

## (Re)pensando la legítima defensa desde una perspectiva de género

Ludmila Azcue\*

\*Universidad Nacional de Mar del Plata  
E-mail: lud.azcue@gmail.com

**Resumen:** Partiendo de la necesidad de incorporar la experiencia femenina a las tareas de elaboración, interpretación y aplicación de las normas jurídico-penales, el presente artículo -enmarcado en la investigación que actualmente me encuentro desarrollando en mi calidad de becaria de la Universidad Nacional de Mar del Plata- pretende erosionar la tradicional lectura dada a la legítima defensa en tanto, al ser pensada esta causal de justificación de la conducta punible desde la óptica del género masculino, dificulta eximir de responsabilidad penal a la mujer que, en un contexto de violencia doméstica, da muerte a su pareja hombre. Mediante el análisis de la literatura específica en la materia, se ensayará una lectura con perspectiva de género de la legítima defensa.

**Palabras claves:** Derecho penal – legítima defensa – género

**Abstract:** *In view of the need to incorporate the female experience to the elaboration, interpretation and application of criminal law provisions, this article –framed in the research work that I, as a scholar of Mar del Plata University, am presently developing– seeks to erode the traditional reading that is given to self-defence, since this justification is thought of from a male perspective and makes it difficult to exonerate from criminal liability women who, within a context of gender violence, kill their male partners. By means of the analysis of specific literature on the subject, a reading of self-defence from a gender perspective will be conducted.*

**Key words:** *Criminal law – self-defense – gender*

### 1. A modo de introducción

El presente artículo, enmarcado en el trabajo investigativo que actualmente me encuentro desarrollando en carácter de becaria de la Universidad Nacional de Mar del Plata, pretende relevar una de las aristas más problemáticas observadas durante mi investigación dirigida ésta a desbrozar los argumentos jurídico-penales empleados por los tribunales argentinos durante el período 2000-2015 en oportunidad de resolver si las mujeres maltratadas que dan muerte a sus parejas han actuado -o no- en legítima defensa de sus derechos. En este contexto, se advierte que no todas las mujeres que dieron muerte a sus parejas hombres hubieron de ser beneficiadas con la exención de

responsabilidad que importa el despliegue de la conducta homicida en legítima defensa.

La literatura específica en la materia señala que tal temperamento jurisdiccional responde a que esta eximente de responsabilidad ha sido concebida desde la experiencia del género dominante para ser aplicada en aquellos casos en los cuales los varones necesitarían beneficiarse de la misma y, en este camino, al desconocerse la experiencia femenina, las mujeres no podrían echar mano a esta eximente de responsabilidad pensada desde la óptica masculina en los supuestos en los cuales fuesen ellas quienes necesitasen su aplicación.

Para considerar justificada la conducta homicida por haber actuado en defensa propia, nuestra ley penal exige que exista una agresión ilegítima de la cual defenderse, que el medio empleado para impedir o repeler dicha agresión ilegítima sea racional y, finalmente, que quien se defiende no haya provocado suficientemente a su agresor (conforme artículo 34 inciso 6° del Código Penal). Ocurre que para considerar justificada la conducta de la mujer que mata a su pareja deberán sortearse tres valladares interpretativos. El primer escollo a sortear será la exigencia de actualidad o inminencia tradicionalmente adosada a la agresión repelida, siendo aquélla difícilmente asequible en los casos de las mujeres maltratadas que dan muerte a sus parejas debido a que, generalmente, en virtud de las disímiles características psicofísicas, deberán aprovechar que la agresión haya cesado para poder matar. El segundo escollo a eludir será la afirmación de que, en atención al deber de consideración derivado del vínculo de solidad existente entre los miembros de la pareja que demanda emplear el medio menos lesivo para repeler la agresión del otro, para evadirse de la situación de violencia la mujer no podrá valerse de un medio que le permita dar muerte a su atacante sino que deberá recurrir a otros medios -tales como la formulación de la correspondiente denuncia, la huida del hogar común o el pedido de auxilio a la policía-. El último escollo será la inferencia de ánimo vindicativo en detrimento de ánimo defensivo a partir del aprovechamiento de la mujer del cese de la agresión y/o el valimiento de arma blanca o de fuego para dar muerte al hombre.

Apartándonos de esta lectura tradicionalmente dada a la eximente de responsabilidad penal por actuar el agente en su defensa legítima, atento la misma dificulta entender justificada la conducta de la mujer que, en un contexto de violencia doméstica, da muerte a su pareja; se ensayará un análisis con perspectiva de género de la legítima defensa sorteándose así cada uno de los escollos arriba enunciados, ello en tren de facilitar la aplicación de esta eximente de responsabilidad a los supuestos en los cuales sean las mujeres quienes necesiten beneficiarse de dicha eximente. No abundará anotar que, lejos de pretender la reformulación del inciso sexto del artículo 34 de nuestro ordenamiento fondal, se persigue aquí la incorporación de las características, necesidades y experiencias femeninas en las instancias de interpretación y aplicación del

dispositivo legal imbricado.

## 2. Proponiendo una lectura con perspectiva de género de la legítima defensa

Si bien el derecho penal se presenta a sí mismo como objetivo, neutral y universalmente válido, aquél ha sido pensado desde la óptica del género dominante -el masculino- y, en este camino, invisibilizado la experiencia del género no dominante -el femenino-. En la medida que ha sido desarrollado en el contexto de teorías e instituciones controladas por varones, el derecho es netamente refractario de las problemáticas masculinas (Olsen 2009,140). Más sencillamente, en tanto expresión del género socialmente dominante, el derecho refleja las experiencias y los valores masculinos (Ávila Santamaría 2009,237).

Ocurre que en las sociedades en las cuales impera la supremacía del varón, el punto de vista masculino domina la sociedad como patrón objetivo cuando, por el contrario, el punto de vista de quien domina el mundo no luce como un verdadero punto de vista. La neutralidad del lenguaje jurídico en conjunción con la abstracción del sujeto del derecho se consolidan como un medio para enmascarar el dominio masculino, “...*el cual, en tanto invisible, se legitima como el punto de vista de la ley e impone asimismo su postura a la sociedad toda*”. La dominación masculina a través del discurso jurídico penetra en todos los aspectos de la vida presentándose como la realidad total, convirtiendo en diferente a todo aquello que pretenda desvirtuar los términos de su impuesta realidad. El Estado toma la ley creada desde la cosmovisión masculina de la realidad e institucionaliza el poder en su forma masculina (Costa 2016,177-178).

En este elenco de ideas, se ha asignado al derecho la característica de ser androcéntrico cuando su estudio se focaliza exclusivamente desde la óptica masculina empero como si ésta no fuese una perspectiva sino una visión universalmente válida para toda la especie humana. Expone Alda Facio (2009,187): “*Desde la perspectiva de los dominantes sin conciencia de género, las subordinadas hemos quedado excluidas, invisibilizadas, <<neutralizadas>>, porque la realidad de los dominantes se ha tomado como la única realidad. El tomar la realidad del hombre/ varón dominante como la única realidad, es establecer un parámetro de lo humano y simultáneamente establecer que todos y todas las demás, constituimos <<lo otro>>*”.

Para ilustrar que el derecho penal responde a la cosmovisión masculina, valga reparar en que en todas las normas penales se expresan por medio de la fórmula “el que”. La necesidad de que el lenguaje jurídico-penal admita a las mujeres -aún cuando sea por medio de la trabajosa fórmula “el/la que”- puede parecer poco relevante empero debe recordarse que la formulación actual -“el que”- es un medio para mantener

invisibles a las mujeres (**Larrauri** 2002,3). Aunque no se desconoce que las críticas dirigidas a las normas penales que discriminaban a las mujeres han dado pie a su reformulación y/o promulgación de leyes expresadas en términos genéricamente neutrales, se ha constatado la existencia de normas que aún formuladas de manera neutral se aplican de acuerdo a la perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los varones.

La aplicación del derecho penal desde el punto de vista masculino no depende exclusivamente de que los operadores judiciales sean más o menos machistas sino a que la aplicación “objetiva” del derecho tiende a reproducir la versión social dominante. De esta manera, cuando se afirma que el derecho penal se aplica de forma objetiva se desconoce que esta forma objetiva en realidad responde a un razonamiento elaborado para el mundo masculino y, en consecuencia, que la aplicación objetiva del derecho es representativa de una subjetividad -la masculina-. En orden a que la aplicación de un razonamiento “objetivo” responde a una determinada subjetividad como lo es la masculina, si se quiere conseguir una aplicación equitativa del derecho en cuanto al género y que las normas se apliquen de forma realmente objetiva, deberá incorporarse la perspectiva femenina (**Larrauri** 1994,1-2).

Si lo que se pretende es que el derecho recoja la realidad universal, debe recoger la realidad femenina. En este camino, si se pretende que el derecho recoja la realidad femenina, necesariamente debe ser leído con perspectiva de género. Ocurre que si bien el derecho puede ser analizado desde múltiples perspectivas, el abordaje desde el género, en particular, permite cuestionar las bases mismas del conocimiento jurídico con miras a una regulación más equitativa de las relaciones sociales (**Ávila Santamaría** 2009,225). De esta manera, introducir la perspectiva de género en la lectura de las normas jurídicas importa cuestionar la aplicación de las normas engendradas a partir de la mirada masculina y, en definitiva, contribuye en la faena de quitarle el velo a las relaciones de poder que se sitúan por detrás de los discursos patriarcales (**Facio** 2009,191).

