BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur

# La legítima defensa y su aplicación en contextos de violencia de género

## Lineamientos dogmáticos y jurisprudenciales en Argentina y en España

Jerónimo Bide (*)

Agustín M. Valotta (**)

**Sumario:** I. Nota preliminar.— II. Introducción.— III. Problemática y necesidad político-criminal de brindar respuestas penales efectivas.— IV. La legítima defensa en clave de género.— V. Consideraciones finales.— VI. Bibliografía.— VII. Jurisprudencia.

### I. Nota preliminar

La perspectiva de género tiene infinidad de implicancias en múltiples ramas del derecho. En el derecho penal resulta evidente su utilización para la tipificación e interpretación de varios delitos de la parte especial y su consideración respecto de determinadas reglas procesales. Pero la teoría del delito no escapa a ella: es solo mediante su aplicación a la hora de legislar, interpretar y juzgar que se pueden obtener resultados más justos. Es necesario analizar con este enfoque también las categorías dogmáticas y los conceptos técnicos-jurídicos que surgen de ella.

En el presente trabajo nos proponemos investigar la relación entre la perspectiva de género, la legítima defensa y la violencia de género; en concreto, intentaremos determinar los estándares de procedencia de esta causa de justificación cuando la víctima de violencia se defiende causando lesiones a bienes jurídicos del agresor que, por lo general, son la vida y la integridad física.

Analizaremos el problema tanto desde el punto de vista dogmático —delimitando las claves para la interpretación de los requisitos de la legítima defensa, adaptando este instituto a casos concretos de violencia doméstica previa— como desde el político-criminal **(1)**, haciendo foco en la necesidad de contar con respuestas efectivas y de adaptar las viejas herramientas del derecho penal a problemas que sin ser nuevos merecen una nueva y más justa solución.

Para ello nos nutrimos de valiosa bibliografía especializada sobre este tópico principalmente tanto en Argentina como en España, así como

(*) Abogado magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Docente de grado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, UBA.

(**) Abogado especialista en Derecho Penal. Docente de grado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, UBA.

(1) Aunque este trabajo se centra en cuestiones dogmáticas, no perdemos de vista, no obstante, que el tema objeto de estudio suscita además otras problemáticas —por ejemplo, de índole procesal— que merecen ser consideradas con mayor profundidad en otro lugar, especialmente en lo relativo a la apreciación de la prueba y la valoración de esta con perspectiva de género.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



también de otros múltiples países de habla hispana, y analizaremos algunos ejemplos de su aplicación en la jurisprudencia de los dos países mencionados para concluir brindando nuestras consideraciones finales tanto respecto de los estándares para la interpretación actual que merece esta justificante como la conveniencia de introducir a futuro algunas precisiones —y también cambios— en los códigos.

## II. Introducción

Mediante la criminalización primaria, el derecho penal selecciona una serie de conductas que por suponer afectaciones ilícitas a determinados bienes jurídicos son desvalorizadas jurídicamente, y por consiguiente quien realice esas conductas se encontrará sujeto a las consecuencias jurídicas —penas— que prevé la ley. El legislador imagina las conductas que buscará evitar y las describe lo más precisamente posible en los tipos penales, ya sea en forma de mandato o de prohibición.

Sin embargo, no basta con la mera realización del tipo para que la conducta pueda ser reprochada penalmente. Es que el ilícito o injusto penal no se circunscribe únicamente al ámbito de la tipicidad, sino que es un elemento más amplio que requiere constatar que el pragma de hecho pasible de ser subsumido en la descripción que contiene el tipo penal sea además contrario a derecho o, lo que es lo mismo, antijurídico; y eso ocurrirá en tanto en cuanto no exista en la totalidad del ordenamiento alguna otra norma que le reconozca al sujeto el derecho subjetivo de actuar en una situación concreta de la misma manera que describe determinado tipo penal **(2)**.

Esto es así porque, por regla general y salvo contadas excepciones —por ejemplo, la protección contra la tortura **(3)**— los derechos subjetivos no son absolutos, sino que reconocen límites, al igual que su protección. Las causas de atipicidad y primordialmente las de justificación —que eliminan la configuración del injusto— constituyen un límite a la tutela que ejerce el derecho penal respecto de los derechos subjetivos y bienes jurídicos que intenta proteger.

Ello quiere decir que para que el ilícito penal exista es necesario que el sujeto realice el tipo en forma completa tanto en su plano objetivo como en el subjetivo, pero además es menester que no medien causas de justificación. Es que justamente, si en el tipo penal se seleccionan conductas y resultados que resultan desvalorados por el ordenamiento jurídico, las causas de justificación —cuando están presentes— eliminan el desvalor de la acción, del resultado, o de ambos. Constituyen, entonces, tipos permisivos que suponen que en determinadas circunstancias —y sujetas a requisitos específicos— un individuo puede realizar sin consecuencias penales una conducta que resulta subsumible en la descripción de algún tipo penal y que por lo general constituye un ilícito penal.

Cuáles son y qué requisitos deben reunir las causas de justificación para su procedencia dependerá de la regulación positiva de cada ordenamiento jurídico, aunque en la gran mayoría de ellos se reconoce como causas genéricas de justificación al menos a la legítima defensa, el cumplimiento de un deber, el legítimo ejercicio de un derecho o cargo y el estado de necesidad.

La que nos ocupa —y preocupa— en este escrito es la primera de ellas que es posiblemente la que mayor complejidad ha representado históricamente en la ciencia jurídica penal; en especial, su aplicación en contextos de violencia de género **(4)**.

---

(2) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 590; BUSTOS RAMÍREZ, "Antijuridicidad y causas de justificación", Revista Nuevo Foro Penal, p. 57; MIR PUIG, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", ps. 85-86.

(3) Aunque incluso esto no ha dejado de ser discutido. Se ha fundamentado que la prohibición de la tortura no es absoluta y que en determinados casos podría plantearse la aplicación de la legítima defensa. Para más, vid. LLOBET ANGLÍ, "¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?", InDret. Por otro lado, se ha afirmado que, en situaciones muy particulares y desde una perspectiva netamente moral, podría entenderse como justificada la tortura. Sin embargo, aún quienes sostienen esta tesis niegan con rotundidad que esta justificación moral pueda ser trasladada al campo jurídico como una permisión. Sobre ello, vid. GARCÍA AMADO, "¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?", Revista Nuevo Foro Penal, passim.

(4) Debe entenderse como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



En el presente trabajo nos dedicaremos a estudiar esta causa de justificación con perspectiva de género y a la luz de la problemática social existente, valorando su razón de ser en el derecho positivo y su función dogmática en la teoría del delito, la necesidad político-criminal de brindar respuestas penales efectivas para poder concluir que resulta necesario —y establecer cuándo y bajo qué parámetros— flexibilizar la interpretación de sus requisitos para su procedencia cuando la defensa se produce en el marco de este contexto violento, así como también la imperiosa necesidad de contar con una regulación más satisfactoria en el derecho positivo.

