

# **Legítima Defensa Privilegiada. Causa de Justificación en un contexto de Violencia de Género.**

Por Juan Ignacio Lazzaneo

## **Introducción**

En el presente trabajo analizaré, dentro de la Teoría del Delito, puntualmente en la categoría antijuridicidad, la causal de justificación de la Legítima Defensa.

Dentro de este criterio de actuar permisivo de ir contrario a la ley, me centraré en la tan cuestionada Legítima Defensa Privilegiada, analizando cuáles son los requisitos de procedibilidad de la figura extremados en la legislación argentina.

Asimismo, plantearé una hipótesis en relación a la factibilidad de un suceso en el contexto de violencia de género, simulando la posible aplicación de este instituto teniendo como condimento particular este flagelo social que tanto se cuestiona y critica en todos los planos de nuestra sociedad.

## **La regulación del instituto de la Legítima Defensa en la legislación argentina.**

Sabido es que no habrá delito si no se reúnen se vencen las cuatro categorías que integran la Teoría del Delito. Estos elementos de la Teoría del delito son la conducta del sujeto, la tipicidad legal, la antijuridicidad y por último, en su medida, la culpabilidad.

La existencia de un delito, es consecuencia en primer término de un actuar humano. Luego, esta conducta debe ser típica y acreditada la tipicidad, dice la doctrina que se da el indicio de que pueda a llegar a ser antijurídica. Sin perjuicio de ello, y si bien, por regla general suelen ser también antijurídicas, pero por excepción podemos encontrar conductas que, si bien son encuadrables en un tipo legal, no sea revista el carácter de antijurídica, es decir, no haya una contrariedad al derecho.

Es entonces cuando debemos preguntarnos ¿Qué es la antijuridicidad?. La doctrina la ha definido en forma negativa. Righi dice que “..*la acción típica es sólo antijurídica cuando no está amparada por ninguna norma jurídica, con lo que el concepto de antijuridicidad se define como ausencia de justificación: no puede ser contraria a derecho una acción cuya realización está permitida por el derecho.*”<sup>1</sup>

En este sentido podemos afirmar que la característica esencial de la antijuridicidad de una conducta tipificada en nuestro Código Penal, se simplifica en la contradicción de la misma al Derecho.

Autores como Muñoz Conde han sostenido que “...*el Derecho Penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico*”<sup>2</sup>

---

1 - Righi, Esteban. Derecho Penal: parte general, 3era edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

2 - Néstor Rafael Macoritto. *Reflexiones sobre la antijuridicidad y su conocimiento en la dogmática jurídico-penal actual*. Revista de derecho penal, procesal penal y criminología. ISSN 1853-1105.

Por su parte el Prof. Enrique Bacigalupo, considera que “...la teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico...”.<sup>3</sup>

En tal sentido, se ha distinguido doctrinariamente entre antijuricidad material y formal. Von Liszt ha expuesto una doctrina dualista de la antijuricidad. Esta infracción a la norma jurídica recae sobre dos aspectos del acto. Por un lado es *formalmente* contrario a derecho, cuando se considera a la transgresión a una normativa estipulada por un Estado (sea un mandato o una prohibición). Hablamos que un acto es *materialmente* antijurídico, cuando una determinada conducta es contraria al plano social en el que se desarrolla el sujeto autor.

#### *La legítima defensa propia*

Dicho esto, y a los fines de comenzar con el análisis del instituto de la Legítima Defensa Privilegiada debemos recordar que eximente de antijuricidad es conceptuado por el Prof. Jiménez de Asúa como “*la repulsa o impedimento de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el acatado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla*”.

El fundamento de la misma responde a un aspecto colectivo de confirmación del derecho. Esta confirmación, desde un plano objetivista, responde a una concepción social, conforme a la cual su legitimidad deriva de la protección al orden jurídico en sentido general. Por el otro, la corriente subjetivista, refiere a un plano individual, asimilado a la autodefensa de toda persona ante una agresión contrario a la ley.