Juzgar con perspectiva de género contribuye a la efectivización de los derechos a la igualdad y no discriminación de las mujeres a la par que importa el aseguramiento del adecuado acceso a la justicia a aquéllas. El análisis con enfoque de género importa evidenciar el impacto diferenciado que un dispositivo legal puede tener en varones y mujeres e impide que, con una aplicación automática y mecanicista del derecho, se generen situaciones de poder o desigualdades basadas en el género (**Casas** 2014,3). Así pues, al mirar con enfoque de género se debe indagar sobre el impacto que las representaciones del género tienen entre los individuos, evaluar las consecuencias diferenciadas que las leyes y las políticas pudiesen implicar, “...comparar cómo y por qué

*las mujeres y los hombres se ven afectados de manera distinta por esas leyes o decisiones judiciales” (Pizani Orsini 2009,XII).*

La incorporación de la perspectiva de género implica la posibilidad de efectuar un análisis crítico e integral de un determinado fenómeno comprendiendo cómo opera la discriminación en la vida social. Un abordaje de género nos permite analizar las características de mujeres y varones definidas socialmente y moldeadas por factores culturales así como también los roles asignados a varones y mujeres y las relaciones que se establecen entre ellos . Desde este particular prisma analítico, se advierte que la dogmática penal debe ser atravesada por principios político criminales más no permanecer ajena a los cambios que se producen en la medida que la desatención de fenómenos vinculados a situaciones estructurales de dominación imperantes en nuestra sociedad “...*derivaría en un derecho penal miope a las cuestiones de género, que vería reducida su posibilidad de riqueza en la solución de conflictos y que implicaría una desigual aplicación” (Casas 2014,3-11).*

Bajando más profundamente a nuestro objeto de estudio, persiguiendo la incorporación de la experiencia femenina al estudio del derecho penal con miras a la aplicación verdaderamente igualitaria de las normas jurídico-penales, habremos de marcar que uno de los fenómenos derivados de la creciente violencia contra las mujeres son los eventos en que mujeres víctimas de maltratos causan la muerte a sus agresores; situación ésta que genera la necesidad de analizar las posibles circunstancias de exclusión de responsabilidad que podrían aplicarse a tales eventos. Normalmente, el primer análisis que se hace desde la defensa de tales mujeres es la aplicabilidad de la legítima defensa, lo cual supondrá ingentes esfuerzos y superación de obstáculos complejos como lo será la dificultad de demostrar algunos de los requisitos tradicionalmente exigidos para la configuración de la causal. Sin embargo, se entiende que dichos obstáculos podrían ser sorteados a partir de la lectura de la legítima defensa desde una perspectiva que reconozca la experiencia femenina (**Roa Avella** 2002,50-51).

La invisibilización de la experiencia femenina en el campo jurídico-penal se observa en la construcción de una causal de justificación de la conducta punible pensada únicamente para los casos en los cuales los varones necesiten su invocación. Pensar la legítima defensa exclusivamente para los supuestos de quien se defiende en una riña en un bar y/o de quien se defiende en su casa de un intruso, ofrece esta eximente de responsabilidad penal sólo para los casos en los cuales, por antonomasia, los varones precisarían echar mano de ella y, en consecuencia, discrimina a las mujeres al negarles la posibilidad de invocar la misma herramienta en los casos en los cuales ellas necesitan valerse de ella (**Williams** 2009,277). Se avizora poco plausible imaginar a una mujer dando muerte para defenderse en un bar o de un intruso empero, aún así, son los

ejemplos comúnmente empleados en los manuales de derecho penal para ilustrar el funcionamiento de la legítima defensa.

La gestación de un derecho penal receptivo de la perspectiva de género demanda que el instituto de la legítima defensa sea colmado de contenido de género notando que, en los casos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas hombres, la utilización de la perspectiva de género se convierte en “...una herramienta que modifica e interpela a la concepción tradicional de la legítima defensa” (Casas 2014,3). Adoptando esta línea de pensamiento, en el siguiente subapartado habremos de analizar los tres escollos que la literatura feminista consultada viene advirtiendo en la aplicación de la eximente de responsabilidad prevista en el inciso sexto del artículo 34 de nuestra ley penal a los casos de mujeres maltratadas que dan muerte a sus parejas, precisamente, en legítima defensa de sus derechos.

En este camino, en un tramo se expondrán algunas brevísimas consideraciones en relación a la causal de justificación de la legítima defensa (art. 34 inc. 6 del Código Penal), para ya en un segundo tramo analizar los escollos erigidos desde la doctrina y la jurisprudencia para obturar la aplicación de la eximente en cuestión a los casos de mujeres que dan muerte a sus parejas: en un primer orden, se estudiará el elemento de actualidad o inminencia en la agresión severamente cuestionada en aquellos casos en los cuales la mujer aprovecha que el hombre está desprevenido para darle muerte; en un segundo orden, se examinará el requisito de la necesidad racional del medio empleado puntualizando en la existencia -o no- de otros medios menos lesivos a los cuales la mujer podría recurrir para poner fin a la situación de maltrato familiar; y en un último orden, se analizará el plano subjetivo de la eximente también, claro está, desde un enfoque de género.

**2.1 Algunas consideraciones sobre la legítima defensa como causal de justificación de la conducta punible:** Aunque se afirma que la legítima defensa “no tiene historia”, también se explica que su historia podría buscarse en su naturaleza jurídica, la cual dependerá, en última instancia, del fundamento que se le otorgue a la institución. Ya no abrigan dudas que el fundamento de la legítima defensa es ser una causa de justificación de la conducta punible. En su carácter de causa de justificación, importa la existencia de motivo jurídico bien fundado para ejecutar un comportamiento que en sí se encuentra penalmente prohibido (Jakobs 1997,419).

A diferencia lo que ocurre en el comportamiento atípico -la conducta desplegada no se encuentra contenida en ley penal y, por ende, no es delictiva-, en el comportamiento justificado hablamos de una conducta delictiva socialmente soportable sólo en consideración a su contexto justificativo. El comportamiento justificado también

se distingue del comportamiento antijurídico -contrario a la ley penal- pero no culpable en la medida que el autor de este último sí muestra tal falta pero no le es reprochable (**Jakobs** 1997,419-420).

Más específicamente, la legítima defensa importa entender exento de responsabilidad al que realiza una conducta típica en defensa bien sea de su persona o derechos propios o bien de la persona o derechos ajenos, siempre y cuando concurren los requisitos que la ley fonal requiere. De esta manera, su efecto, en tanto causa de justificación, es el de excluir la antijuridicidad que se le presume a toda conducta típica (**Bustos & Hormazábal** 2006,259).

Para explicar el fundamento de esta causa de justificación de una conducta delictiva, la doctrina tradicional supo dividirse en dos senderos, coexistiendo dos posturas diferenciadas. Una primera postura denominada objetivista entiende prioritario el derecho objetivo apuntando a legitimar la defensa del orden jurídico en sí mismo. Una segunda postura llamada subjetivista prioriza el derecho subjetivo injustamente agredido dirigiéndose a la mera defensa de los bienes jurídicos. *“La vertiente subjetivista, por su parte, tiene origen contractualista, partiendo de que cuando el derecho no puede acudir en defensa de los derechos naturales del individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el estado, porque no pudiendo el estado tutelar al individuo, tampoco puede exigirle obediencia”* (**Zaffaroni et al.** 2008, 609-610).

Pero también existe otra postura que postula la convergencia de las dos anteriores sosteniendo que a legítima defensa debe fundamentarse sobre una doble base de defensa. Se defiende a la persona y, a su vez, el mantenimiento del orden jurídico y, de esta manera, se garantiza el equilibrio entre el principio de protección y el principio de mantenimiento del orden jurídico sobre los cuales se erige la idea de que *“el derecho no está en situación de soportar lo que es injusto”* (**Bustos & Hormazábal** 2006,259).

En orden a que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente, se concluye que el fundamento de la legítima defensa se halla en el principio de que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto. Desde tal óptica, anotan **E. Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar** (2008,610), se pretende eludir el debate objetivismo-subjetivismo arriba apuntado. Sin embargo, advierten los autores sindicados que el fundamento buscado en que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto, *“...no logra superar el debate de fondo, porque si hay alguien que no tiene el deber de soportar lo injusto es porque tiene el derecho de rechazarlo o hacerlo cesar, de modo que no sólo no sería incompatible con la naturaleza de ejercicio de derecho de la legítima defensa sino que conformaría ese carácter”*. De cualquier manera, el reconocimiento de que se trata de un derecho no garantiza su legitimidad, pues si se toma la subsidiariedad y se le valora de conformidad

con una ficción, según la cual el estado repartiría igualitariamente todos sus servicios y éstos serían siempre igualmente eficaces, el criterio para limitar el ejercicio de este derecho sería antijurídico por socialmente aberrante. *“No existe ningún estado que distribuya igualitariamente sus servicios y, en particular, los servicios de justicia y de seguridad”*.

Continuando su línea de pensamiento, el individuo podrá apelar a la legítima defensa cuando el estado no le proporcione mecanismos que concreta, cierta y efectivamente le permitan proteger su persona o sus derechos o la persona o derechos de terceros (Zaffaroni et al. 2008,611). *“Su fundamento no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarle en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho, tiene límites que no son impuestos por la necesidad sino también los que deviene de la racionalidad. Los límites racionales al ejercicio de un derecho no le privan de su naturaleza sino que lo acotan de modo republicano”* (Zaffaroni et al. 2008,612).

Tal como venimos de señalar, la legítima defensa importa eximir de responsabilidad penal al autor de la conducta delictiva siempre y cuando se encuentren presentes los requisitos exigidos por el Código Penal para su aplicabilidad. Más concretamente, dispone el inciso 6° del artículo 34 del ordenamiento penal que no es punible: *“El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: (a) Agresión ilegítima; (b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; (c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”*. De esta manera, es suficientemente claro el precepto legal en punto a los diferentes extremos que deben constatarse para invocar la legítima defensa y, por consiguiente, no merecer la conducta ilícita reproche punitivo.