## III. Problemática y necesidad político-criminal de brindar respuestas penales efectivas

Para entender la importancia del tema es necesario comprender las complejidades y problemáticas que acarrea un contexto fáctico-social en donde la violencia doméstica y/o la violencia de género están —lastimosamente— a la orden del día, existiendo agresiones persistentes y constantes, así como también una evidente desigualdad entre víctima y victimario. Aquí la legítima defensa puede jugar un papel relevante, ya que en muchas ocasiones a la víctima del maltrato y la violencia cotidiana no le quedará más alternativa para salvar su integridad física, psíquica o incluso su vida que atentar contra la del agresor. Sin embargo, la legítima defensa como causa de justificación está sujeta a estrictos requisitos cuyo cumplimiento determinará el límite entre lo permitido y lo prohibido, con todas las implicancias que eso supone; y para su procedencia es necesario que estos requisitos se den por satisfechos. Y es que las causas de justificación eliminan la antijuridicidad de una conducta que en principio es subsumible en cierto supuesto de hecho descrito por un tipo penal, porque en definitiva suponen la realización de una acción libre por parte de un individuo que se encuentra envuelto en una determinada situación particular de excepción y es por ello por lo que cuenta con el derecho a defenderse.

La problemática de género existente en las sociedades actuales tiene muchas veces una incidencia directa en el derecho penal, no solo respecto a las distintas manifestaciones de violencia que cotidiana y lamentablemente se traducen en femicidios, lesiones de distinta gravedad, atentados contra la libertad personal y la libertad sexual, y muchas otras figuras delictivas; sino que también toma especial relevancia los supuestos en donde la mujer —principalmente, pero no únicamente, claro está—, al ser víctima de reiteradas y constantes agresiones ilegítimas, toma la desesperada y penosa decisión de dar muerte —o al menos lesionar— a su agresor, lo que ha ocasionado que muchas veces terminan siendo procesadas y estigmatizadas por el derecho penal **(5)**.

Por lo general, esta respuesta por parte de la mujer no se da en el mismo momento en que sufre la violencia sino en una etapa posterior —incluso cuando el agresor está durmiendo—, y esto ocurre ya sea por la desigualdad de fuerzas como por miedo a sufrir un mal mayor **(6)**, lo que genera —en apariencia— problemas para la procedencia de un instituto como la legítima defensa. Pero aquí es útil aclarar que los requisitos de esta justificante deben ser interpretados y considerados en clave de género **(7)** —que no implica otra cosa que interpretarlos a la luz

sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, lo que incluye la violencia física, sexual y psicológica que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra. (de acuerdo con los arts. 1° y 2° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). Sin embargo, es útil aclarar que, aunque la Convención se refiere a la violencia que sufre la mujer, esto es extensivo a la violencia que sufra cualquier persona en esas circunstancias con independencia del género con el que se identifique.

(5) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, p. 4.

(6) LARRAURI, "La mujer ante el Derecho penal", Revista de Derecho Penal y Criminología, p. 292.

(7) LAROCCA REES, "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", Revista Pensamiento Penal, p. 5.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



de los estándares internacionales de derechos humanos **(8)**—, ya que además de que no se puede negar a las mujeres el derecho a librarse de una situación violenta **(9)**, es menester considerar que esta clase de violencia contra la mujer tiene características específicas que deben ser necesariamente contempladas y valoradas **(10)**. Muchas de las instituciones del derecho penal, incluida la que aquí se analiza, han sido pensadas, concebidas y configuradas para hombres. La legítima defensa se ha previsto para casos puntuales de agresiones de extraños y para defensores hombres que puedan repeler el ataque inmediatamente y utilizando medios menos lesivos que la propia muerte **(11)**. Por ello, no estudiar los requisitos de esta figura con perspectiva de género implicaría una desigualdad que el derecho, en un Estado social y democrático, no puede tolerar. Las operadoras y operadores judiciales y la doctrina de la ciencia jurídico-penal tienen el deber de juzgar e interpretar con perspectiva de género **(12)**, porque ello es imperioso para garantizar los derechos de las mujeres, la igualdad entre géneros, la tutela judicial efectiva, así como también para evitar la reproducción de estereotipos prejuiciosos que no hacen otra cosa que asumir el modo en que se debe comportar una persona en función de su género o sexo. No se puede interpretar la dogmática —particularmente y en lo que aquí interesa, esta causa de justificación— en forma rígida y discriminatoria porque no se puede dejar de observar que esta ha sido elaborada sobre un modelo de confrontación entre hombres, con similares posibilidades de respuesta y fuerza física. De lo contrario se dejaría prácticamente fuera de su campo de aplicación a la mayoría de las mujeres, que tienen por lo general una menor potencialidad física **(13)**.

Por supuesto que la criminalización de la mujer que siendo víctima de violencia doméstica o de género decide poner fin a ese sufrimiento por no contar con otras opciones a las que recurrir no debería constituir la respuesta por parte del derecho penal, pero tampoco se puede desvirtuar la aplicación de causas de justificación que por su propia naturaleza están destinadas a tener una interpretación restrictiva. No obstante, la ciencia jurídico-penal debe esforzarse por brindar respuestas penales efectivas. Y en este punto no solo que es evidentemente insatisfactorio castigar a la mujer, sino que también lo es excluir su responsabilidad penal acudiendo a causas de exclusión de la culpabilidad.

No resulta conveniente entender que el recurso drástico para detener al agresor por parte de quien resulta agredido configura un injusto penal **(14)**, aun cuando sea posible acudir a una eximente como el miedo insuperable **(15)** o el estado de necesidad exculpante **(16)**. Esta solu-

(8) LEONARDI — SCAFATI, "Legítima defensa en casos de violencia de género", Revista Intercambios, p. 14.

(9) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, ps. 7/8; BUOMPADRE, "Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida", Revista Pensamiento Penal, p. 4.

(10) LAROCCA REES, "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", Revista Pensamiento Penal, p. 6.

(11) LARRAURI, "La mujer ante el Derecho penal", Revista de Derecho Penal y Criminología, p. 293.

(12) Esto ha sido, además, reafirmado en la reciente "Declaración de Kioto" (principios N° 28 y 44) correspondiente al 14° Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, llevada a cabo entre el 7 y el 12 de marzo de 2021, y se desprende de lo sostenido por la Corte IDH en distintos casos, por ejemplo, "Espinoza González", "Velázquez Paiz", y "Campo Algodonero", en donde enfatiza acerca de la necesidad de adoptar medidas integrales para proteger a la mujer y prevenir la violencia contra ellas, cumplir con las obligaciones que surgen de la Convención de Belém do Pará, e investigar con perspectiva de género.

(13) LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 18.

(14) Desde puntos de partida distintos a los que aquí se comparten se ha intentado fundamentar incluso que este accionar defensivo de la mujer víctima de la violencia elimina no ya la antijuridicidad de la conducta sino directamente su tipicidad objetiva. Sobre ello, vid. LAROCCA REES, "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", Revista Pensamiento Penal, ps. 15/19, que se apoya sobre la tesis de PALERMO, Omar, "La legítima defensa: una revisión normativista".

(15) Esta es una eximente —que opera en el ámbito de la culpabilidad— prevista en el Cód. Penal español (art. 20.6) que no encuentra correlato en el Código argentino.