Conforme lo establece el artículo 34 inc. 6 de nuestro Código Penal los requisitos que se deben consignar a los efectos de poder situarnos ante un caso de legítima defensa son:

---

3 - BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General”, 2da. edición Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 352 a 359. “Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.”

- *agresión ilegítima*
- *racionalidad del medio empleado para repelerla o impedirle*
- *falta de provocación suficiente por parte del defensores*

Ahora bien, habiendo precisado los requisitos de procedencia, debemos comenzar a examinar cuales son los factores que se añaden a este instituto para considerarlo “*privilegiado*”.

*Legítima defensa privilegiada o presuntiva. ¿En que consiste la presunción a la que hace referencia la doctrina y jurisprudencia?*

Entrando al análisis propio de este instituto, debemos agregar que se trata de supuestos donde la ley presume que se dan todos los presupuestos de la figura básica antes mencionada, cuando ello implica *rechazo del escalamiento o fractura nocturna de morada*<sup>4</sup> o *la resistencia de un extraño en el hogar*<sup>5</sup>.

Lo que no ha dejado en claro nuestro Código es lo relativo al grado o clase de presunción a la que se hace referencia. Esto es, si se lo considera *juris et de iure* (es decir, no admite prueba en contrario) o en su caso, si la interpretación que debemos realizar en cuanto al grado de presunción si la admite. Obviamente, la jurisprudencia es quien a dado fin a la discusión considerando que se trata de una presunción que cede ante la prueba en contrario. Ello además resulta lógico atento a que generaría un incompatibilidad con los principios generales del derecho penal.

En síntesis, admitiendo que estamos en presencia de un caso de presunción *iuris tantum*, debemos observar las particularidades de cada caso, es por ello, que en el próximo apartado, donde introduciré la hipótesis pensada para este trabajo, evaluaremos si las circunstancias en que se suscitaron los hechos permiten subsumir el caso en un ejemplo de legítima defensa presuntiva.

El inconveniente que plantea esta presunción, es en relación a la falta de examen de las pautas generales del instituto y puntualmente, en caso de sucesos catastróficos -incendio o inundación-, incluso cuando desde el interior de la morada se oiga la voz de auxilio y sobretodo, cuando se conoce que del escalamiento o

---

4 - Segundo párrafo del artículo 34 inc. 6 del C.P. argentino.

5 - Tercer párrafo del artículo 34 inc. 6 del C.P. argentino.

la efracción no existirá peligro.

Lo que analizaré a continuación serán los últimos dos párrafos del artículo 34 inc. 6, y evaluaré cuáles son los parámetros que se rigen al efecto sobre dichos extremos.

#### *Análisis de los requisitos propios de la legítima defensa privilegiada*

En primer lugar, debo hacer referencia a lo que se encuentra estipulado en el segundo párrafo de la ley penal sustantiva.

En tal sentido, considero pertinente comenzar con el *rechazo de escalamiento o fractura nocturnos de la morada*. Como requisito ineludible, a los efectos de que se configure este supuesto, debemos tener presente que el lugar al que se desea ingresar debe estar habitado, es decir, debe haber presencia de algún morador, ya que de lo contrario, no podríamos visualizar donde se encontraría el peligro para la persona que reacciona ante el vencimiento de los reparos que ofrece su hospedaje.

Asimismo, deben considerarse los anexos a los lugares donde se encuentran los agresores justificados habitando. Es decir, no es necesario que para aplicar este requisito, el escalamiento en la morada, sea en la propia morada donde se encuentren las personas perjudicadas, lo necesarios es que, desde donde esté intentando acceder el agresor, pueda conectarse al lugar donde se encuentran los habitantes. A modo de ejemplo podemos citar, una cochera, un patio, una terraza, un quincho, etc...