**2.2 La agresión ilegítima como requisito para la aplicación de la legítima defensa. La exigencia de actualidad o inminencia en la agresión ilegítima:** Si bien nos interesa aquí dar una lectura con perspectiva de género a la legítima defensa como eximente de responsabilidad de la conducta punible y, en este camino, enfatizar en las dificultades habidas en su aplicación a los casos de mujeres maltratadas que dan muerte a sus parejas; para asegurarnos una cabal comprensión del instituto, en un primer tramo de este subapartado, habremos de formular una serie de precisiones desde la literatura tradicional en punto a la agresión ilegítima como requisito de procedencia de esta causal de justificación de la conducta punitiva, para sí, en un segundo tramo, abocarnos a analizar cómo este mismo requisito se erige desde una posición insensible al género como valladar para la aplicación de la legítima defensa a los casos de mujeres que matan a sus parejas.

a) **Algunas precisiones desde un enfoque tradicional sobre la agresión ilegítima:** Primeramente, valga anotar que la conducta que da pie a esta causal de justificación necesariamente debe ser humana puesto que sólo puede predicarse la legitimidad o ilegitimidad de “algo” conforme o contrario a derecho, y sólo puede regularse jurídicamente una conducta humana (**Duloup** 1995,232). Esta conducta humana debe importar una fuente de peligro para la persona que se defiende o sus derechos. En orden a que el peligro debe provenir de una conducta humana, es posible concluir que queda incluida la conducta del inimputable -tal es el caso de un niño/a-. Si el el peligro proviniese de una fuente no humana -tal el caso de un fenómeno natural- podría surgir un estado de necesidad mas no invocarse legítima defensa. Sí quedan incluidos los supuestos en los cuales la persona sirve de un animal para agredir (**Bustos & Hormazábal** 2006,260).

Esta conducta humana debe ser, a su vez, agresiva. En un primer orden, de repararse en las raíces etimológicas de la palabra castellana “agredir” -en su raíz latina “aggredi” que significa dirigirse a alguien, atacarle; y en su etimología indoeuropea “Ghredh”, que significa andar, marchar- podrá concluirse que la voz “agresión” indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión (**Zaffaroni et al.** 2008,619) . En un segundo orden, vale marcar que para que la acción humana sea considerada agresiva en los términos del precepto legal arriba reseñado, “...*deberá lesionar o poner en riesgo cualesquiera de los derechos defendibles, por lo que no sólo se entenderá por dicho término “acometimiento o ataque físico”*” (**Duloup** 1995,232).

Pero esta conducta humana agresiva tiene una nota adicional, tal es la de ser ilegítima entendida como equivalente a antijurídica -es decir, una conducta que afecta bienes jurídicos sin derecho- (**Zaffaroni et al.** 2008,620). Cabe aquí señalar que el carácter antijurídico de la agresión tiene que estimarse en relación a todo el ordenamiento jurídico, siguiéndose de ello que no se requiere que sea típica -es decir, que esté prevista en la ley penal como delictiva- y, con mayor razón, que sea constitutiva de injusto o delito. A ello se adiciona que el carácter ilegítimo de la conducta agresiva deberá evaluarse desde el punto de vista del agredido, derivándose de ello una restricción para el agresor que no puede hacer cualquier cosa, sino sólo aquellas que no dañen a otro que no tiene por qué soportar el daño si se produce (**Bustos & Hormazábal** 2006,262).

Si bien la doctrina apunta que la conducta agresiva puede ser tanto dolosa como imprudente, postulan los ya citados **Zaffaroni, Alagia y Slokar** (2008,619), tomando para ello a Diego Luzón Peña, que tan sólo se requiere que la conducta sea voluntaria. Atento el dispositivo legal no requiere que la agresión sea típica -esto es, que configure un ilícito penal-, “...*no cabe hablar de dolo cuando no hay tipicidad, por lo cual es*

*correcto requerir meramente una voluntad lesiva y excluir del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes”.*

Resta hacer hincapié en otra nota característica de la conducta agresiva que, si bien no se encuentra contenida expresamente en el dispositivo legal correspondiente, le han sabido adosar tanto la doctrina como la jurisprudencia. La agresión desplegada debe ser actual o inminente para que la defensa se encuentre justificada por el ordenamiento jurídico.

Al respecto dice **Günter Jakobs** (1997,468) que la legítima defensa no es admisible cuando al agredido le sea más fácil o tenga un mejor efecto sino tan sólo cuando el ataque antijurídico fuese actual. *“Ello obedece a dos motivos: Por una parte, es necesario que exista algo tan drástico como un ataque actual para hacer tolerable el pasar por alto la proporcionalidad entre el bien atacado y el daño causado en la defensa. Por otra parte, la evitación del peligro planificado, así como la recuperación planificada de los bienes sustraídos delictivamente, es misión de la policía; sólo al haber un ataque actual la vigencia de la situación sobrepasa la preocupación por las competencias”.*

De esta exigencia se sigue que la acción defensiva tiene límites temporales en la medida que deberá desplegarse mientras que exista una “situación de defensa”, la cual se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos (**Zaffaroni et al.** 2008,623). Por consiguiente, *“la legítima defensa es posible desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y tiene a su disposición los medios idóneos para hacerlo, o sea que puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos. Es bueno observar también que estas condiciones importan por sí mismas una lesión a la tranquilidad de la persona y, por ende, desde otro punto de vista puede pensarse en una agresión actual”* (**Zaffaroni et al.** 2008,624).

La exigencia de actualidad o inminencia en la agresión desplegada nos conduce a detenernos en el estudio de los llamados casos de “legítima defensa preventiva”, siendo estos entendidos como aquellos en los cuales la acción defensiva es desplegada para defender una agresión ulterior. En estos casos, aunque un retardo perjudique considerablemente una defensa exitosa, resulta imposible invocar la causal de justificación bajo examen puesto que si bien la ley penal no requiere la actualidad o la inminencia en la agresión, en estos supuestos ni siquiera existiría una verdadera agresión en el sentido exigido por la norma de fondo (**Bustos & Hormazábal** 2006,262).

En este sentido, se hubo sostenido que la defensa frente a ataques futuros no está justificada y, de la misma manera, tampoco lo está la defensa frente a ataques ya repelidos

pero que quizá se repitan después -mas no inmediatamente-. Explica **Günter Jakobs** (1997, 469-470) que *“el requisito de actualidad determina una <<laguna de defensa>> en aquellos supuestos en que la agresión no ha comenzado aún cuando ya pasa la última oportunidad para defenderse. Dado que en esta situación falta lo drástico de un ataque actual, la defensa sólo está justificada de modo limitado, es decir, subsidiariamente con respecto al auxilio policial, o sólo en el marco de los principios de proporcionalidad aplicables en el estado de necesidad defensivo, y ello sólo cuando se concretan y revelan el género y alcance (mínimo) del ataque que se acerca”*. Para ilustrar lo dicho, apunta el autor en estudio el siguiente ejemplo: *“Quien no puede disuadir de otro modo al mirón que continuamente lo importuna, puede dispararle y lesionarlo, aún cuando la lesión no sea necesaria para repeler la molestia actual porque el autor -naturalmente con animus revertendi- huye”*.

Si bien el texto legal no requiere expresamente la inminencia en la agresión, es correcta su exigencia en el plano doctrinario y jurisprudencial en la medida que con aquél término se designe el requerimiento de un signo de peligro inmediato para el bien jurídico, no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa. En esta línea de análisis, la agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor. Siguiendo este sendero analítico, indican **Zaffaroni, Alagia y Slokar** (2008,624) que la agresión será inminente aunque no inmediata *“cuando un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar como tampoco importa el momento en que el agresor decida comenzar a extorsionar, cuando con manifiesta intención se ha provisto subrepticamente de un instrumento inequívocamente idóneo para hacerlo; la existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él”*.

Ahondando en la definición de la agresión inminente, puede señalarse que ésta lo será en la medida que existan indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera frustre las posibilidades de una defensa, por lo cual no es necesaria la existencia de una conducta tentada en los términos del art. 42 de la ley penal sino que basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse. Por lo tanto, una agresión sigue siendo tal mientras la lesión del bien jurídico no se haya consumado totalmente (**Bustos & Hormazábal** 2006, 261-262).

**b) La actualidad o inminencia en la agresión ilegítima como primer escollo para la aplicación de la legítima defensa a los casos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas:** Venimos de precisar que la agresión inicial ilegítima requerida para poder invocar la legítima defensa como causal de justificación de la conducta punible refiere a una conducta humana que genere peligro para el individuo y/o para sus

intereses jurídicos, implicando la ilegitimidad contrariedad con el ordenamiento jurídico y pudiendo afirmarse que esa ilegitimidad conlleva conductas que el individuo no tiene la carga de tolerar (**Roa Avella** 2002,52).

Ocurre que las mujeres maltratadas que matan a sus parejas no suelen beneficiarse de la eximente de la legítima defensa debido, entre otros motivos, a que para la invocación de dicha eximente se les exige que la agresión ilegítima de la cual se defiendan sea actual o inminente -aún cuando ésta exigencia no se encuentra específicamente contenida en la ley penal- (**Larrauri** 2002,6).

Esta imposibilidad de valerse de la causal de justificación prevista en el inciso sexto del artículo 34 del Código Penal se constará especialmente en los eventos no confrontacionales, tales son los casos de la mujer que mata a su maltratador cuando éste duerme luego de amenazarla de muerte (**Roa Avella** 2002,66) o de la la mujer da muerte aprovechando que el hombre está desprevenido, embriagado, de espaldas, volvió a casa después de una pelea, o que se encuentra momentáneamente desarmado.

Ya sea que se interprete que la agresión deba actual o que se interprete que la agresión deba ser inminente, las posibilidades de que la mujer pueda matar a su atacante son prácticamente inasibles tanto en uno como en otro caso. Por un lado, si se interpreta esta exigencia como que el ataque debe estarse produciendo, este extremo 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 (**Larrauri** 2002,6).

Por el otro, si se interpreta como que el ataque debe ser inminente, el tribunal necesitará 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. Sin embargo, la incorporación de los conocimientos específicos previos, colisiona con la jurisprudencia que entiende que las causas de justificación no pueden interpretarse de acuerdo a un juicio individualizado sino respetándose el estándar del hombre medio (**Larrauri** 2002,7).

El indeterminado concepto de hombre medio se transforma así en un valladar erigido en la aplicación de esta causal de justificación en los casos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas hombres en tanto aquél plantea dificultades en la valoración de la realidad vivida por estas mujeres. Profundizando lo expuesto, y en conjunción con las consideraciones teórico-feministas efectuadas en el acápite antecedente, valga anotar que por razones culturales e históricas, las construcciones que se refieren al individuo, al hombre, al ciudadano, han sido identificadas y construidas

desde lo masculino con un referente que no es inclusivo en materia de género. Esto trae consecuencias en el análisis de la ausencia de responsabilidad, derivadas de las elaboraciones marcadamente masculinas que acompañan la satisfacción de los requisitos de figuras como la legítima defensa (**Roa Avella** 2002,62).

