

El fundamento de la legítima defensa en contexto de violencia de género

Por Ivana Dal Bianco

En estos días y a raíz de lo que los medios titulan “el caso de las 185 puñaladas” ha surgido un debate en relación a cómo se justifica la legítima defensa en casos que suceden en contextos de violencia de género.

Estas situaciones no son nuevas, aunque sí excepcionales ya que las que mayormente mueren a manos de sus parejas violentas son las mujeres, y muy pocas -en comparación con el número trágico de femicidios-, logran defender su vida a costa de la vida de su agresor.

La violencia de género es considerada un problema social con gran preocupación por los Estados, entendiéndola como una violación a los derechos humanos de las mujeres, porque las limita en el ejercicio de sus derechos elementales como el derecho a la libertad, a la integridad física, sexual y a la vida. La violencia contra las mujeres se reconoció en la Convención de Belem Do Para como una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres.

Se reconoce que la violencia contra las mujeres es un problema del cual el Estado debe ocuparse y tener políticas eficaces de prevención, sanción y erradicación. Ya la Corte Interamericana en el caso María Da Penha Fernández contra Brasil (informe 54/2001) reconoció en un caso de violencia doméstica la obligación de actuar con la debida diligencia para asegurar la integridad física de las víctimas de violencia. En el caso Campo Algodonero (Gonzales y otras c Mexico Sentencia 16/11/2009) la CIDH sostuvo que el Estado tiene la obligación de proteger a las mujeres frente a actos de particulares (es decir actos de violencia cometidos por cualquier persona) pues este es un deber de protección reforzado por la Convención de Belem do Para. También en el caso Jessica Lenahan Vs Estados Unidos (21/07/2011) la CIDH estableció el contenido del deber de actuar con la debida diligencia.

A nivel nacional nuestro país sancionó la ley 26485 en el año 2009 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres definiendo allí la violencia contra las mujeres como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basado en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidos los perpetrados por el Estado o sus agentes (...) Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción, omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”

En este marco el Estado Argentino ha asumido obligaciones a nivel nacional e internacional para actuar diligentemente contra la violencia hacia las mujeres.

Las teorías que justifican la legítima defensa

Hay consenso en la doctrina en señalar que la Legítima defensa es un permiso del ordenamiento jurídico para actuar en legítima defensa de los derechos propios o de terceros, para impedir o repeler una agresión ilegítima actual o inminente. Es una de las causas de justificación que mayores injerencias y derechos otorga.

Como señala Jackson Zilio en su libro *Legítima Defensa* la posición doctrinal dominante sostiene que la reacción de la legítima defensa frente a la agresión antijurídica ha de tener como presupuesto la protección de un bien jurídico, considerando defendibles todos los bienes, por lo que el límite está más en la necesidad de la defensa del bien que en los bienes a defender

Desde diferentes teorías se fundamenta el derecho a dañar los derechos de otros en pos de la defensa de un bien jurídico.

La primera distinción se realiza entre una concepción jurídica individual de la legítima defensa y una social. En la primera se encuentran las teorías del instinto de conservación, según la cual el derecho de legítima defensa ante la agresión se justifica en la idea de auto conservación, como expresión de justicia enraizada profunda y natural en la persona, es decir, como un derecho natural y originario.

También en las teorías individuales se reconoce la Teoría positiva de los motivos que pretende fundamentar la licitud de la defensa ante el injusto en el carácter jurídico y social de los motivos: si los motivos que animan al defensor son justos, entonces está justificada la acción defensiva.

Luego la denominada teoría de la necesidad de protección del bien jurídico en el sentido de que la licitud de la defensa deriva de la protección de un derecho (bien jurídico individual).

Luego aquella que reconoce El principio 'de que el derecho no debe ceder ante lo injusto' según el cual la legítima defensa, como expresión de un bien jurídico personal, o de un derecho subjetivo del particular, no necesita ceder frente a la agresión antijurídica (frente al injusto).

Luego la Teoría de la autonomía individual y la teoría política del libertanismo crea tanto la autodeterminación individual (libertad de organización) como la responsabilidad con respecto a la autonomía ajena (responsabilidad por la organización). Según esta teoría los valores básicos de la libertad son el consentimiento, los derechos y la legítima defensa. En las situaciones de daño sin consentimiento, el derecho de libertad es garantizado por medio de la legítima defensa, que funciona como un 'derecho personal'.