El otro factor que debe darse en estos supuestos es la nocturnidad, es decir, que el suceso ocurra en horas de la noche. Este elemento se torna esencial en razón a que, por la noche, los moradores suelen estar descansando y por ello, advertir la presencia de una persona extraña con ánimo de acceder, torna mayor alarma y temor a la víctima.

Además, hay que tener presente que el permiso se extiende a cualquiera que se encuentre en el interior de la vivienda, lo que debe considerarse es el peligro personal al que pueda verse expuesto.

Por otro lado, el otro requisito propio de este instituto es la *resistencia de un extraño en el hogar*. Esta circunstancia de encontrar a un extraño en el interior de la vivienda, y que a la vez ofrezca resistencia, posibilita que se precinda del

requisito de nocturnidad.

Un dato relevante a considerar es que la persona hallada en el interior de la vivienda, esencialmente debe ser extraña, es decir, ajena al hogar por no vivir en él, no importando ser conocida, ya que, la característica elemental de este punto es la presunción de peligro personal que nace con la resistencia.

No hay duda que el cese de la conducta por parte del intruso, sea por su alejamiento del sitio, sea porque huye del lugar o se entrega, hace concluir el peligro y por tanto, el cese del permiso jurídico.<sup>6</sup>

## **El planteo del instituto en el contexto de Violencia de Género**

Como advertí al comenzar esta exposición, entiendo interesante diagramar un supuesto de hecho en el cual se pueda considerar la posible flexibilización de este instituto en un marco de género. Es por ello que decido traer a colación un hecho ocurrido en la jurisdicción donde me desempeño como Defensor Público, el cual se expresa de la siguiente manera:

*“En fecha 30/10/2016 siendo aproximadamente las 18:30 horas, G.P. a sabiendas que su pareja, D. C., se encontraba en el interior de la finca sita en calles XX Y XX de esta ciudad, presuntamente durmiendo, y luego de haber protagonizado un fuerte discusión donde se lesiona a la imputada y a uno de sus hijos menores, de manera intencional y con el claro propósito de atentar contra la vida del mencionado, dio inicio a un foco ígneo en el interior de la vivienda, de manera que aún no se ha podido determinar; tomando a la víctima desprevenida e indefensa y atándole sus pies con una soga o cordón. Como producto del incendio ocasionado por P., C. resultó con las siguientes heridas: equimosis en región clavicular; estremo medial derecho, quemaduras A B en ambos miembros*

---

6 - D’Alessio, Andrés. Código Penal comentado y anotado: 2º edición actualizada y ampliada / Andrés D’Alessio y Mauro A. Divito.- 2ª de. 4 reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014.

*inferiores, que se extiende desde tercio inferior de piernas hasta tercio superior de muslos, en toda circunferencia, y excoriaciones en dorso de dedos de ambos pies. ”.*

Tal conducta fue calificada por la Fiscalía en turno como ***Homicidio Triplemente Calificado en Grado de Tentativa (art. 80, 45 y 42 C.P.)***. Siendo las particularidades del caso que la persona lesionada es la pareja de la imputada, la cual se encontraba en su vivienda junto a D.C., que si bien habían vuelto a convivir, la víctima había sido denunciado en varias oportunidades por G.P. por las reiteradas agresiones materializadas por el lesionado de autos a la misma, todo ello en un notorio contexto de violencia de género.

En tal sentido, la interrogante que deberíamos plantearnos en primer lugar sería: *¿Puede un contexto de violencia de género flexibilizar los requisitos enunciados por la normativa penal en cuanto a la legítima defensa privilegiada?*. La respuesta afirmativa la encuentro viable sin lugar a dudas, pero como previo entiendo prudente que, a los fines de la no contradicción al principio constitucional de legalidad, sea una eventual reforma legislativa la que aggiornar nuestra legislación represiva en cuestión.<sup>7</sup>

Expuesto ese punto, la siguiente interrogante podría versar en *¿Cuál sería el factor o requisito determinante para poder incluir como defensa presuntiva o privilegiada como permiso a nuestro catálogo represivo?* Entiendo que el factor o pauta rectora tiene que estar delimitada por el *temor o amenaza de peligro inminente* que pueda acreditarse en la víctima de múltiples agresiones en la ámbito de género.