(16) En ocasiones, los tribunales han acudido a estas figuras por entender que no se cumplía el requisito de actualidad de la agresión —aunque esta interpretación es

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



ción es errónea porque quien se defiende no está sacrificando un bien jurídico de igual jerarquía como consecuencia de contar con un ámbito de autodeterminación reducido que obsta el cabal reproche de su conducta, ni actúa impulsado por un miedo **(17)** que le impide comportarse de otra manera [aunque evidentemente, cuando una mujer soporta hechos de violencia continuos puede generar un temor que le impida motivarse por la norma o que su capacidad de motivación esté fuertemente disminuida **(18)**] sino que está intentando impedir una lesión ulterior a un bien jurídico propio como consecuencia de una agresión ilegítima; pero además debe descartarse porque tiene consecuencias en la sistemática del delito que no se pueden aceptar **(19)**: los más importantes se dan en el ámbito de la admisibilidad de la legítima defensa y en la accesoriedad de la participación: por un lado, de admitirse una causa exculpante se podría llegar a admitir (con independiente valoración del requisito de falta de provocación) la legítima defensa por parte del violento contra la víctima que se defiende. Por otro lado, partiendo de una teoría de la accesoriedad limitada —postura absolutamente dominante en la actualidad—, aplicando la legítima defensa se impide castigar a los partícipes que ayudaron a la víctima de violencia **(20)**; no así si se aplica una causa de exclusión de la culpabilidad.

Además, existen otros motivos de índole político-criminal para preferir la aplicación de una causa justificante en lugar de una exculpante: en las causas de justificación se establecen las exigencias normativas referidas al comportamiento de los ciudadanos. No se trata únicamente de determinar cuál —o cuáles— de los bienes jurídicos que entren en colisión en un caso concreto es prioritario o preponderante en relación con otros, sino también de establecer si el ciudadano puede hacer prevalecer sus propios bienes jurídicos por sobre los de su contrario acudiendo a la violencia y lesionándolos porque el propio derecho les reconoce el derecho (subjetivo) a hacerlo. En las causas de exculpación no existe la concesión de estas facultades, sino que meramente se excluye tanto la sanción como la culpabilidad penal en un hecho que se considera antijurídico —prohibido— pero humanamente comprensible **(21)**, y por tanto, no puede ser reprochado jurídicamente a su autor porque este no pudo haberse motivado en la norma para evitar la realización de la conducta desvalorada de la misma manera en que lo hubiese hecho en circunstancias normales. La víctima de violencia no puede tener la obligación de soportar la agresión y no defenderse **(22)**; y en los supuestos que aquí se estudian no se debe —en la me-

discutible, como se argumentará en este trabajo— y porque la acción delictiva era decidida a causa del estado de temor permanente que experimenta quien se encuentra inmerso en situaciones de violencia cotidiana. Sobre ello, vid. LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ps. 17/18.

(17) Aunque, desde ya, es posible e incluso probable que la víctima de violencia sienta esta emoción e incluso que experimente el llamado síndrome de la mujer maltratada, que se traduce en un estado psicológico de temor permanente que no resulta siempre advertido por la víctima de violencia. Para más, vid. CASALS FERNÁNDEZ, "El síndrome de la mujer maltratada: medidas de prevención e intervención", en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.), Tratado sobre igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI, ps. 327/338.

(18) BUOMPADRE, "Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida", Revista Pensamiento Penal, p. 7.

(19) Sobre las consecuencias jurídicas que supone la exclusión del injusto por estar presente una causa de justificación —que no se presentan cuando hay una causa exculpante—, vid. SANZ MORÁN, "Teoría general de la justificación", Revista Penal, ps. 87-89.

(20) Aunque, por cierto, si del análisis de las circunstancias particulares del caso surge aconsejable su procedencia, queda disponible la posibilidad de acudir a una construcción como la autoría mediata. Sobre los requisitos de procedencia de esta figura, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "La autoría en Derecho penal", ps. 645/648 y con un desarrollo más exhaustivo, ROXIN, "Autoría y dominio del hecho en Derecho penal", ps. 147/298.

(21) PERRON, "Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en ESER — GIMBERNAT — PERRON (edits.), Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio hispano-alemán de Derecho Penal), p. 75.

(22) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, p. 11.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



dida de lo posible— excluir la culpabilidad **(23)** como consecuencia de interpretaciones piadosas, sino que directamente debe considerarse como no prohibido —y, en consecuencia, permitido **(24)**— el hecho que pone fin a una situación de violencia intolerable o que conlleve un grave peligro de lesión a bienes jurídicos.

### IV. La legítima defensa en clave de género

Si bien en la actualidad ya no se discute su naturaleza jurídica como causa de justificación **(25)**, lo cierto es que no ha sido pacífico el debate doctrinario en torno al fundamento —la razón de ser— de la legítima defensa, al punto de que se ha llegado a afirmar que si ha de buscarse un sitio para ubicar la filosofía del derecho, ese debe ser la teoría de la legítima defensa **(26)**. Se comprenderá entonces que debido a los límites de este trabajo no se desarrollará acabadamente la discusión enunciada y los distintos argumentos sostenidos a lo largo de la historia **(27)**, pero si nos limitaremos a delinear brevemente los más importantes teniendo en cuenta que a la hora de proponer y discutir posibles flexibilizaciones para su aplicación en determinados contextos resulta necesario conocer el fundamento que se le otorga a la causa de justificación que aquí se estudia. Así, se han encontrado posiciones objetivistas que tienden a justificar la legitimidad en la función defensiva del derecho objetivo —el ordenamiento jurídico como un todo— y posiciones subjetivistas que otorgan prevalencia a la defensa de los derechos subjetivos —es decir, los bienes jurídicos particulares del agredido— **(28)**. La postura dominante en la actualidad sostiene una tesis dualista **(29)**, lo cual significa que la legítima defensa encuentra tanto un fundamento individual cuanto uno supraindividual **(30)**. De esta manera, se ha afirmado que esta causa de justificación tiene su razón de ser en la defensa del derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales **(31)**, lo cual implica que el individuo tiene el derecho a ejercer coerción directa contra otro cuando es atacado de manera ilícita siempre que el Estado no pueda proporcionarle asistencia eficaz en el caso concreto **(32)**.

Este punto adquiere relevancia si se tiene en cuenta que en casos como los que son objeto de estudio en este trabajo la víctima de violencia muchas veces ha intentado previamente acudir a mecanismos estatales para salvaguardar su integridad sin que esto arroje resultados positivos **(33)**; de hecho, varios femicidios se pro-

(23) Análisis independiente merece el caso de quién, a causa del temor, sufre un verdadero trastorno mental transitorio que le impida comprender la criminalidad de la conducta o dirigir sus acciones conforme esa comprensión.

(24) Se trataría de una permisión en sentido débil. Sobre normas permisivas en sentido fuerte y en sentido débil, vid. MAN~ALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en SILVA SÁNCHEZ (dir.) — PAWLIK — KINDHAÜSER — WILENMANN — MAN~ALICH (coords.), La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, ps. 177/187; ORTIZ DE URBINA, Gimeno, "De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito más allá (y a pesar de) la teoría de los elementos negativos del tipo", InDret, ps. 11/16.

(25) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 609; GIMBERNAT ORDEIG, "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en ESER — GIMBERNAT — PERRON (edits.), Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio hispano-alemán de Derecho Penal), p. 63.

(26) PAWLIK, "La legítima defensa según Kant y Hegel", en SILVA SÁNCHEZ (dir.) — PAWLIK — KINDHAÜSER — WILENMANN — MAN~ALICH (coords.), La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, p. 3.