A diferencia de las anteriores las teorías que toman un fundamento jurídico social parten de destacar la relación del conflicto o de los intereses de las partes con el ordenamiento jurídico (el binomio ciudadano-Estado). Entre ellas podemos señalar la Teoría del traslado del monopolio punitivo a particulares en los casos de falta de protección estatal: consiste en exigir como requisito de la defensa el hecho de que el poder público no puede actuar en el momento de la agresión. La idea central está basada en la ausencia del Estado, la Legítima Defensa por tanto, tiene un carácter subsidiario: la defensa sería un derecho derivado del Estado que solamente se concede al individuo cuando este no puede actuar.

La Teoría del interés prevalente: significa que la lesión de un bien jurídico se justifica para salvar otro bien jurídico de mayor valor y constituye el principio básico y fundamentado del estado de necesidad.

La Teoría de la analogía con la pena se funda en la idea de retribución ya que tanto *la defensa como la agresión son males que se equilibran recíprocamente*: el mal de la defensa se equilibra con el mal de la agresión y, por tanto, un castigo a la defensa sería un quiebre del equilibrio. Tanto *la legítima defensa como la pena 'son consecuencias penales derivadas del delito'*, lo que supone que el agresor pierde la protección jurídica (*perdida del derecho a la protección de bienes jurídicos*).

La teoría del doble fundamento es la que actualmente reconoce la doctrina mayoritaria, y explica este derecho de defensa tomando por un lado la idea de protección del bien jurídico amenazado, como la idea de que con su defensa se restablece o prevalece el orden jurídico. En esta concepción la amenaza al bien jurídico es el límite (sin la amenaza al bien jurídico no surge el derecho de protección) y a la par, se completa con la prevalencia del orden jurídico constitucional. La legítima defensa debe consistir en el ejercicio excepcional de la violencia particular siempre y cuando el cometido sea la protección de los derechos fundamentales individuales en el marco de la política criminal determinada por la Constitución.

La teoría que justifica la legítima defensa en contexto de violencia de género

En esta búsqueda de la legitimación teórica de la legítima defensa de las mujeres en contextos de violencia de género, se debe partir de la exigencia al Estado de hacer ciertas las obligaciones asumidas en materia de violencia contra las mujeres.

El largo peregrinar de mujeres víctimas de violencia en los laberintos judiciales y la revictimización a las que son sometidas por autoridades policiales y operadores jurídicos, los estereotipos de género que subsisten en las prácticas judiciales, la falta de políticas de prevención efectivas, son todas cuestiones que coadyuvan a la mujer a no obtener una respuesta estatal adecuada, oportuna y eficaz, lo que significa el incumplimiento de la obligación del Estado de actuar con la debida diligencia.

La definición que realiza la Corte (CIDH) de los contenidos básicos del deber de debida diligencia con base en el artículo 7 de la CBDP tiene indudable impacto en señalar la responsabilidad estatal que nunca llega. Como señala el Dr. Víctor Abramovich en el comentario al fallo de la CIDH Campo Algodonero: *“en nuestra opinión más allá de la imprecisión de la sentencia en este punto, la condición de las víctimas como miembros de un grupo social afectado por un contexto preexistente de violencia y discriminación es un factor clave del examen de la responsabilidad estatal en este caso, lo que debería permitir trasladar este precedente a otras situaciones similares de violencia sistemática o estructural contra grupos sociales desventajados”*.

El Estado es garante de la igualdad y por lo tanto tiene una posición de garante frente a patrones de violencia que afectan a grupos subordinados. Su deber de debida diligencia en la protección del grupo discriminado, es, en consecuencia, un deber calificado o más intenso.

En este tipo de casos en que las mujeres actúan en defensa de su vida ante la falta de respuesta estatal en el marco de un proceso de violencia la justificación está dada en la teoría del traslado del monopolio punitivo a particulares, pues claramente las mujeres buscan en innumerables situaciones y denuncias que el Estado actúe en su defensa, situación que no acontece por falta de real protección estatal. Es allí cuando la Legítima Defensa adquiere una justificación muy clara: el Estado al incumplir sus obligaciones al no actuar con la debida diligencia y no brindar oportuna respuesta, ese monopolio punitivo cesa, desaparece en el instante en que la mujer debe defender su propia vida.