La referencia al parámetro objetivo del hombre medio -o incluso de la mujer media- es insuficiente de caras al análisis de las eximentes de responsabilidad en tanto importa desconocer las especiales circunstancias del autor o de la autora que condicionan su particular subjetividad. En esta línea de pensamiento, **Marcela Roa Avella** (2002,62) postula que debe descartarse el parámetro del hombre medio y/o la mujer media cuando hablamos de una mujer sometida a malos tratos constantes que puedan haber afectado su capacidad de reacción, su autoestima, su autopercepción y sus posibilidades de defensa. Se requiere que se valore una mujer situada en ese escenario y con las consecuencias que de ello se derivan. Que ello deba ser así obedece a que *“la mujer víctima de maltrato no es una mujer media, es precisamente una mujer ubicada en un contexto específico, con características especiales derivadas de ese maltrato y que harían desigualitario y discriminatorio que se le exija actuar negando esa realidad que la rodea”*.

Siguiendo esta postura, señala **Joan Williams** (2009,277) que *“para entender por qué una mujer en esta situación de violencia aguda y crónica mató a su agresor, y por qué esperó hasta que él estuviera dormido para hacerlo, una debe entender su experiencia de género, como mujer y como madre. Esto no implica que debemos tener una norma para defensa propia de las mujeres, y otra para la de los hombres”* sino que la doctrina penal tradicional, concebida por hombres e interpretada para encajar en los extremos propios de la vida masculina, debe ser extendida a los extremos propios de la vida femenina (**Angel** 2007,1). Es decir, no se pretende quitarle objetividad a los parámetros de la legítima defensa sino reconocer que en el escenario de la mujer maltratada debe hacerse un examen de sus requisitos bajo una perspectiva situada que pondere y tenga en cuenta que no se trata de una mujer cualquiera -mujer media- sino de una mujer en un contexto específico -mujer víctima de violencia doméstica- (**Roa Avella** 2002,62).

A lo hasta aquí expuesto se suma la consideración de que, en el caso de las mujeres víctimas de violencia constante por parte de sus parejas hombres, la agresión jamás pierde actualidad toda vez que el control de la situación sigue en manos del agresor y la defensa se efectúa en un contexto en el cual la agresión no cesó; ello en el entendimiento de que el suceso -esto es, la agresión masculina desencadenante de la defensa femenina- debe leerse como parte de un proceso histórico donde no existe una cesura precisa entre el comienzo y el fin de la agresión (**Casas** 2014,14).

Desde este prisma analítico, sostiene **Roa Avella** (2002,67): *“Inclusive puede que el peligro permanente no esté dado por manifestaciones verbales ni físicas, el maltratador logra establecer un lenguaje no verbal para mantener intimidada a su víctima y hacerle entender con una mirada, un gesto amenazante o una seña que represente una agresión mortal que en cualquier momento el ataque se producirá. Y en efecto, el ciclo de la violencia permite afirmar que el violento ataque se producirá. ¿No es ello el vivo ejemplo de la permanencia del peligro? Es claro que tal peligro es asimilable a la inminencia”*.

En virtud de estas anotaciones, la inminencia de la agresión ilegítima en los casos de mujeres maltratadas debe determinarse indagando acerca de lo que la persona razonable hubiera hecho estando en la particular situación de la agente, lo cual permitirá que se tome en cuenta, por un lado, todo conocimiento que tenga la mujer que se defiende del carácter pendeñero del agresor así como también de los actos violentos cometidos por éste en el pasado y, por el otro, las características físicas -incluyendo el género- de quien agrede y quien se defiende (**Casas** 2014,15).

Desde este prisma analítico, la **Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza** (23/06/2014) en el marco de la causa caratulada “F. C./ R. E., C. Y. P/ homicidio simple s/ casación” entendió que al examinar la extensión que debe asignarse a la legítima defensa fragmentar la situación que vive la mujer superviviente -entendiendo que su defensa sólo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe- equivaldría a olvidar que ha sido golpeada anteriormente y que volverá a ser golpeada después. *“Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que está sometida la mujer golpeada, obligan a entender que el ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y por esto cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales e incluso por amenazas que sufre de parte del agresor”*.

Profundizando estas ideas, cabe observar que la ya mencionada **Roa Avella** (2002,67) explica: *“Inclusive puede que el peligro permanente no esté dado por manifestaciones verbales ni físicas, el maltratador logra establecer un lenguaje no verbal para mantener intimidada a su víctima y hacerle entender con una mirada, un gesto amenazante o una seña que represente una agresión mortal que en cualquier momento el ataque se producirá. Y en efecto, el ciclo de la violencia permite afirmar que el violento ataque se producirá. ¿No es ello el vivo ejemplo de la permanencia del peligro? Es claro que tal peligro es asimilable a la inminencia”*.

En sintonía con esta postura, sostuvo el **Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis** (28/02/2012) en el marco de la causa caratulada “G., M. L. s/ homicidio simple”: *“Cabe destacar que en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra entrampada en un círculo, donde la agresión siempre es inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza”*. A ello se agrega la crítica formulada al pronunciamiento de su inferior jerárquico en tanto omitió ponderar los celos excesivos del occiso para con la imputada atento los mismos *“...generaban un estado de violencia permanente...”* así como también otros fenómenos característicos de la violencia de género, tales como la negativa a formular denuncias o la ausencia de testigos presenciales derivada de que los episodios violentos suelen ocurrir en el interior del hogar.

Más adelante en el tiempo, de manera similar se pronunció la **Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires** (05/07/2016) en el contexto de las causas caratuladas “L., S. B. s/ recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado” y “L., S. B. s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal” señalando que desde la perspectiva de género la exigencia de que concebir la actualidad de manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer la posibilidad de salir airoso del enfrentamiento. *“En este sentido, no debe entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica”*. A este criterio interpretativo agrega: *“la violencia de género tiene justamente la característica de permanencia puesto que la conducta ilegítima del agresor hacia su víctima, en la situación de convivencia, aparece en todo momento y bajo cualquier circunstancia desencadenante, generando en la víctima temor, preocupación y tensión constantes que la tienen a la espera permanente de una agresión inminente...”*.

**Elena Larrauri** (1994,1) formula tres críticas al razonamiento seguido por los tribunales de Estados Unidos de América y Alemania en oportunidad de juzgar los homicidios perpetrados por mujeres a su parejas. La primera de dichas críticas es que a partir de acreditarse la existencia de maltrato previo desplegado por los hombres sobre sus parejas mujeres, infieren los magistrados la existencia de dolo de matar como indicio que descarta que las mujeres hayan matado en legítima defensa de sus derechos. La segunda de estas críticas es la calificación como homicidio alevoso en consideración del aprovechamiento por parte de la mujer de las circunstancias de embriaguez de su marido

para darle muerte o que éste se encontraba dormido. La tercera de las críticas que le merecen a la autora es la aplicación del eximente de trastorno mental transitorio. Por su conexión con el tema analizado en el presente subapartado, nos detendremos aquí a analizar la segunda de las críticas formuladas por la autora sindicada.

Lejos de ser valoradas las particulares circunstancias de las cuales una mujer maltratada por su marido se debe valer para darle muerte a este último, aquéllas son convertidas en extremos a partir de los cuales construir la agravante de la alevosía. En este sentido, explica la autora de mención que en numerosas sentencias -especialmente alemanas- hubo apreciado que el tribunal aplicó la alevosía por la “forma cautelosa y taimada” en orden a haberse constatado que la mujer aprovechó que su marido estaba embriagado, desprevenido, durmiendo, o de espaldas para darle muerte (Larrauri 1994,1; 2002,8).

Entonces, el razonamiento tradicional sería el siguiente: si la alevosía es ejecutar el hecho aprovechando o buscando la indefensión de la persona, la mujer se aprovecha de la situación en que el marido está indefenso y, en consecuencia, mata alevosamente. Sin embargo, sostiene la autora de mención que la alevosía sólo tiene sentido cuando existe la alternativa entre realizar el hecho o realizar el hecho en forma tal que se asegure su ejecución, de manera que frente a dos formas posibles de matar se opta por la más segura. *“Pero precisamente esta alternativa no está al alcance de la mujer. La mujer que tiene intención de matar a su marido debe normalmente optar entre realizar el hecho con alevosía o no realizarlo”*. Y agrega: *“No se trata de que elige la forma más grave sino que en ocasiones es la única posible”*. No es posible exigirle a la mujer que la agresión sea actual -en el sentido de estar produciéndose- y pretender que acabe con la vida de su marido. Tomando el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo norteamericano, concluye que exigir que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer maltratada a “una muerte a plazos” (Larrauri 1994,2).

No es plausible exigirle a la mujer que la agresión sea actual -en el sentido de estar produciéndose- y pretender que acabe con la vida de su pareja hombre. Tomando el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo norteamericano, concluye que exigir que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer superviviente a “una muerte a plazos”. La inclusión de la perspectiva de género demanda que los tribunales contemplen que en numerosos casos en los que se produce la muerte de la pareja hombre el ataque está meramente interrumpido -por ejemplo, por haber caído al suelo, por encontrarse momentáneamente desarmado, etc.- pero que se continuará a la brevedad. En otros casos -por ejemplo, el marido embriagado, marido que vuelve a casa después de una pelea, marido dormido, etc.- los tribunales debieran considerar que la “actualidad” de la defensa no es un requisito autónomo sino exclusivamente una forma

de precisar la necesidad de la defensa.

Recorriendo este camino de ideas, la **Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires** (05/07/2016) en el marco de las causas arriba citadas afirmó atendiendo a "*...las características particulares de socialización, educación, experiencias personales -inclusivas o no de violencia doméstica- y, muchas veces, contextura física de la mujer, es claro que ésta debe defenderse cuando el hombre se encuentra desprevenido y con sus defensas bajas, a diferencia del hombre que comúnmente no necesita de esta circunstancia para consumir su defensa*".