(27) Para un resumen acabado y completo de estos, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, "La legítima defensa, Trabajo de fin de grado tutorizado por Trapero Barreales", Universidad de León, ps. 16/30.

(28) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 609.

(29) ROXIN, "Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", p. 608; MOLINA FERNÁNDEZ, "La legítima defensa del Derecho penal", RJUAM, p. 21.

(30) PAWLIK, "La legítima defensa según Kant y Hegel", en SILVA SÁNCHEZ (dir.) — PAWLIK — KINDHAÜSER — WILENMANN — MAN~ALICH (coords.), La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa, p. 3.

(31) MIR PUIG, "Derecho Penal Parte General", p. 459.

(32) ZAFFARONI— ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 612.

(33) GARYULO, "Matar o morir en vida. Legítima defensa sin confrontación en contextos de violencia de género", Revista Pensamiento Penal, p. 3.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur


ducen incluso en el momento en el cual existían medidas de protección vigentes **(34)**, lo cual demuestra la ineficacia que presenta muchas veces la asistencia que el Estado puede brindar. De la misma manera, hay que tener en cuenta que en ocasiones el propio Estado diseña medidas extremas de pretendida protección que causan el efecto contrario, llevando a las mujeres a evitar las denuncias **(35)** o retirarlas una vez hechas, fenómeno que igualmente se produce por una multiplicidad de causas **(36)** y que debe ser tenido en cuenta a la hora de evaluar la posibilidad real de recurrir a los mecanismos estatales.

Ahora bien, para que este derecho a la legítima defensa que ostenta el ciudadano pueda ser ejercido no solo es necesario que no se encuentre en condiciones de acudir a la ayuda estatal, sino que es menester que concurran ciertos requisitos objetivos para eliminar el injusto penal que supondría su accionar en un contexto diferente. Una vez más, estos dependen de cada ordenamiento jurídico más —matices aparte— estos suelen ser la existencia de una agresión ilegítima que no haya sido provocada por quién se defiende y la necesidad racional del medio utilizado para impedirla o repelerla.

Pero estos requisitos que por lo general se encuentran explícitos en la letra de la ley no son los únicos, sino que es necesario además que cuando se actúe en defensa exista aún la posibilidad de evitar la lesión del bien jurídico comprometido **(37)**, es decir, que la agresión frente a la cual se ejerce la acción defensiva sea actual **(38)** ya que esta exigencia será la que distinga a la legítima defensa de la venganza **(39)**, que se encuentra vetada en cualquier circunstancia.

Es necesario ahondar sobre este requisito, que es el que más problemáticas acarrea cuando la defensa se produce en un contexto de violencia de género —sobre todo cuando la violencia es mantenida en el tiempo y se genera una desigualdad de poder entre las partes, que se sostiene en base al miedo, y se agrava en los casos en que la víctima de la violencia intenta denunciar sin obtener el éxito esperado—, y es menester que sea considerado a la luz de un adecuado enfoque de género.

En realidad, la exigencia de la inminencia de la agresión está relacionada con lo anterior, es decir, con la necesidad de defensa **(40)**: se supone que cuanto más próxima sea la lesión, menores serán las oportunidades que tiene el agredido de acudir a otros medios menos lesivos para salvaguardar sus bienes jurídicos. Pero como hemos visto, muchas veces esa necesidad persiste aun cuando la agresión no está a punto de ocurrir, porque la víctima de violencia se ve imposibilitada de recurrir a otros medios, o lo ha hecho sin obtener resultados eficaces. Esto quiere decir que la exigencia de actualidad o inminencia no debe ser analizada tan rigurosamente y, sobre todo, no puede valorarse si no es en conjunto con la necesidad de defensa y las posibilidades de acudir a otros medios.

Es evidente que cuanto más lejana sea la agresión menos necesaria será la defensa **(41)**. Por el contrario, la defensa será legítima —y por consiguiente constituirá un derecho en cabe-

(34) Estos datos surgen de los informes realizados cada año por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina, que son de acceso público.

(35) Sobre ello, críticamente respecto de ley española de protección a la mujer (la ley orgánica 1/2004 de "Medidas de protección integral contra la violencia de género"), a la que tilda de "sobreprotectora" y enuncia las consecuencias contraproducentes de su implementación, vid. MAQUEDA ABREU, "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico", InDret, ps. 21/31.

(36) Para más, vid. LARRAURI, "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", Revista de Derecho Penal y Criminología, passim.

(37) MIR PUIG, "Derecho Penal Parte General", p. 465.

(38) La doctrina entiende que los verbos "impedir" y "repeler" dan cuenta de la necesidad de la actualidad de la agresión ya que, si ésta cesó, no podría impedirse ni repelerse.

(39) MIR PUIG, "Derecho Penal Parte General", p. 465.

(40) LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, ps. 22/23; DI CORLETO — LAURÍA MASARO — PIZZI, "Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina", p. 27.

(41) LUZÓN PEÑA, "Lecciones de Derecho Penal Parte General", p. 390.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



za del ciudadano agredido— en tanto en cuanto sea racional y quién se defiende no pueda recurrir a los servicios estatales, pero también cuando lo hace y el Estado no responde de manera eficaz de manera tal que el peligro de lesión persiste. Es útil tener en consideración que muchas veces el Estado fracasa en la protección y asistencia que debe brindar a una persona víctima de violencia de género **(42)**, y en este punto hay que tener presente que la necesidad de la defensa debe evaluarse siempre *ex ante*, desde la óptica de quién se defiende —y teniendo en cuenta la percepción que pudo haber tenido la víctima de violencia respecto de la inminencia y la gravedad del ataque tomando incluso como referencia experiencias previas **(43)**—, y no *ex post* desde la óptica de un observador imparcial **(44)**. Además, la posibilidad de acudir a otros medios para solucionar el conflicto también debe analizarse en clave de género: ello supone, claro está, y así lo ha entendido el más alto tribunal argentino, que no puede achacarse a la mujer ningún tipo de asunción de riesgos **(45)** ni mucho menos exigírsele la huida del hogar; en efecto, el "mero hecho de la permanencia de la [víctima de violencia en el domicilio en que convivía con [el agresor]" no puede significar que esta se somete "libremente a una hipotética agresión ilegítima", porque ello "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" **(46)**.

Sumado a ello, el hecho que la agresión sea actual quiere decir que la defensa será posible siempre que no haya desaparecido la posibilidad de resultado —es decir, mientras se pueda impedir aún la lesión definitiva— **(47)**. La acción agresiva comienza a ser actual en el momento en que actuar se vuelva inaplazable porque de otra manera existe el riesgo de que una defensa posterior sea insegura o ineficaz; y continúa siendo actual mientras el peligro de lesión —o de más lesiones, en caso de que alguna de ellas ya se haya concretado— subsista **(48)**. Estos momentos no deben confundirse con el comienzo de ejecución de la tentativa y con la consumación —en caso de que la agresión sea típica **(49)**—, ya que la posibilidad de defensa se mantiene hasta tanto haya cesado la actividad lesiva o sea posible retrotraer o neutralizar sus efectos **(50)**, y es por eso por lo que se debe considerar admisible la legítima defensa contra actos preparatorios y también después de la consumación. La defensa debe entonces ser entendida como legítima si la demora en llevarla a cabo acarrea un aumento relevante del riesgo de lesión; por eso la agresión no solo debe entenderse únicamente como "lesión" inminente, sino que también debe considerarse todo el proceso de amenaza a un bien jurídico **(51)**. La jurisprudencia argentina ha dicho sobre ello que "mientras la agresión —presente o potencial— ocasione peligro para un bien jurídico será racionalmente necesario lanzar el medio defensivo; tal será el modo racional de

(42) ROA AVELLA, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante", Nova et Vetera, Género, Etnias y Violencia, p. 63.