Una vez dicho esto, pasaré a analizar brevemente, lo que la jurisprudencia nacional ha entiendo por tal cuestionamiento. Ciertamente es que, a todas luces, la primera consideración sobre este planteo tendrá tratamiento interpretativo por parte del Poder Judicial, y tal vez, sea lo más óptimo a los fines de encarar una eventual reforma legislativa.

---

7 - TERRAGNI, Marco Antonio, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, 1º ed., Buenos Aires, La Ley, 2.012, pg. 510. “...desde siempre (tan antigua es esta institución que sus antecedentes se pierden en la noche de los tiempos) se ha declarado impune a quien ejecuta un acto –que de no concurrir ellas constituiría delito- defendiéndose. Por supuesto que han cambiado los requisitos para ello, dependiendo, en algunos casos, de las costumbres de los distintos pueblos en las diversas épocas históricas y, modernamente, de lo que establece cada legislación.”.

Volviendo al caso ha analizar, a las claras surge del hecho atribuido a G.P. que no estamos en presencia de un supuesto clásico de legítima defensa privilegiada, pero como advertí en el transcurso de este trabajo, la cuestión aquí resulta significativa en cuanto a la violencia de género ejercida por mucho tiempo en relación a la Sra. A.W., y si en un supuesto de estas características, podríamos hablar de un privilegio para el acusado, una causa de justificación ante su actuar antijurídico.

Debo hacer una aclaración antes de continuar con el análisis. El flagelo social de la violencia por cuestiones de género no debe cegar a quienes interpretamos y aplicamos la legislación oportuna, ya que posiciones extremas pueden llegar a tornar arbitrarias y en consecuencia, inconstitucionales, las eventuales reformas legislativas que buscan la cohesión entre feminismo y punitivismo.<sup>8</sup>

Sin lugar a dudas, estamos en presencia de casos que reconocen la obligatoriedad de un cambio de sistema, donde la violencia por razones de género, e incluso, la violencia doméstica configura un aberrante menoscabo a los derechos humanos, en este caso, hacia las mujeres. Debemos resaltar que estos cambios paradigmáticos, repercuten no sólo en la legislación penal adjetiva, sino que a su vez se inmiscuyen en cuestiones netamente dogmáticas, las cuales llevan a repensar los conceptos vertidos en nuestro Código Penal, en el presente caso, particularmente en el concepto ilegitimidad de la agresión, actualidad de la misma, y la falta de provocación suficiente.<sup>9</sup>

---

8 - MUÑOZ BETETA, Liz Fabiola. *¿Puede existir la legítima defensa sin confrontación con el abusador?*. Revista Virtual Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/04/doctrina45182.pdf>. A modo de ejemplo podemos citar un parrado extraído del trabajo realizado por Liz Fabiola Muñoz Beteta, jurista peruana quien ante el tratamiento de dicha cuestión observa lo siguiente en cuanto a la necesidad de acción defensiva en agresiones pasadas: *“Otra crítica que se le hace a la aplicación de la legítima defensa en estos casos es que la acción defensiva de la mujer (matar al agresor) no es necesaria. Y esta innecesaridad se fundamenta en el hecho de que la mujer tiene otras vías para salvaguardar sus bienes jurídicos: recurrir a la ayuda estatal y/o a la ayuda de personas externas a la relación o irse de la casa, aprovechando además, que el agresor está dormido. Sin embargo estas vías alternas aparentemente sencillas de tomar, no lo son en realidad debido al tipo de agresión que sufrido por las víctimas. Al estar encerradas tras los barrotes invisibles que ha construido el agresor, estas vías de salida tienen exactamente la misma utilidad que tienen en los casos de detenciones ilegales en los que la víctima está encerrada, es decir, en los que la libertad de la víctima está restringida por barreras físicas: ninguna. A simple vista, parece fácil que la mujer tome el teléfono y llame a la policía o, cuando salga a hacer alguna diligencia, se dirija a la comisaría y entable una denuncia en contra de su agresor; más, cuando, actualmente, hay líneas de atención que sólo se encargan de casos de violencia doméstica, jueces y fiscales especializados, páginas de internet que contienen información e instrucciones para buscar ayuda. etc. Sin embargo, no debemos olvidar que la mujer está privada de su libertad a través de un medio muy poderoso: el miedo, cuya herramienta son las amenazas de muerte en su contra.”*