La inclusión de la perspectiva de género demanda que los tribunales contemplen que en numerosos casos en los que se produce la muerte de la pareja hombre el ataque está meramente interrumpido -por ejemplo, por haber caído al suelo, por encontrarse momentáneamente desarmado, etc.- pero que se continuará a la brevedad. En otros casos -por ejemplo, el marido embriagado, marido que vuelve a casa después de una pelea, marido dormido, etc.- los tribunales debieran considerar que la "actualidad" de la defensa no es un requisito autónomo sino exclusivamente una forma de precisar la necesidad de la defensa (Laurrari 1994,2).

Para terminar de ilustrar irracionalidad de la rígida exigencia del extra-normativo requerimiento de inminencia en la agresión en los casos de homicidios cometidos por mujeres víctimas de violencia familiar, postula **Aileen McColgan** (2014,56-57) el caso hipotético de un rehén de terroristas al cual estos últimos -expresa o tácticamente- le hacen saber a aquél que en los próximos días lo van a lastimar seriamente o lo van a matar. Explica la sindicada autora que en el supuesto del rehén, los tribunales no le exigirían a éste que espere hasta el momento en que sus captores le apunten con un arma de fuego antes de permitirle utilizar la violencia contra los mismos. "*No puede estar completamente seguro que sus captores van a cumplir con la amenaza de muerte, pero tampoco se puede esperar razonablemente que posponga su uso de la fuerza hasta que llegue el tiempo en que él probablemente ya no podrá defenderse dada la superioridad numérica de sus captores o por el hecho de que sus captores están armados y él no. Su único método factible de escape sería aprovecharse de una oportunidad de atacar a sus captores mientras están dormidos o de otra forma vulnerable*". A partir de esta ejemplificación, concluye la autora en estudio que la ausencia de inminencia en la agresión ilegítima no debiera dar pie al descarte de la legítima defensa en aquellos supuestos en los cuales no existiera otra alterativa "real" para quien fuese amenazado de muerte.

Conectando el ejemplo del rehén de los terroristas -al cual no se le exige que espere a que sus captores le coloquen el arma de fuego en la cabeza para darles muerte

cuando estos se encuentren en una posición vulnerable- con el caso de la mujer maltratada que da muerte a su pareja, entiende la autora que -al igual que la persona secuestrada- la mujer maltratada se encuentra envuelta en una situación potencial de amenaza de muerte. Entonces, *“así como una persona secuestrada puede pensar que un desesperado intento de libertad puede resultar en su muerte más que en su libertad, también puede pensar razonablemente la mujer maltratada que cualquier intento de escapar puede terminar en su muerte más que en su libertad”*. Profundizando esta lectura con enfoque de género de la legítima defensa, descarta la búsqueda de ayuda en personal policial o el escape del hogar como adecuadas herramientas alternativas al despliegue de fuerza mortal por parte de la mujer maltratada en tanto aquéllas resultan ser temporales e inidóneas para culminar con la situación de abuso por parte de su pareja.

Si se pretende que esta eximente de responsabilidad recoja la experiencia femenina, cada uno de los extremos requeridos para su aplicación deben ser leídos al trasluz del género. En el caso del requisito de actualidad o inminencia en la agresión ilegítima, un análisis con enfoque de género demandará un doble sendero considerativo. Por un lado, deberá ponderarse que, atento a su particular situación físico-emocional, posiblemente la mujer deba aguardar a que la agresión cese de alguna manera para poder desplegar su defensa, por lo cual no sería plausible hablar de actualidad en la agresión. Esta primera consideración sensible al género permitiría campear las dificultades que se presentan al pretender aplicar esta causal de justificación a los eventos no confrontacionales a la par que demanda descartar que su conducta merezca un mayor reproche por haber aprovechado la momentánea indefensión de su agresor. Por otro lado, una lectura trasgresora de la tradicional mirada masculina exige analizar la inminencia en la agresión desde la particular óptica de la mujer inserta en un contexto de violencia de doméstica, derivándose de ello la consideración de sus conocimientos en orden al maltrato por ella sufrido así como también la reflexión en punto a que el peligro de ser agredida por su pareja se encuentra siempre latente en la conciencia de la mujer, de manera que la agresión sería en todo momento inminente.

**2.3) La necesidad racional del medio empleado en la defensa para la aplicación de la legítima defensa. La limitación de la legítima defensa en las relaciones conyugales:** Continuando idéntica lógica de análisis que la seguida en el subapartado precedente, en aras de asegurarnos el cabal entendimiento de la eximente de responsabilidad en estudio, en un primer tramo corresponderá que, desde un plano tradicionalista, detallemos algunas exigencias de la necesidad racional del medio empleado en la defensa como requisito para la aplicación la eximente de responsabilidad prevista en el artículo 34 inciso 6° del Código Penal, haciendo especial hincapié en la tradicional restricción a la aplicación de esta causal de justificación a los casos en los

que existe una relación de proximidad entre agresor y agredido. Para un mejor orden expositivo, en un segundo tramo nos daremos a la tarea de analizar a este requisito como segundo escollo que, desde una óptica no inclusiva del género, obtura la aplicación de la legítima de defensa a los casos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas.

**a) Algunas precisiones desde un enfoque tradicional sobre la necesidad racional del medio empleado en la defensa:** Primeramente, valga anotar que **Bustos y Hormazábal** (2006,266) sostienen que si bien la jurisprudencia ha sabido identificar el término "racionalidad" con el de "proporcionalidad", lo cierto es que dichos términos no se identifican el uno con el otro. El segundo de estos términos, refiere a la jerarquización absoluta y clara de los bienes jurídicos y, por ende, con las afecciones objetivas que pueden recaer sobre ellos -los bienes jurídicos más importantes protegidos con penas más graves-. Si bien éste puede ser determinado en forma abstracta, objetiva y general, no ocurre lo mismo con el primero de los términos, ello por cuanto éste dependerá de la situación concreta así como también de las circunstancias particulares de la persona y sus derechos. De esta manera, la racionalidad del medio empleado en la defensa deberá ser apreciada ex ante; esto es, conforme a la situación personal y circunstancias en que se encontraba el defensor al momento de defenderse. En virtud de esta apreciación, concluyen que "*...se trata de un concepto necesariamente abierto y que tendrá que ser cerrado por el juez en el momento de la apreciación de los hechos*".

Más sencillamente aún, que la racionalidad de la defensa deba valorarse ex ante - y no ex post- quiere significar que deberá valorarse desde el punto de vista desde el sujeto que se defiende y, en concreto, en el momento en que éste se defiende. No obstante ello, la medida de la racionalidad debe determinarse según el juicio de un tercer observador objetivo (**Roxin** 1992,631).

Observan **Zaffaroni, Alagia y Slokar** (2008,616) que de ser posible reconocer ex ante la innecesariedad de la defensa y ésta no hubiese sido reconocida por un yerro provocado por la perturbación del ánimo producto de la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad. Para el caso de que la perturbación hubiese sido producto de un estado mental transitorio, se tratará de una causal de inculpabilidad -inimputabilidad-.

Con una mirada más laxa, postulan **Zaffaroni, Alagia y Slokar** (2008,615) que la identificación entre racionalidad y proporcionalidad es parcialmente correcta, ello en la medida de que sea entendida como que no falte proporcionalidad de manera aberrante. Según los autores de mención, el ordenamiento jurídico-penal no exige equiparación ni proporcionalidad de instrumentos sino ausencia de desproporción aberrante entre la conducta lesiva y la conducta defensiva -precisamente, en sus respectivas lesividades-.

Para ilustrar la inexistencia de aberrante desproporción entre las conductas lesiva y defensiva, indican que no será irracional la defensa de quien siendo atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, aún cuando objetivamente un revólver sea más dañoso que un cuchillo, y que tampoco será irracional la defensa de quien emplea un arma blanca o de fuego frente a quien agrede con golpes de puño cuando la superioridad física del agresor le impida detenerlo con igual medio. Por el contrario, será irracional la conducta de quien responde con ametralladora cuando se encuentra en condiciones de repeler la agresión a puñetazos, en tanto los golpes se pueden repeler de la misma manera, y también lo será la de quien propina un golpe que fractura varios huesos para repeler los golpes inciertos de un borracho, en la medida que será suficiente con darle un empujón al atacante borracho. Estas ejemplificaciones les permiten a los autores referenciados explicar que *“para ser legítima, la defensa requiere ante todo ser necesaria, y no lo es cuando el sujeto dispone de otra conducta, menos lesiva o inocua, y le es exigible la realización de la misma en lugar de la conducta en cuestión”*.

**Claus Roxin** (1992,628-629) hubo dicho que *“necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño”*. En un primer orden, para clarificar qué entiende por defensa idónea, arguye un ejemplo no amparado por la legítima defensa como lo es el del sujeto agredido físicamente que se venga rajando los neumáticos del automóvil de su agresor. En un segundo orden, afirma que el sujeto debe elegir el medio defensivo más benigno posible, sosteniendo que quien pueda repeler a su agresor con golpes de puño o patadas, no puede echar mano a un revólver. Avanzando en esta última idea, explica que el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo, a partir de lo cual sigue que no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas.

Ahondando en este aspecto, vale observar que **Günter Jakobs** (1997,473) hubo sostenido que *“el defensor sólo está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comporta la pérdida mínima para agresor. La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas de resultado y de los medios defensivos disponibles, en cuyo empleo la defensa necesaria puede ser distinta a igualdad de agresión por los demás”*. Sin embargo, el autor de mención explica, por un lado, que no existe obligación de comenzar antes para tratar mejor al agresor con un medio más leve -por ejemplo, no hay obligación de cerrar la puerta con llave si igualmente con ello no se va a frustrar el ataque- y, por el otro, que tampoco está obligado a elegir, de entre varios medios, el más leve cuando éste supone un costo mayor.

No obstante ello, la doctrina penal tradicional ha sabido ser aún más cautelosa en la aplicación de la legítima defensa cuando entre agresor y agredido existe una relación de proximidad en el entendimiento de que de dicha relación emanan ciertos deberes especiales que exigen que el agredido adopte en su defensa el medio menos lesivo para con su agresor aunque el dicho medio menos lesivo no le asegure cabalmente su defensa.