Este fundamento es el que mejor explica por un lado el incumplimiento estatal y por el otro, el derecho de la mujer víctima de violencia de defender los bienes jurídicos afectados por el proceso violento: su vida, su integridad física y psíquica, su autoestima, y en muchos casos, la vida e integridad física y psíquica de sus hijos.

Este fundamento bien lo explican Zaffaroni, Alagia y Slokar al referirse a que la idea central está basada en la ausencia del Estado, porque si el Estado no puede acudir en defensa del ciudadano cuando sus bienes personales están en peligro, entonces cesa el deber de obediencia respecto del Estado, porque si no puede tutelarlos, tampoco puede exigir obediencia. En definitiva el poder público tiene la supremacía monopolizada siempre y cuando posea medios coactivos para imponer el orden jurídico frente al acto injusto del agresor. La Legítima Defensa por tanto, tiene un carácter subsidiario: la defensa sería un derecho derivado del Estado que solamente se concede al individuo cuando este no actúa.

Este carácter subsidiario es lo que demuestra que quien primero debe actuar es el propio Estado, por ello, mal puede luego avanzar en un proceso penal contra esas mujeres que ha dejado sin defensa estatal y que deben defenderse de propia mano y en soledad.

Por una aplicación igualitaria de la justificación legal

En relación a los problemas que se plantean en este tipo de casos, en los cuales una mujer víctima de violencia de género por parte de su pareja, termina matándolo surge al momento de analizar los requisitos que impone la normativa, centralmente la discusión alrededor de la inminencia de la amenaza, y la racionalidad del medio. Ya nadie discute el punto de la falta de provocación, porque acorde con la normativa nacional e internacional, la violencia del hombre no es provocada por ninguna conducta por parte de la mujer.

Enmarcar estos casos en legítima defensa tiene que ver con deconstruir la idea de que la violencia o más bien la defensa violenta solo es autorizada a los hombres. Romper con el estereotipo que asigna a las mujeres el atributo de la sumisión y obediencia, la idea de que las mujeres deben soportar, no ser violentas, sino calladas y sumisas.

Para entender la mecánica de la legítima defensa en contexto de violencia de género debe reconocerse que es una relación desigual y por ello no pueden pensarse los elementos que exige la normativa legal como una defensa entre iguales.

Así tanto la actualidad de la amenaza como la racionalidad del medio empleado no pueden ser tomados per se, sin enmarcarlo en el contexto de violencia. En la actualidad con el reconocimiento de la violencia de género como problema social no se puede exigirles a las mujeres cualquier tipo de deber de tolerancia de menor lesividad o de acreditar debilidad o pasividad. Esto se relaciona con rol de sumisión atribuido a las mujeres y que hoy es incompatible con los derechos humanos de las mujeres y la obligación de no discriminación y de no repetir estereotipos nocivos para las mujeres.

En estos casos la necesidad racional del medio empleado no puede considerarse solo en base a aspectos objetivos. Deben analizarse las posibilidades concretas de impedir o repeler esa agresión conociendo cómo funciona el proceso de violencia, por cuanto no se pueden exigir a las mujeres defensas ineficaces. En estos casos un estándar adecuado indica que debe de analizarse la situación poniéndose en el lugar de la mujer con plena comprensión y conocimiento del proceso de violencia como un ataque perdurable y duradero. Es decir un análisis ex ante y no ex post en los elementos de la justificante.

En la mayoría de los casos las mujeres víctimas retrasaran el momento de defensa cuando esta pueda ser efectiva, justamente porque hay un verdadero fracaso en la búsqueda de ayuda estatal.

Ello es lo que justifica que la mujer actúe, de la manera más difícil, de la manera más dolorosa (muchas veces la pareja violenta es el padre de sus hijos), para defender su vida.

Actuar en legítima defensa para las mujeres no es una opción elegida, sino el último eslabón de un sinnúmero de incumplimientos estatales, que deriva en una consecuencia que afecta y daña. Las respuestas verdaderas deben llegar antes, de manera diligente y eficaz, pues ocultar la responsabilidad estatal en estos casos equivoca el eje de la responsabilidad y provoca que la víctima de violencia se traslade en el acto de su defensa a un equivocado lugar de victimaria. Es hora de poner las cosas en su lugar, aplicar igualitariamente la justificante, por todas las mujeres que sufren violencia, por la vigencia irrestricta de sus derechos humanos.