9 - Fallo de la Cámara de Casación Penal de San Miguel de Tucumán, 28 de Abril de 2014.- 329/2014.

Podemos hacer referencia a la *actualidad de la agresión*. En estos contextos ante el maltrato constante y reiterado, entiendo no sería necesario, o le cabría cierta flexibilización, a la consideración de que indefectiblemente la agresión debe ser actual, es decir, que la agresión se encuentre en curso, para considerarse dentro de una causal de justificación. Esta actualidad que exige el sistema penal, también puede estar dado por la reiterancia de hechos agresivos, la magnitud de las lesiones físicas o incluso, la graduación de la violencia psicológica, que determinan particularmente la definición de estos casos.

Otro elemento digno de análisis sería *la necesidad racional del medio* empleado, el cual no debe ser interpretado bajo criterios netamente objetivos, es decir, sino que se trata a lo racional calificado en razón a la valoración sobre la necesidad de defenderse con tal o cual medio en particular. Son las posibilidades concretas de impedir o repeler la agresión las que resultan dirimentes.

Otra cuestión a consignar es la relativa a la *falta de provocación suficiente*, la cual, a partir de las consideraciones vertidas por la doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a la problemática de violencia por razones de género, entiendo que también deben ser analizadas y redefinidas en el marco de las normativas internacionales sobre derechos humanos, individualizando el *cómo* se afecta el umbral de provocación del agresor, el cual es cada vez más bajo y cuestionable.

## Conclusión

De este modo vemos como los requisitos que están presente en la legislación penal actual de la nación argentina, en contraste con las problemáticas internacionales sobre derechos humanos también pueden verse afectadas y se sugieran eventuales reformas legislativas, a los fines sin lugar a dudas de limitar el poder punitivo estatal y realzar las condiciones humanitarias que debe latir en estos sistemas de derechos humanos.

Puntualmente el concepción de la legítima defensa privilegiada necesita de la evolución de su concepto, logrando la creación de una plano preventivo que considera y evalúa la historia de vida de una persona, analiza el contexto en donde se realiza el hecho, dejando de lado los hechos aislados para definir que es lo que se privilegia en una actuar permisivo contrario a derecho.

Ahora bien, dando respuesta a las interrogantes planteadas más arriba, entiendo que el “*peligro*” a que hace referencia a doctrina en relación a la normativa vigente, debe traducirse en estos ámbitos en el *miedo* o *temor* en constante cristalización que presentan las víctimas de violencia de género.

El caso de G.P. define una situación que expuso y mantuvo por mucho tiempo a la imputada – víctima/victimaria - en un terrorífico estado de peligro, donde el riesgo o amenaza de para su vida, integridad física, libertad en cualquiera de sus expresiones como también para la de sus hijos, dan a concluir que podría haber ejercido su legítima defensa o de terceros en cualquier momento.

Es por ello, que decidí estudiar esta particularidad de la causal de justificación más famosa de la dogmática penal de la defensa, legítima defensa, siendo interesante subsumir los parámetros estipulados por las leyes de fondo dentro de la problemática de los derechos humanos más relevantes de latinoamerica.