En este sentido, sostiene **Enrique Bacigalupo** (1987,230) que el derecho de defensa necesaria se excluye en los supuestos de estrechas relaciones personales - entre ellas, las relaciones paterno filiales y las de pareja-, por lo cual en tales supuestos deberá recurrirse "*...al medio más suave, aunque sea inseguro*". Entiende **Günter Jakobs** (1997,488-489) que ello obedece a que "*en estas relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada frente a la obligación de cualquiera*".

Apartándose de esta ceñida mirada, aunque ello no signifique incorporar la perspectiva de género en la interpretación de la legítima defensa, explica **Claus Roxin** (1992,651-652) que el deber de consideración que emana de las relaciones de garantía subsiste mientras subsista una relación de solidaridad entre los sujetos implicados. Indica que, ante una discusión entre cónyuges, "*el agredido no puede sin más matar o lesionar gravemente a su pareja, aunque sólo de ese modo pueda evitar con seguridad el golpe, sino que tiene que esquivar o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir él mismo daños leves*".

Sin embargo, anota dos supuestos en los que el deber de consideración en función del cual debe optarse por el medio más benigno se extingue en dos casos: "*En primer lugar, nadie tiene por qué correr el riesgo de sufrir lesiones graves, y a estos efectos entiendo por tales las que precisen tratamiento médico. Por tanto una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc.*". En relación a este primer supuesto en el cual la mujer excepcionalmente podría prescindir del medio más benigno para su defensa, cabe apuntar que éste conlleva imaginar una serie de lesiones de una entidad menos significativa que la mujer tendría el deber de soportar por el hecho de serle infligidas por el hombre con quien tiene una relación de pareja.

Como segundo supuesto excepcional plantea que "*...ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo ya hace tiempo se ha desligado; por eso puede defenderse con un arma de fuego y no está*

*obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse*". No puede soslayarse que el autor indica que la mujer víctima podría prescindir del medio menos lesivo para su defensa para el caso de ser sometida a golpizas habituales que responderían a motivos de escasa significancia. Esto merece cuestionarle al autor la existencia de motivos significantes para que el hombre golpee a la mujer y, a su vez, si en ese caso, ésta no podría valerse del medio menos lesivo. Además, vale observar que el análisis del autor importa circunscribir el maltrato a agresiones físicas excluyendo sus manifestaciones de índole psicológica, sexual y económica.

Explican **Maurach y Zipf** (1994,451-452) que si bien parte de la doctrina y la jurisprudencia alemanas han asumido que ante una discusión entre cónyuges no debe recurrirse a un medio defensivo mortal aún cuando sea insegura la elección de otro medio menos gravoso, la obligación de solidaridad frente al agresor sólo será aplicada en aquellas disputas en las cuales exista certeza de que no se producirán lesiones serias. Así pues, en las restantes situaciones -entre las que destacan los casos de "violencia en el matrimonio"- deben aplicarse los principios generales de la necesidad de la acción defensiva.

Sintetizando brevemente lo hasta aquí expuesto, parte de la dogmática penal tradicional afirma que en el marco de las relaciones de garantía como lo son las relaciones de pareja existen limitaciones para invocar la legítima defensa en la medida que cuando uno de los miembros de la pareja sea agredido a manos del otro está obligado aquél a escoger el medio defensivo que aparezca como el menos lesivo, aunque éste no resulte absolutamente eficaz e inclusive implicando la exposición del agredido a ser lesionado en sus bienes jurídicos. Un sector doctrinario, aunque también carente de perspectiva de género, apunta que el deber de especial consideración derivado de esta suerte de posición de garante se mantiene siempre y cuando no se rompa como consecuencia de maltrato físico constante.

**b) La necesidad racional del medio empleado en la defensa como segundo escollo para la aplicación de la legítima defensa a los casos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas:** Las consideraciones teóricas gestadas desde una óptica insensible al género estimamos pueden ser traducidas en las ideas de "sentido común" referidas a que si el maltrato que la mujer recibe en el ámbito doméstico fuese real, ésta huiría del hogar; que la mujer permanece en el hogar común porque es una vaga "mantenida" y abandonar a su agresor le significará trabajar; o incluso que a la mujer le agrada que la golpeen toda vez que, de no ser así, no permanecería en el hogar.

Si continuamos este sendero de ideas insensibles al género y las hacemos descender directamente a la situación de la mujer inserta en un contexto de violencia

doméstica que da muerte a su pareja, se sostendrá que aquélla disponía de mecanismos menos lesivos para terminar con la situación de violencia. Puede pensarse en que, desde esta postura insensible al género, se le exija a la mujer víctima haber activado dispositivos de prevención específicamente diseñados para atender a casos como el de ella -por ejemplo: que denuncie maltrato en las comisarías específicas, que active el llamado "botón antipánico", que recurra a organizaciones gubernamentales y/o no gubernamentales en busca de asesoramiento jurídico gratuito-, haber convocado a personal policial para que la auxilie frente a la agresión, haber buscado ayuda en su red de contención, etcétera.

Poniendo en crisis la idea del deber especial de solidaridad emanado de la relación de pareja que obligaría a la mujer a recurrir a medios menos lesivos para defenderse, **Cecilia Hopp** observa que *“quienes sostienen que la legítima defensa se encuentra fuertemente limitada en casos de violencia intrafamiliar afirman, en definitiva, que o bien los lazos familiares deben ser conservados por encima de la integridad física o la vida de la persona que es agredida, o bien que la integridad física o la vida del agresor resulta más importante que la de su víctima [Sin embargo] La regla resulta especialmente injusta porque apoya la idea de subordinación y desvaloración de las mujeres, ya que, como es sabido, las víctimas en los casos de violencia intrafamiliar son, casi siempre, mujeres. Así, se impone un doble estándar en el que las únicas vinculadas a todo trance a las reglas del amor conyugal son las mujeres, mientras que los agresores, los primeros en traicionar el vínculo amoroso, permanecen protegidos por el requisito extra legal de utilizar el medio de defensa más suave o la imposición de retirarse del hogar para evadir el ataque”*.

Se ha advertido en las decisiones de órganos jurisdiccionales españoles y alemanes que la exigencia derivada del vínculo de solidaridad existente consistente en que se utilice el mecanismo más benigno -o menos lesivo- para la defensa, en el caso de la mujer maltratada implica que acuda a otras posibles herramientas con anterioridad al despliegue de la defensa. Ilustra **Marcela Roa Avella** (2012,64-65) diciendo que las sentencias extranjeras afirman que a la mujer le asiste la posibilidad de abandonar el hogar, denunciar o pedir ayuda a la policía y, peor aún, que se interpretan los antecedentes de maltrato en contra de la mujer en el entendimiento de que, habiendo sufrido anteriores episodios de maltrato, aquélla podía conocer que el episodio que desencadenó su defensa tampoco sería mortal.

Si empezamos a mirar esta exigencia legal al trasluz del género, debemos observar que en aquel caso de la mujer habitualmente violentada -física, sexual, psicológica, económica y/o simbólicamente- en el contexto doméstico, el vínculo de solidaridad que motiva el especial deber de consideración desaparece y, por ende, tal

deber también desaparece. En este sentido, sostiene la ya citada **Roa Avella** (2012,64) que *"aquel que ha agredido permanentemente a su pareja ha roto con tal conducta los lazos de solidaridad, y en consecuencia no puede exigirse a la mujer que ha sido víctima de constante maltrato que en el momento de enfrentarse a un peligro o lesión deba moderar la escogencia de los medios o de su acción defensiva so pretexto de unos lazos que evidentemente han desaparecido"*.

Tal como venimos de anotar, en los casos de mujeres maltratadas que dan muerte a sus parejas, los órganos jurisdiccionales extranjeros traducen la exigencia de optar por el mecanismo menos lesivo en acudir antes de defenderse a otras herramientas posibles, como ser la formulación de la correspondiente denuncia (**Roa Avella** 2012,65). Más llanamente, los tribunales suelen manifestarse reacios a considerar penalmente justificada la conducta de la mujer que, inmersa en un cuadro de violencia de género, da muerte a su pareja en el entendimiento de que aquella disponía de "otros medios" para poner fin a la situación de maltrato; es decir, que tenía a su alcance mecanismos alternativos al uso de fuerza mortal.

Advierte **Elena Larrauri** (2002,7) que no puede aseverarse en abstracto que la mujer disponía de "otros medios" sino que una afirmación del estilo exige un análisis del caso concreto, estudiando cuáles medios se encontraban al alcance de la mujer y evaluando si tales medios a su disposición eran adecuados y le eran exigibles. Continuando esta línea de pensamiento, sostiene la autora de mención que el requerimiento de exigencias legales pensadas para contextos masculinos conlleva que la legítima defensa sea apenas discutida como causa de eximente de responsabilidad penal en los supuestos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas.

Siguiendo este sendero de ideas, la **Segunda de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza** (23/06/2014) en el contexto de la ya citada causa caratulada "F. C./ R. E., C. Y. P/ homicidio simple s/ casación" consideró *"...que la afirmación de que "existían otros medios disponibles parece realizarse en el reino de lo ideal, que "el medio menos lesivo no está a disposición de las mujeres" y que para defenderse "debe obligatoriamente utilizar un medio de mayor intensidad que el del hombre". Que "en síntesis, repetir mecánicamente que existen otros medios y, simultáneamente, reconocer que no están disponibles, o que ha probado no ser eficaces, o que no son exigibles, implica admitir que en la práctica éstos no existen"*.

