicia a omitir cualquier consideración sobre la posibilidad de reconocer la legítima defensa: ¿Es este uno de los casos –mencionados por Larrauri en el ámbito español– en los que se evidencia lo difícil que resulta que a la mujer –pese a haber actuado en un contexto de violencia y sojuzgamiento– se le reconozca la legítima defensa? ¿Se trata de un evento en el cual, al invisibilizar ese contexto violento y desigual en el que actúa la mujer termina con un tratamiento discriminatorio de la misma?

De acuerdo con lo dicho hasta el momento, no parece aventurado plantear que en la sentencia parece admitirse, implícitamente, que los malos tratos, la retención y las constantes agresiones físicas y psicológicas en contra de **R**, desafortunadamente tan comunes en el ámbito doméstico, no tienen la entidad suficiente para configurar los presupuestos de una causal excluyente de la responsabilidad penal. ¿No es acaso una manera de dejar invisible el problema social que implica la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico? La sentencia parece darles la razón a quienes como Larrauri, consideran que algunas normas penales son “dotadas de contenido” en forma desigual, debido a que han sido creadas pensando solamente en contextos en los que los sujetos actuantes son los varones, dejando por fuera las mujeres, dando lugar con ello a un tratamiento discriminatorio en perjuicio de éstas.

La Corte Suprema de Justicia de manera muy acertada crítica la interpretación que hace el tribunal de los hechos y las pruebas dentro del proceso y echa de menos que el *ad quem* no haya tenido en cuenta los tratados internacionales suscritos por Colombia tendientes a eliminar las diversas formas de discriminación en contra de la mujer. Al respecto se dice en la sentencia:

“Por otro lado, la desafortunada lectura que acerca de la situación fáctica descrita por **R** realizó el Tribunal en el fallo objeto de impugnación tampoco fue consecuente con los instrumentos internacionales suscritos, aprobados y ratificados en nuestro país que propugnan por la eliminación de cualquier tipo de discriminación que atente en contra de los derechos fundamentales de la mujer, sin perjuicio de que se trate del sujeto activo o pasivo del delito”.

No obstante, curiosamente, al tiempo que la Corte Suprema le da tanta importancia a la forma *discriminatoria* como el Tribunal Superior de Barraquilla resolvió el caso, ella misma incurre en el error de *invisibilizar* el problema de la legítima defensa en las concretas circunstancias ya reseñadas.