(43) DI CORLETO, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", RDP, Lexis Nexis, p. 13.

(44) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 616.

(45) LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 19.

(46) CS, "Leiva", Fallos 334:1204.

(47) STRATENWERTH, "Derecho Penal Parte General, I - El hecho punible", p. 141.

(48) LUZÓN PEÑA, "Lecciones de Derecho Penal Parte General", p. 390.

(49) En el Derecho español, la agresión ilegítima debe ser constitutiva de delito, por lo cual siempre deberá reunir las características de una conducta descrita por un tipo penal. Sin embargo, no en todos los ordenamientos se exige que la ilegitimidad de la agresión implique que ésta constituya delito. En el Derecho argentino, por ejemplo, la agresión debe ser "ilegítima", lo que supone que sea antijurídica. Pero no toda acción antijurídica es una acción penalmente típica. Piénsese, por caso, en los daños imprudentes: esta conducta es antijurídica, en tanto el ordenamiento la desvalora y quién la realice deberá responder civilmente indemnizando al afectado. Sin embargo, de momento, esa conducta no supone responsabilidad penal.

(50) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 623.

(51) MOLINA FERNÁNDEZ, "La legítima defensa del Derecho penal", RJUAM, p. 30.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur


'impedirla o repelerla'. Y si procede el medio racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión es evidente que se repele la agresión actual y se impide la futura" **(52)**. En idéntico sentido, en otro caso se sostuvo que "basta el peligro potencial para que se autorice legalmente a la racional defensa", ya que "la defensa pueda realizarse con la finalidad de repeler una agresión ya iniciada o de impedir el inicio de una agresión inminente" **(53)**.

Desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y siempre que cuente con los medios idóneos para hacerlo —lo que significa que la agresión puede ocurrir en cualquier momento— se genera un peligro inmediato para los bienes jurídicos amenazados, y eso hace posible la procedencia de la legítima defensa aún si se trata de actos preparatorios **(54)**. La agresión solo finalizará cuando desaparezca el peligro de lesión **(55)**. La jurisprudencia ha dicho sobre ello que "una amenaza constituye por sí sola una agresión, al tiempo que es anuncio de una agresión futura, y que, aunque haya cesado, subsiste la necesidad de defensa" y que "entre el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad" **(56)**. El más alto tribunal español, por su parte, ha adoptado una posición similar al afirmar que "[l]as actitudes amenazadoras o las mismas amenazas verbales de un mal que se anuncia como próximo o inmediato pueden integrar la agresión ilegítima [...] como requisito nuclear para apreciar la legítima defensa, si las circunstancias que las rodean son tales que permiten llevar al amenazado a la razonable creencia de un acometimiento o ataque cuya inminencia no es descartable", lo que llevó a concluir que "[l]a agresión padecida unida a la amenaza emitida (y percibida como factible de ser culminada enseguida) componen un escenario en el que se puede hablar con rigor y propiedad de la agresión ilegítima erigida en presupuesto esencial de una legítima defensa" **(57)**.

Hay que resaltar que cuando la violencia de género se da en situaciones de pareja no puede entenderse esta como un conjunto de hechos aislados, sino que es menester comprender el intrínseco carácter continuo que posee **(58)**, al punto que muchas veces los actos de violencia pueden constituir delitos permanentes o continuados **(59)**. No solo porque los episodios violentos atacan bienes jurídicos y derechos subjetivos en cada oportunidad en que ocurren, sino porque estos pueden ocurrir en cualquier momento y porque la víctima tiene una preocupación permanente que hace que de manera continua esté esperando una agresión **(60)**. Y el hecho de vivir en estas condiciones implica, por sí mismo, una lesión a la tranquilidad de la víctima de violencia que puede pensarse como una agresión actual **(61)**, máxime teniendo en cuenta que en situaciones como esas es posible determinar el inicio de las agresiones, pero difícilmente su fin. Existiendo un patrón regular de violencia y mediando el conocimiento por parte de la víctima respecto de que esta puede volver a producirse de nuevo de un momento para otro, es razonable entender que la mujer tenga una convicción de que el agresor iba —eventualmente— a matarla **(62)**, porque está demostrado que es posible que en base a su experiencia sepa que existe un peligro inminente para su vida **(63)**. Reciente jurisprude-

(52) STJ San Luis, "GML" causa N° 10/12.

(53) STJ Río Negro, "RMD" causa N° 24747/10.

(54) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 624.

(55) MOLINA FERNÁNDEZ, "La legítima defensa del Derecho penal", RJUAM, p. 31.

(56) SCJ Mendoza, "FC/REY", causa N° 110.919.

(57) STS 699/18.

(58) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, p. 8.

(59) LAROCCA REES, "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", Revista Pensamiento Penal, p. 9.

(60) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, p. 8.

(61) ZAFFARONI — ALAGIA — SLOKAR, "Derecho Penal: parte general", p. 624.

(62) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, p. 9.

(63) LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 21.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



cia ha afirmado 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" **(64)**.

En un contexto de ataques y episodios de violencia frecuentes, más allá de que la defensa de la mujer se efectúe cuando no hay una confrontación directa con el agresor, existe un peligro permanente de sufrir lesiones a la vida o la integridad física **(65)**, lo que se agrava si a ello se suma que en múltiples ocasiones el agresor dificulta enormemente o imposibilita la búsqueda de ayuda externa **(66)**. Además, cuando los hechos de violencia se manifiestan repetitiva y perdurablemente —aunque no es necesario que las agresiones sean reiteradas para que exista violencia de género, basta con un solo hecho aislado **(67)**—, no solo se encontrarán en riesgo la vida y la integridad de la agredida, sino también incluso la de sus familiares directos; en especial, la de sus hijos **(68)**.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha afirmado que "en las uniones de hecho o derecho, la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia —puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia— y su carácter cíclico —si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo—" **(69)**.

Con la misma perspectiva de género y por idénticas razones a las hasta aquí expuestas debe interpretarse el requisito de racionalidad del medio empleado: hay que tener en cuenta las alternativas que tuvo la mujer a la hora de defenderse **(70)**, pero no puede obviarse que esta se encuentra por lo general en inferioridad de condiciones físicas respecto de un hombre **(71)** y por ello no se le puede exigir que recurra a medios estrictamente proporcionales **(72)**, toda vez que esa inferioridad debe ser suplida de alguna manera y eso hace que la víctima de la violencia pueda verse impelida a acudir a medios que en apariencia resultan excesivos **(73)**, porque esa aparente desproporción bien puede deberse al temor de la mujer de que si su defensa no es del todo eficaz su agresor se reponga y descargue contra ella toda su ira **(74)**. Anteriormente, parte de la doctrina penal ha sostenido que cuando las agresiones son entre esposos o cuando median estrechas relaciones personales, el agredido debe valerse del medio más

(64) CSJ Tucumán, "XXX", causa N° 329/14.