Continuando este análisis, la **Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires** (05/07/2016) en el marco de las caratuladas "L., S. B. s/ recurso de casación interpuesto por Particular Damnificado" y "L., S. B. s/ recurso de casación interpuesto por Agente Fiscal" también estimó que, en el caso concreto, los

medios menos lesivos sugeridos por los acusadores -denunciar, huir con su hija, separarse- únicamente serían realizables en un plano ideal en tanto el plano real plasmado en las estadísticas existentes refleja lo contrario -esto es, la imposibilidad objetiva y subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica- a la par que contradice el contenido de la normativa internacional específica en materia de género. *“Por todo lo expuesto, no resulta idóneo impedir o repeler una agresión en circunstancias de violencia doméstica utilizando medidas disuasivas y advertencias, pues éstas podrían provocar reacciones aun más violentas; por lo tanto, el medio más idóneo será el medio más seguro, que es muchas veces el más grave o duro”.*

Una construcción de la dogmática penal no contemplativa de la experiencia femenina trae aparejada la figuración de la justificación de la conducta homicida para aquellos casos en los cuales un hombre se defiende de otro hombre que lo agrede en un espacio público. Tomando las ideas de **Aileen McColgan** (2014), podemos valernos del paradigmático ejemplo de la discusión entre dos extraños en un bar que amenaza con escalar hacia violencia física. Este tradicional supuesto admite esperar razonablemente que el agredido se aleje o huya del lugar -el bar-. Pero entendemos que este pensamiento no puede replicarse automáticamente cuando es una mujer la que se defiende de un hombre en el ámbito doméstico. Esperar que la agredida huya del lugar equivale a exigirle que abandone su hogar y, eventualmente, que deje a sus hijos/as con el agresor. Pensamos que otra posibilidad sería pedirle que lleve a sus hijos/as con ella, mermando sus posibilidades de encontrar hospedaje pero también forzándola a lidiar con la idea ser responsable directa de modificar drásticamente la vida del grupo familiar y, en especial, la de sus hijos/as.

En este particular contexto, sostiene **McColgan** (2014) que *“la falta de prestaciones sociales adecuadas y viviendas a bajo precio y la extendida percepción de la policía como hostil o al menos apática a lidiar con los asuntos “domésticos”, junto con un a veces bien fundado miedo a una represalia, disuaden a las mujeres de dejar a sus abusadores”.* Agrega la autora sindicada: *“Incluso sin navegar las turbias aguas del llamado “síndrome de la mujer maltratada” está claro que visto desde la perspectiva de la mujer, el uso de la fuerza sería la única manera de escapar a un espiral ascendiente de violencia el que, según ella, acabará con su muerte”.*

Pretendiendo explicar por qué la mujer víctima de violencia doméstica no suele abandonar su hogar, se ha evidenciado la incidencia de la dependencia económica y/o emocional, el miedo, la depresión, la falta de autoestima y la creencia en las promesas de cambio por parte de su pareja. A mayor ahondamiento, la psicología ha sabido decir que la inacción de la mujer respondería al padecimiento del "síndrome de indefensión aprendida" que produciría que aquélla pierda la capacidad de tener el control sobre su

propia vida así como también la capacidad de defenderse y, en consecuencia, no pueda detener las agresiones. Desde esta perspectiva, se explica que *"la mujer permanece en la relación no porque le guste, o porque en realidad no tema por su vida; no se va porque no cuenta con los recursos o la fuerza para hacerlo"* (Di Corletto 2006.6-7).

Poniendo el acento en el temor de la mujer a una represalia como consecuencia de haber tentado finalizar la relación de pareja, cabe destacar que **Julieta Di Corletto** (2006,7) mantiene que *"los estudios dan cuenta de que las agresiones más feroces se dan en el momento en que la mujer intenta irse"*. Indica que la mujer que abandona a su marido se enfrenta a un riesgo mayor de ser lesionada o asesinada, ello por cuanto la pretensión de independencia de la mujer y, más específicamente, el acto de separación, exacerban la violencia masculina. Agrega la autora que *"el momento de la separación es reconocido como el período más peligroso en una relación de maltrato y se estipula que puede durar hasta dos años después de terminado el vínculo"*.

En esta dirección, se desprende de los votos individuales de **Highton de Nolasco** y **Argibay** (01/11/2011) en el marco de la causa "L., M. C. s/ homicidio simple" que lejos se encuentra la mujer maltratada de decidir libremente permanecer en la misma vivienda que su agresor. Más concretamente, las Magistradas pusieron en crisis el argumento de su inferior jerárquico consistente en desechar la legítima defensa en función de "libremente" haber permanecido en el domicilio común de la pareja, advirtiendo que tal tesis se daba de bruces contra la normativa específica nacional e internacional en materia de género.

En este trabajo se apuntó que el fundamento de la justificación de la conducta por actuar en defensa legítima de los derechos propios o incluso de un tercero reposa en el derecho que tiene el ciudadano a ejercer coerción directa cuando, en el caso concreto, el Estado no se la pueda propocionar con similar eficacia (**Zaffaroni- Alagia- Slokar** 2008,612). Si esta fundamentación la traspolamos a la problemática de género, en la que los datos estadísticos existentes reflejarían un aumento de las muertes de mujeres por violencia machista -femicidios/feminicidios-, estimamos correspondería ponderar que la mujer maltratada despliega la conducta defensiva en el contexto de un Estado que se manifiesta altamente incapaz de desarrollar herramientas adecuadas para la efectiva protección de las víctimas de violencia de género -específicamente, en su modalidad de violencia doméstica-<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> En este sentido, la **Asociación Civil La Casa del Encuentro** informa que entre los años 2.008 y 2.016 se registraron dos mil trescientos ochenta y cuatro (2.384) femicidios en nuestro país. Se observa que desde el año 2.008 hasta el año 2.011, los números ascienden considerablemente. Específicamente, en el año 2.008 se registraron doscientos ocho (208) femicidios y once (11) femicidios vinculados; el año siguiente asciende a la cantidad de doscientos treinta y un (231) femicidios más dieciséis (16) femicidios vinculados; en el año 2.010, fueron doscientos sesenta femicidios sumados a quince (15) femicidios vinculados; y en el año 2.011 se

Siguiendo esta construcción sensible al género, postula **Marcela Roa Avella** (2012,63) que la racionalidad debe aplicarse no de caras a proteger la insuficiencia e ineficacia del sistema, sino para constituir verdaderamente una limitante que responda a la realidad social. La racionalidad debe ser medida en función de la situación real de aquel que actúa en virtud de la causal de justificación y, más concretamente, dicha racionalidad debe medirse en función de lo exigible a la mujer maltratada. Desde esta perspectiva, al medirse la racionalidad del medio empleado en la defensa debe recogerse la experiencia de la mujer víctima de violencia doméstica y, para ello, será necesario meritar *"...el drama que vive diariamente al lado del tirano de la casa, su desventaja natural física y psicológica para enfrentarse a él y sus minadas capacidades como resultado de la feroz violencia que influye en los medios, momentos y escenarios en los que puede defenderse"*.

Adoptando la inteligencia de que la necesidad racional del medio empleado debe medirse desde la particular óptica de la mujer inmersa en un contexto de violencia doméstica, deberá pensarse en que las capacidades de quien se defiende deben de ser ponderadas al analizar la herramienta elegida por la mujer para dar muerte a su pareja. En este mismo sentido, expone **Julieta Di Corletto** (2006,7): *"a fin de evaluar si el uso de un arma por parte de una mujer golpeada constituye una legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al tamaño y a la fuerza y a la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres"*. De esta manera, se advierte que en el caso de la mujer que se defiende armada de un hombre desarmado deberá contemplarse la superioridad física del hombre al analizar la racionalidad del medio empleado en la defensa.

**2.4) El elemento subjetivo de la legítima defensa: la intención defensiva por oposición a la intención vengativa:** Siguiendo idéntica lógica expositiva que la otorgada a los subapartados precedentes, en un primer orden, habremos de formular algunas apreciaciones desde la óptica penal tradicional en punto al elemento subjetivo requerido para invocar la eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 34 inciso 6° del Código fonal para luego, en un segundo orden, dedicarnos a analizar dicho

---

registraron doscientos ochenta y dos casos de muertes violentas de mujeres en contexto de violencia de género en adición a veintinueve casos de femicidios vinculados. En el año 2012 se visualiza un descenso en la cantidad de femicidios cometidos, constatándose un total de doscientos cincuenta y cinco (255) a los que se adicionan veinticuatro femicidios vinculados, pero al año siguiente se observa el número más alto del período analizado con un total de doscientos noventa y cinco (295) femicidios más treinta y nueve femicidios vinculados. En el año 2014 se registra un descenso en la cantidad de asesinatos de mujeres al registrarse doscientos setenta y siete (277) femicidios en adición a veintinueve femicidios vinculados empero los números ascienden nuevamente los próximos dos años: en el año 2015, doscientos ochenta y seis (286) femicidios más cuarenta y dos (42) casos de femicidios vinculados; y en el año 2016, doscientos noventa (290) femicidios más nuevamente cuarenta y dos (42) femicidios vinculados.

elemento como tercer escollo erigido para la aplicación de la legítima defensa desde una posición insensible al género.

**a) Algunas precisiones desde un enfoque tradicional del elemento subjetivo requerido para la aplicación de la legítima defensa:** Todas las causas de justificación se caracterizan por conceder un derecho y por exigir para su aplicación presupuestos objetivos y presupuestos subjetivos, lo que implica que el agente conozca que su conducta se encuentra justificada (**Maurach** 1994,430-434). Más específicamente, cuando de legítima defensa se habla, corresponde discernir si la ley exige que quien objetivamente se defiende, actúe subjetivamente motivado por una voluntad defensiva (**Duloup** 1995,261).

Ahondando más profundamente en esta exigencia para la aplicabilidad de la legítima defensa, cabe destacar que **Bustos y Hormazábal** (2006,268-269) requieren de la consideración de dos aspectos diferenciados. Por un lado, requieren que exista conocimiento de la agresión o situación de defensa, explicando que quien acomete a otro si darse cuenta de que está protegiendo un bien jurídico, no actúa en legítima defensa. Por el otro, requieren que exista intención de defensa del defensor en el entendimiento de que, en función de que la legítima defensa se justifica por la protección de la persona y el mantenimiento del orden jurídico, interesa que haya voluntad de salvaguardar la persona -o sus derechos- y el mantenimiento del orden jurídico. Añaden los autores de mención: *“El que actúa en defensa actúa, sin duda, dolosamente”*.

**b) El elemento subjetivo como tercer escollo para la aplicación de la legítima defensa a los casos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas:** El elemento subjetivo requerido para la aplicación de la legítima defensa, es decir, la constatación de que el agente tenía la intención de defenderse, ha dificultado eximir de responsabilidad penal a las mujeres maltratadas que matan a sus parejas, especialmente, en eventos no confrontacionales. En este sentido, apunta **Marcela Roa Avella** (2012,67) que el aprovechamiento de la mujer de períodos en los que el matador está dormido o ha bajado la guardia, ha sido interpretado como alevoso o vengativo, derivándose de ello el descarte de que la mujer tuviera la intención de defenderse y, en consecuencia, el descarte de la aplicación de la legítima defensa.

Cabe recordar que **Elena Larrauri** (1994,1) formula tres críticas al razonamiento seguido por los tribunales estadounidenses y alemanes al momento de juzgar los casos de mujeres maltratadas que dan muerte a sus parejas alegando hacerlo en defensa legítima de sus derechos. La primera de dichas críticas se refería, precisamente, a descartar el dolo de lesión al inferir el dolor de matar a partir del arma

empleada por la mujer para dar muerte a su maltratador, generalmente cuando el hombre había bajado la guardia o se encontraba de algún modo desprevenido.

Pues bien, corresponderá en este subapartado puntualizar que la autora mencionada señala que en todas las sentencias que hubo consultado en las cuales una mujer ataca a su marido se afirma que existe ánimo de matar, exceptuándose una única en la cual ello no ocurría. Más específicamente, refiere que las sentencias por ella estudiadas repiten mecánicamente que “el cuchillo de grandes proporciones utilizado” no deja lugar a dudas de que la intención de la mujer era causar la muerte a su pareja.

Poniendo en crisis el razonamiento tradicional apuntado, la autora bajo estudio señala que si bien habitualmente se acostumbra inferir el dolo homicida, fundamentalmente, a partir del arma empleada por el agente y la zona del cuerpo de la víctima afectada, éste razonamiento adecuado cuando se analiza una pelea entre hombres, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta a un hombre es una mujer. Siguiendo esta línea crítica, propone que en el segundo de los supuestos anotados, debiera ponderarse que, aún cuando quisiera lesionar, la mujer debe utilizar un arma de grandes proporciones puesto que, no obstante para el hombre existe la alternativa de “golpear con las manos” o “matar con un arma”, esta opción no existe cuando una mujer se enfrenta a un hombre.

Asimismo, advierte **Larrauri** (1994) en las sentencias extranjeras por ella analizadas que el dolo homicida, en desmedro del dolo lesivo, es inferido también a partir de las malas relaciones conyugales, las frecuentes discusiones y/o las múltiples palizas sufridas por la mujer. De esta manera, se corrobora que el historial de maltrato en la esfera doméstica juega de forma distinta para el hombre que para la mujer, ello por cuanto si el hombre golpeó a la mujer durante año y finalmente la mata, las palizas anteriores sirven como prueba de que tampoco en esta ocasión la quería matar sino que “se le fue la mano”. Sin embargo, el maltrato continuado produce el efecto opuesto cuando se juzga la conducta de la mujer toda vez que, en ese caso, se afirma “...*que cuando reacciona no busca sólo la lesión sino la muerte, no sólo la defensa sino la venganza*”.

Retomando las argumentaciones formuladas en los apartados precedentes, cabe estimar que la evaluación de la intencionalidad defensiva de la agente también debe hacerse con perspectiva de género derivándose de ello la consideración de la particular situación de la mujer inserta en un contexto de maltrato doméstico. En este sentido, señala **Marcela Roa Avella** (2012,67): “*El elemento subjetivo de la causal también debe responder a la realidad de la mujer víctima de maltrato, enfocándose su exigencia a la intención de hacer prevalecer su derecho a una vida sin violencia, más allá de la*

*intención específica de defenderse del maltratador”.*

Si bien el aprovechamiento de que el sujeto pasivo se encuentra con su guardia baja, o la utilización de arma frente a una víctima desarmada, o la afectación de una zona corporal vital pueden ser extremos fácticos indicativos de ánimo de matar cuando el sujeto activo es varón y ataca a una mujer o, incluso, a otro varón; entendemos que tal inferencia no puede ser automática cuando el sujeto activo es mujer y ataca a un varón, ello en virtud de las dísimiles características psicofísicas de los agentes imbricados. Más gráficamente, se avizora poco probable que una mujer mate a un hombre con golpes de puño puesto que, en virtud de sus naturales capacidades físicas, este último con seguridad podrá vencer los ataques de aquélla. Si a lo expuesto se adiciona la consideración de que las mujeres no son socializadas para ser violentas, resulta prácticamente inconcebible imaginar a una mujer matando a un varón de otra manera que no sea aprovechando que éste está de alguna manera desprevenido -por ejemplo, por haber caído al suelo o encontrarse momentáneamente desarmado- o valiéndose de arma de fuego para poner fin a la situación de violencia de género. Finalmente, entendemos que también en el aspecto subjetivo de la legítima defensa deberá meritarse especialmente la particular situación de una mujer inserta en un contexto de violencia de género en el ámbito doméstico, lo cual seguramente conllevará la valoración de una subjetividad mellada por dicha situación.

### **Consideraciones finales**

La conformación de una sociedad plenamente igualitaria demanda la consideración de las características, necesidades y experiencias femeninas en cada una de las prácticas de las cuales históricamente -al tomarse las características, necesidades y experiencias masculinas como patrón objetivo- aquéllas han sido invisibilizadas. Si se pretende conformar una sociedad verdaderamente igualitaria, huérfana de violencias y/o discriminaciones de género, deviene impostergable la incorporación de la “otra” mitad de la población a prácticas, saberes y conocimientos de los cuales a aquélla se viene excluyendo. Estas consideraciones deben trasvasarse directamente al campo jurídico-penal a fin de consolidar una disciplina francamente objetiva, neutral y universalmente válida en términos genéricos propendiendo así a la conformación de la tan anhelada sociedad igualitaria.

En este trabajo se evidenció que la legítima defensa es un instituto penal pensado desde la particular óptica del género dominante y, en consecuencia, de dificultosa aplicación cuando quien lo invoca pertenece al género no dominante. Así pues, la aplicación igualitaria de esta eximente de responsabilidad penal demanda que tanto las características como las necesidades y las experiencias de las mujeres sean ponderadas

al interpretarse el instituto en cuestión empero reconocemos que ello imbricará emprender la ardua tarea de romper su tradicional interpretación. Más específicamente, se avizoró que, situándonos en la postura tradicionalmente asumida por doctrina y jurisprudencia, tres podrían ser los obstáculos interpretativos que obturarían la aplicación de la legítima defensa a los casos de mujeres que, en un contexto de violencia doméstica, matan a sus parejas hombres. Sin embargo, se demostró que la incorporación de la perspectiva de género permitiría campear tales obstáculos permitiendo eximir de responsabilidad penal a las mujeres supervivientes.

## **Bibliografía**

Angel, M. (2007). Why Judy Norman acted in reasonable self-defense: an abused woman and a sleeping man. [http://works.bepres.com/marina\\_angel/1](http://works.bepres.com/marina_angel/1) (acceso: 26 de enero de 2017).

Asociación Civil La Casa del Encuentro. Femicidios. <https://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html> (acceso: 24/10/17).

Ávila Santamaría, R. (2009). "Crítica al Derecho y a la Facultad de Jurisprudencia desde el Género" en El género en el derecho. Ensayos críticos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Bacigalupo, E. (1987). Derecho Penal. Parte general. Buenos Aires: Hammurabi. nos Aires, Argentina.

Bustos Ramírez, J. B. et al. (2006). Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Madrid: Trotta.

Casas, L. J. (2014). Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa. A propósito del fallo "XXX s/ homicidio agravado por el vinculo" de la Corte Suprema de Tucumán. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38993.pdf> (acceso 18 de mayo de 2017)

Costa, M. (2016). Feminismos jurídicos. Buenos Aires: Didot.

Duloup, O. A. (1995). Teoría del delito. Buenos Aires: Hammurabi.

Facio, A. (2009). "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal" en El género en el derecho. Ensayos críticos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos

Humanos.

Hopp, C. Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias. Recuperado en fecha 25/06/2018 del sitio web [http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/genero\\_ninez/Documentos\\_de\\_trabajo/comentario\\_al\\_fallo\\_leiva.pdf](http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/comentario_al_fallo_leiva.pdf)

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons.

Larrauri, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. [http://www.academia.edu/25683809/Violencia\\_Dom%C3%A9stica\\_y\\_leg%C3%ADtima\\_defensa\\_una\\_aplicaci%C3%B3n\\_masculina\\_del\\_derecho\\_penal](http://www.academia.edu/25683809/Violencia_Dom%C3%A9stica_y_leg%C3%ADtima_defensa_una_aplicaci%C3%B3n_masculina_del_derecho_penal) (acceso 18 de mayo de 2017).

Larrauri, E. (2002). Género y derecho penal. <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/5generoyderechopenal11.elelarrauri.pdf> (acceso 18 de mayo de 2017).

Maurach, R. et al. (1994). Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.

McColgan, A. (1992). "En defensa de la mujer maltratada que mata/asesina" en Revista Argentina de Teoría Jurídica (5, agosto 2014).

Pizani Orsini, M. (2009). "Presentación" en El género en el derecho. Ensayos críticos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Roa Avella, M. (2012). "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante" en Nova et Vetera. Revista de derechos humanos (21, 65). <http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/Cuerpo.pdf#page=49> (acceso 27 de julio de 2017).

Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte general. Madrid: Civitas.

Smart, C. (1992). "La teoría feminista y el discurso jurídico". Traducción de Marta Castillo. Recuperado el 18/05/2017 del sitio web <https://es.scribd.com/document/167929338/La-Teoria-Feminista-y-Discurso-Juridico-Carol-Smart>.

Olsen, F. (2009). "El sexo del derecho" en El género en el derecho. Ensayos críticos,

Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Williams, J. (2009). "Igualdad sin discriminación" en El género en el derecho. Ensayos críticos, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Zaffaroni, E. R. et al. (2008). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Ediar.