(65) ROA AVELLA, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante", Nova et Vetera, Género, Etnias y Violencia, p. 66.

(66) LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 23.

(67) LAROCCA REES, "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", Revista Pensamiento Penal, p. 10.

(68) BUOMPADRE, "Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida", Revista Pensamiento Penal, ps. 5/6.

(69) CS, "RCE", Fallos 342:1827.

(70) LEONARDI — SCAFATI, "Legítima defensa en casos de violencia de género", Revista Intercambios, p. 15.

(71) Aunque evidentemente la violencia de género no se circunscribe ni a relaciones de pareja ni a relaciones hombre-mujer. Es perfectamente imaginable, por ejemplo, un supuesto de agresiones continuas entre mujeres. La mujer no es necesariamente víctima de un hombre, aunque sean estos los supuestos que más veces ocurren en la realidad social (LARRAURI, "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 58/2008", InDret, ps. 5/6). Es probable que la agresión por parte de un hombre ocasione mayor temor y mayor posibilidad de que se produzca el resultado lesivo (LARRAURI, "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 58/2008", InDret, p. 11).

(72) ROXIN, "Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", p. 652.

(73) LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 22.

(74) OEA, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, p. 12.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



suave para defenderse **(75)**; pero esta consideración no puede tener cabida cuando quién sufre las agresiones es la mujer víctima de violencia de género. Por el contrario, es justamente en estos casos —sin importar la estrechez de la relación que une a los contrincantes— en donde el enfoque de género se vuelve imprescindible. Si se interpretare la dogmática sin tener en consideración la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima de violencia y la disparidad de fuerzas entre el hombre y la mujer, se otorgaría al tirano una vía libre para continuar ejerciendo violencia **(76)** lo que puede derivar en ulteriores y más graves lesiones a bienes jurídicos de la mujer, corriendo grave peligro incluso la vida de esta; de ahí que la reacción defensiva por parte de una víctima de violencia de género no puede nunca ser medida con los mismos estándares y parámetros que se utilizan a la hora de valorar la procedencia de la legítima defensa en otros casos **(77)**. La jurisprudencia ha sostenido sobre el requisito de la necesidad del medio racional que "también se debe evaluar desde la perspectiva de género, que implica considerar el contexto en que se da la agresión y la respuesta. No requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia. [L]a aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse. No se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión" **(78)**.

El Tribunal Supremo español ha dicho que "[l]a racionalidad o proporcionalidad del medio defensivo empleado exige para su debida valoración establecer la relación entre la entidad del ataque y de la defensa, y determinar si la defensa sobrepasó o no la intensidad y grado necesarios para la neutralización del ataque. Esta operación valorativa exige atender no a la hipótesis defensiva imaginaria que hubiera sido más proporcionada a la gravedad de la concreta agresión sufrida, sino a la más adecuada dentro estrictamente de lo que en el caso fuera posible, lo cual obliga a considerar la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que estuviera en condiciones de usar" **(79)**. La necesidad de la defensa debe ser racional, y el análisis de la racionalidad —tanto de los medios para defenderse como de los escenarios en donde puede realizarlo— no puede perder de vista la realidad que vive la mujer víctima de violencia de género, lo que incluye a las penurias que sufre día a día por parte de su agresor, la natural desventaja tanto física como psicológica para enfrentarse a este, y las disminuidas capacidades que puede tener como consecuencia de la violencia que soporta **(80)**. El examen de la racionalidad implica analizar tanto el medio como la modalidad de la defensa en el caso concreto y tomando en cuenta las capacidades de quien se defiende **(81)**: es posible que la condición de inferioridad del agredido vuelva necesaria la utilización de un medio o una modalidad defensiva que resulten más peligrosos que el de la agresión **(82)**. La jurisprudencia ha dicho, con razón, que "la ley no demanda actos heroicos; una resistencia suprema que, al llegar al paroxismo, habilita a defenderse. [...] Reclama comportamientos racionales, ese vocablo que se traduce, por su ambigüedad o polisemia, en la necesidad de un contenido que básicamente refiera a una relación de causa y grado entre medios y fines. [...] La proporcionalidad del medio empleado no implica simetría; golpe con golpe, disparo con disparo, arma blanca con arma blanca, y así hasta la infinidad de situacio-

(75) Por ejemplo, lo afirma JESCHECK, "Tratado de Derecho penal, Parte general", ps. 301/311.

(76) DI CORLETO, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", RDP, Lexis Nexis, p. 6.

(77) VILLALBA, "La legítima defensa en los casos de violencia de género", SAIJ, p. 5.

(78) CS, "RCE", Fallos 342:1827.

(79) STS 593/09.

(80) ROA AVELLA, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante", Nova et Vetera, Género, Etnias y Violencia, p. 63.

(81) STRATENWERTH, "Derecho Penal Parte General, I - El hecho punible", p. 143; DI CORLETO, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", RDP, Lexis Nexis, p. 11.

(82) MIR PUIG, "Derecho Penal Parte General", p. 470.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



nes posibles. [...] Ha de tenerse en cuenta las diferencias, única manera de captar adecuadamente las proporciones, siempre bajo la sombra de la racionalidad" **(83)**. Debe entenderse, así, que el medio utilizado "es racionalmente necesario si en su momento aparece idóneo, según la razón, con vistas a eliminar el peligro que para un derecho [...] representaba la agresión y no se acredita la oportuna concurrencia de otra posibilidad defensiva que, también para la razón, tuviese equivalente suficiencia y menor aptitud dañosa" **(84)**.

En idéntico sentido, la jurisprudencia española ha afirmado que para valorar este requisito es imprescindible manejar criterios objetivos, pero también subjetivos, de manera que "[n]o puede marginarse la perspectiva del sujeto activo, ni situar la escena en un laboratorio para diseccionar fríamente posibilidades, cálculos y comparaciones. Se impone un juicio *ex ante* [...], aunque sin prescindir de algunas pautas objetivas que evocan o remiten a la figura del 'hombre medio', alguien a quien no se le exige ser ni un héroe, ni una persona fría, sin emociones o instintos, o con perfecta capacidad de autocontrol; pero sí que no reaccione de forma irracional o al margen de parámetros percibidos por la colectividad como 'razonables'" **(85)**. Esos criterios "objetivos", de todos modos, necesariamente deben ser apreciados con perspectiva de género en los casos de legítima defensa contra el tirano doméstico, porque es evidente que los parámetros que la colectividad entiende como razonables no serán los mismos en un supuesto de confrontación directa entre dos hombres con similares características físicas, fuerza, y posibilidades de defensa que en supuestos en donde se enfrenten un hombre, físicamente superior, con una mujer. Así lo entendió en otro caso el mismo tribunal "[l]a necesidad racional del medio ha de ser medida no como en un laboratorio, sino *in casu*, situándonos en la posición del agredido y contando con todas las circunstancias (alternativas, situación, posibilidades). Aquí exigir de la víctima, de menor fortaleza física que el agresor, [...] otro medio de defensa que el que se le presentó [...] no parece ponderado" **(86)**.

## V. Consideraciones finales

Es evidente que la violencia de género es un flagelo que requiere acciones y respuestas inmediatas por parte del Estado. Por supuesto que el derecho penal difícilmente sea el medio más idóneo para proporcionar soluciones adecuadas, porque para combatir fenómenos como este es necesario un cambio coyuntural y estructural, a través de políticas de Estado que pongan el foco principalmente en la educación pero que también involucren a otros instrumentos de control social, sobre todo de asistencia y apoyo. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el derecho no es independiente de la sociedad que lo crea y que debe estar condicionado —indefectiblemente— por los derechos fundamentales que gozan de reconocimiento internacional; y que la dogmática penal tampoco puede separarse de la realidad social apoyándose en fundamentaciones puramente normativas que desemboquen en consecuencias político-criminales inaceptables **(87)**.

En ese sentido, el derecho penal no puede desentenderse cuando la magnitud del conflicto requiere su intervención no ya para castigar al agresor que logra su propósito violento, sino en los casos de violencia de género habitual en los que la víctima viene soportando agresiones constantes y episodios de violencia que se reiteran una y otra vez, donde teme seriamente por su vida y su integridad física, moral, sexual, y donde al no encontrar otras opciones útiles y efectivas decide recurrir a la drástica medida de poner fin a la vida del hombre iracundo.

Aquí lo primero que hay que establecer es que se debe evitar, en la medida de lo posible, la criminalización de la mujer víctima de violencia. Pero en caso de que eso ocurra, es necesario encontrar alternativas que no desemboquen en el castigo. Para ello hay varias soluciones, pero es

(83) STJ Chubut, "MJM", causa N° 22.921.

(84) CSJ Tucumán, "XXX", causa N° 329/14.

(85) STS 8274/12.

(86) STS 699/18.

(87) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy", ps. 245/246.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur


conveniente por distintos motivos **(88)** acudir a una causa de justificación como la legítima defensa. Claro que el análisis debe ser casuístico y de todos modos la aplicación de esta justificante debe hacerse de manera cuidadosa para casos puntuales, ya que va además de determinar el límite entre lo prohibido y lo permitido su aplicación desmedida puede conllevar algunos riesgos **(89)**. En todo caso, siempre se podrá acudir a la exclusión de la culpabilidad, sea aplicando otra causa exculpante, sea aplicando la legítima defensa como eximente incompleta **(90)**, lo que será preferible antes que castigar penalmente a quien dio muerte al violento como consecuencia de las penurias vividas cotidianamente; pero, de ser posible, es deseable acudir a la aplicación de la legítima defensa.

*De lege lata*, esto es posible interpretando el instituto en contexto de género. Para ello es necesario tener en cuenta el contexto, la habitualidad de la violencia, la falta de ayuda externa, la ineficacia por parte del Estado —recuérdese el fundamento dualista que tiene esta justificante—. El obstáculo para la procedencia de la causa de justificación puede verse reflejado principalmente en dos de sus elementos, cuales son la actualidad de la agresión y la proporcionalidad del medio empleado —siendo este último un requisito no esencial—. Sin embargo, estos obstáculos en muchas ocasiones son meramente aparentes: como se ha visto, la doctrina tradicional ha interpretado que la agresión mantiene su actualidad mientras el peligro no cese, y es evidente que cuando los episodios de violencia son frecuentes, el riesgo de sufrir una lesión ulterior y más grave está siempre latente, lo que de alguna manera afecta además permanentemente la tranquilidad de la víctima de la violencia. Sumado a ello, la racionalidad de la defensa va a verse determinada por la eficacia que esta pudiere tener, es decir, no se puede perder de vista que muchas veces basta con que la mujer tenga mejores chances para defenderse en un momento que no necesariamente coincide con la contemporaneidad de la agresión **(91)** y valiéndose del medio que le resulte más seguro para ello **(92)**.

*De lege ferenda*, es válido analizar la incorporación en el derecho positivo de alguna cláusula que facilite la aplicación de este instituto cuando existe un contexto de violencia de género. Siendo que en varios ordenamientos se prevé una legítima defensa privilegiada, estableciendo presunciones *iuris tantum* respecto de la concurrencia de ciertos requisitos —o todos ellos— para cuando una persona encuentra a un extraño accediendo al inmueble de su propiedad o dentro de él **(93)**, no existen *prima facie* impedimentos para no hacer extensiva esta presunción a contextos en los que haya habido antecedentes de manera habitual entre el agresor y la víctima de la violencia.

Téngase en cuenta que la legítima defensa privilegiada, en general —y claro que esta modalidad debiera regularse con prudencia para evitar la extensión desmedida de su aplicación **(94)**—

(88) Vid. ps. 6-8 de este trabajo.

(89) Sobre los peligros que conlleva atemperar los requisitos de la legítima defensa cuando es una mujer quién actúa, vid. LAURENZO COPELLO, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, p. 19.

(90) Este concepto, que funciona como atenuante y está previsto en el Derecho español en el art. 21.1 del Cód. Penal español no encuentra correspondencia en el ordenamiento argentino; a lo sumo, en casos de exceso podrá acudirse a la aplicación del art. 35 del Cód. Penal argentino (el análisis respecto de si esta es una causa de exculpación o un supuesto de menor antijuridicidad no puede llevarse a cabo aquí).

(91) LAROCCA REES, "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", Revista Pensamiento Penal, p. 8.

(92) BUOMPADRE, "Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida", Revista Pensamiento Penal, p. 3.

(93) Vid., por ejemplo, el art. 34.6 del Cód. Penal argentino; el art. 10.6 del Cód. Penal chileno; el art. 32.6.1 del Cód. Penal colombiano, entre otros.

(94) El Anteproyecto de Cód. Penal de la Nación Argentina de 2014, comisión presidida por Eugenio Raúl Zaffaroni, contemplaba un supuesto de legítima defensa privilegiada como el aquí propuesto. El art. 5° inc. d) de dicho cuerpo rezaba: "El que actuare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: i) agresión ilegítima; ii) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; iii) falta de provocación suficiente por parte del agredido. Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso, respecto de aquel que obrare: i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur



no es otra cosa que una reacción ante el conflicto penal que puede ocasionarse en un proceso cuando el sujeto se ha defendido legítimamente: este se ve expuesto a sufrir grandes perjuicios como causa del proceso penal en su contra, y —con el objeto de atemperarlos— el legislador recurre a esta herramienta que, más que efectos penales —que también los tiene—, tiene efectos procesales. La legítima defensa privilegiada no es una causa de justificación distinta de la legítima defensa "normal", sino que presupone —hasta tanto se demuestre lo contrario, por eso introduce una presunción *iuris tantum*— la concurrencia en el caso de algunos de los requisitos necesarios para su procedencia a partir de la concurrencia de otros hechos de más fácil comprobación, en este caso, la violencia previa. Y esto tiene sentido, porque el sujeto que se defiende de manera legítima no ha cometido, en definitiva, delito alguno; pero es quien queda expuesto a todas las consecuencias que acarrea un proceso penal en contra **(95)**. Por ello, la incorporación de los supuestos que aquí se analizan dentro de los casos de legítima defensa privilegiada sería una solución evidentemente más justa, ya que atenuaría o —en el mejor de los casos— eliminaría los efectos punitivos que el proceso penal le puede ocasionar a una persona víctima de violencia de género.

Un instituto que fue configurado en otra época histórica y sobre la base de la confrontación masculina debe necesariamente *aggiornarse* para evitar la discriminación y la aplicación desigualitaria para con las mujeres, máxime cuando se trata de casos en los que previamente y con cierta frecuencia esta ha sufrido episodios de violencia que llegan a poner en jaque no solo su integridad sino incluso su vida. En un Estado social y democrático de derecho, negarle el derecho de defensa y de poner fin a esta situación de penuria sin consecuencias jurídico-penales, no es una posibilidad. Por ello, lo que aquí proponemos no es una alternativa sino una necesidad racional.

## VI. Bibliografía

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, "Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy", Iustel, Madrid, 2012.

BUOMPADRE, Jorge Eduardo, "Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida", *Revista Pensamiento Penal,* nro. 214, marzo de 2022.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, "Antijuridicidad y causas de justificación", *Revista Nuevo Foro Penal,* nro. 67, Universidad EAFIT, Medellín, 2005.

CASALS FERNÁNDEZ, Ángela, "El síndrome de la mujer maltratada: medidas de prevención e intervención", en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña (coord.), *Tratado sobre igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2019.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "La autoría en Derecho penal, Promociones Publicaciones Universitarias", Barcelona, 1991.

DI CORLETO, Julieta, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", RDP, Lexis Nexis, nro. 5/2006, mayo de 2006.

DI CORLETO, Julieta — LAURÍA MASARO, Mauro — PIZZI, Lucía, "Legítima defensa y géneros. Una cartografía de la jurisprudencia argentina, Referencia jurídica e investigación",

---

o violencia en un lugar habitado, ii) por encontrar a un extraño dentro de su hogar, siempre que ofreciere resistencia. Igual presunción corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia". En la Exposición de Motivos, se manifestó que "se introduce en el texto una nueva presunción juris tantum a favor del agente, cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia. Esta presunción responde a la desnormalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños. Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el juez el juez en cada caso, sin necesidad de previsión legislativa alguna, no está de más preverla, dado que la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural da lugar a errores frecuentes. No es posible pasar por alto que, hasta no hace muchos años, la propia ley penal contenía disposiciones inadmisibles que respondían a un claro criterio de discriminación de género (el derogado tipo de adulterio, como ejemplo más notorio)".

(95) ROJO ARANEDA, "La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada", ADPCP, ps. 466/467.

BIBLIOTECA
Poder Judicial
Provincia de Tierra del Fuego
Antártida e Islas del Atlántico Sur


Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa, 2020.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?", *Revista Nuevo Foro Penal,* vol. 12, nro. 86, Universidad EAFIT, Medellín, 2016.

GARYULO, Lucrecia, "Matar o morir en vida. Legítima defensa sin confrontación en contextos de violencia de género", *Revista Pensamiento Penal,* nro. 410, febrero de 2022.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en ESER, Albin — GIMBERNAT, Enrique — PERRON, Walter (edit.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio hispano-alemán de Derecho Penal),* Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.

JESCHECK, Hans-Heinrich, "Tratado de Derecho penal, Parte general", Comares, Granada, 1993.

LAROCCA REES, Maximiliano O., "Legítima defensa y violencia de género privilegiada", *Revista Pensamiento Penal,* nro. 409, febrero de 2022.

LARRAURI, Elena, "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 58/2008", *InDret,* nro. 1/2009.

- "La mujer ante el Derecho penal", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* nro. 2, 1992.

- "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", *Revista de Derecho Penal y Criminología,* nro. 12, 2003.

LAURENZO COPELLO, Patricia, "Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* nro. 21, 2019.

LEONARDI, María Celeste — SCAFATI, Ezequiel, "Legítima defensa en casos de violencia de género", *Revista Intercambios,* nro. 18, La Plata, 2019.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, "¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?", *InDret,* nro. 3/2010.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "Lecciones de Derecho Penal Parte General", Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAN~ALICH, Juan Pablo, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) — PAWLIK, Michael — KINDHÄUSER, Urs — WILENMANN, Javier — MAN~ALICH, Juan Pablo (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa,* Ed. B de F, Buenos Aires, 2013.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico", *InDret,* nro. 4/2007.

MARTÍNEZ GARCÍA, Nahia, "La legítima defensa, Trabajo de fin de grado tutorizado por TRAPERO BARREALES, María A.", Universidad de León, 2017.

MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal Parte General", Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990.

- "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", Bosch, Barcelona, 1982.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, "La legítima defensa del Derecho penal", *RJUAM,* nro. 25, 2012.

OFICINA DE LA MUJER, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina", ediciones 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, "Legítima defensa y violencia contra las mujeres", Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI, nro. 1, Washington, 2018.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, "De moscas y agresores muertos. Argumentos a favor de una teoría jurídica del delito más allá (y a pesar

de) la teoría de los elementos negativos del tipo", *InDret,* nro. 3/2008.

PALERMO, Omar, "La legítima defensa: una revisión normativista", Atelier, Barcelona, 2006.

PAWLIK, Michael, "La legítima defensa según Kant y Hegel", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.) - PAWLIK, Michael — Kindhäuser, Urs — WILENMANN, Javier — MAÑALICH, Juan Pablo (coords.), *La antijuridicidad en el Derecho Penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa,* Ed. B de F, Buenos Aires, 2013.

PERRON, Walter, "Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en ESER, Albin — GIMBERNAT, Enrique — PERRON, Walter (edits.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal (coloquio hispano-alemán de Derecho Penal),* Servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1995.

ROA AVELLA, Marcela, "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante", *Nova et Vetera, Género, Etnias y Violencia,* vol. 21, nro. 65, enero-diciembre 2012.

ROJO ARANEDA, Mario Guillermo, "La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada", *ADPCP,* vol. LXVI, 2013.

ROXIN, Claus, "Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", Civitas, Madrid, 1997.

- "Autoría y dominio del hecho en Derecho penal", Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2016.

SANZ MORÁN, Ángel José, "Teoría general de la justificación", *Revista Penal,* nro. 5, 2000.

STRATENWERTH, Günther, "Derecho Penal Parte General, I - El hecho punible", Edersa, Madrid, 1982.

VILLALBA, Gisela Paola, "La legítima defensa en los casos de violencia de género", *SAIJ,* 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl — ALAGIA, Alejandro — SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal: parte general", Ediar, Buenos Aires, 2002.

**VII. Jurisprudencia**

*En Argentina:*

STJ de Río Negro, "RMD" causa N° 24747/10, 19/04/2011.

CS, "Leiva" causa N° L. 421. XLIV, 01/11/2011, Fallos 334: 1204.

STJ de San Luis, "GML" causa N° 10/12, 28/02/2012.

CSJ de Tucumán, "XXX" causa N° 329/14, 28/04/2014.

SCJ de Mendoza, "FC/REY" causa N° 110.919, 23/06/2014.

STJ de Chubut, "MJM" causa N° 22.921, 14/08/2014.

CS, "RCE" causa N° 733/18, 29/10/2019, Fallos 342:1827.

*En España:*

STS N° 593/2009, 29/05/2009.

STS N° 8274/2012, 12/11/2012.

STS N° 699/2018, 08/01/2019.

*Corte Interamericana de DD. HH.:*

Caso "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", 16/10/2009.

Caso "Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 19/11/2014.

Caso "Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 20/11/2014.