

Legítima defensa y violencia de género privilegiada

Maximiliano O. Larocca Rees¹

SUMARIO: I.-Introducción.-II.-Existe una conducta atípica o antijurídica?.-III.-Necesidad de un reconocimiento legislativo.-IV.-Conclusión.-

RESUMEN: Se intenta con este artículo poner de relieve el cambio que ha provocado en la teoría del delito la necesaria incorporación de la perspectiva de género para resolver situaciones cuando se encuentra involucrada una mujer dentro del proceso penal. También se realiza una toma de postura en cuanto a la ubicación sistemática que corresponde a esta figura dentro del esquema de la teoría del delito, no como causa de justificación sino como ausencia del tipo objetivo. Por último se reconoce la necesidad de una reforma legislativa y en concreto una modificación al inciso 6 del artículo 34.

PALABRAS CLAVE: Legítima Defensa, Violencia de Género, Defensa Privilegiada, art. 34 inc. 6 y su modificaciones, estereotipos de género, actualidad de la agresión ilegítima en casos de violencia de género y necesidad racional del medio empleado en violencia de género.

¹ Ex Fiscal Auxiliar interino de la ciudad de Federal, Entre Ríos, Ex Agente Fiscal de la ciudad de Chajarí, E.Ríos, actualmente Juez de Garantías titular de la ciudad de Federal, E. Ríos, especialista en Derecho Procesal Penal (Universidad Nacional del Litoral) y Especialista en Derecho Penal, Universidad Nacional de Rosario.

I.- Introducción

Para comenzar esta exposición, es necesario preguntarnos sobre qué debemos hacer cuando nos enfrentamos ante un caso en donde es la mujer la que lesiona o mata al hombre en un contexto de violencia de género.

¿Cuándo una mujer se defiende del hombre violento se le debe imputar el hecho porque es ella la culpable del episodio, o en cambio, la responsabilidad en el suceso debe ser cargada al agresor?.

Desde el finalismo de Welzel a esta parte, ya no queda ninguna duda que, para que existe injusto penal, es necesario comprobar la ocurrencia de una acción típica y que ésta no se encuentre justificada.

La falta de justificación de una conducta, la convierte en injusta, restando luego analizar, si esta a su vez ha sido culpable, para de esta forma cerrar con el análisis de los elementos de la teoría del delito y determinar que ha existido un ilícito penal por parte de su autor/a.²

Dentro de las varias formas de causas de justificación, no solo éstas pueden hallarse en el código penal, sino que del resto de la legislación, y que también, pueden variar y/o adaptarse a las nuevas necesidades sociales imperantes.³

² “...La realización de un tipo penal fundamenta el ilícito jurídico-penal sólo si no está cubierta por una causa de justificación.-Las causas de justificación-tal como ya se mencionó-no son una materia específica del Derecho Penal, sino que pueden derivarse de todo el ordenamiento jurídico.-Dado que ellas tienen efectos en favor del autor, ni siquiera tienen que estar reguladas legalmente, sino que pueden resultar también del Derecho consuetudinario.....”(conf. Frister, Helmut, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Hammurabi, pag. 265.-).

³ “...La doctrina contemporánea reduce el valor explicativo de los principios enunciados, prevaleciendo la idea de que no se ha logrado una sistematización fructífera de las causas de justificación.-Se sostiene que ello es consecuencia de que los puntos de vista que pueden dar lugar a la exclusión del injusto material son tan variados, con lo que el número de casos de justificación es tan grande, y está sometidos a necesidades tan cambiantes, que los referidos principios solo pueden tener un limitado poder de rendimiento.-Se considera que la imposibilidad de obtener mayores con el enunciado de principio justificantes, sería consecuencia de que el catálogo de justificación no se cierra nunca, porque siguen desarrollándose los principios justificantes por decisiones referentes a los casos que deben regirse por las reglas que gobiernan esta categoría.-De acuerdo con este punto de vista, la identificación de una eximente como justificante no debe depender de la admisión de que encuentra sentido en la aplicación de algunos de los ya enunciados principios, sino de la decisión de adjudicarle determinadas consecuencias jurídicas, por lo que: a)las razones de

Analizaré seguidamente de manera exclusiva, a la autorización más amplia y grave (por las consecuencias que produce), que el Estado le concede a un ciudadano, esta es, la Legítima Defensa, y de qué manera esta figura jurídica puede ser evaluada e interpretada actualmente desde la óptica de nuevos y modernos paradigmas, receptando para ello datos de la política criminal, verificando también de qué forma pueden adaptarse a los nuevos requerimientos y demandas de una sociedad actual, más equitativa, más justa y alejada de estereotipos indebidos.⁴

Al tratarse la legítima defensa-como expresé- de la más amplia autorización que el Estado otorga a una persona para poder defenderse aún a costa de la vida del agresor, se necesitan en cabeza del que se defiende, determinados requisitos esenciales y que se encuentran tasados por la ley penal.

El artículo 34 inc. 6 del C.P., reza que: "...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.

Observamos de esta forma que, tres son los requisitos que deben existir en la defensa para considerarla justificada.

justifica material que hacen aconsejable que genere deber de tolerancia el comportamiento de quien ejerce un derecho (art. 34 inc. 4 in fine, C.Penal), permiten identificar la concurrencia de una causa de justificación; y b) a la inversa, como las mismas razones conducen a negar el deber de tolerancia ante la agresión de un inimputable (art. 34 inc. 1º C.Pen.), no puede reconocerse a dicha eximente como una causa de justificación.- (conf. Esteban Righi, Derecho Penal, Parte General, Segunda Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, pag. 312.-).

⁴ "...y el número de causas de justificación procedentes de todas las partes del ordenamiento jurídico es tan grande y está sometido-específicamente en las intervenciones de la autoridad-a necesidades tan cambiantes, que unos principios unitarios y que además, tengan capacidad expresiva en cuanto al contenido, en todo caso sólo pueden tener una validez limitada.- Mientras que las clases de delitos descritas en los tipos-detenciones, allanamientos de morada, lesiones, etc.-representan una cierta estática, a través de las causas de justificación penetra la dinámica de los cambios sociales en la teoría del delito.-Las causas por las que está permitido detener a personas, penetrar en domicilios o efectuar intervenciones con repercusión sobre la integridad física, cambian constantemente.-Cada modificación del ordenamiento penal o civil, cada revisión de las leyes de policía, así como los cambios en la concepciones sobre derechos de corrección, vacunación obligatoria, esfera privada o los derechos de manifestación, crean o" (conf. Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Ediciones Civitas, Thomson Reuters, pagina 572-).

Resulta por lo tanto indispensable en primer lugar que, exista de una agresión culpable (teniendo en cuenta las restricciones éticas sociales y sus limitaciones), y que la misma sea inminente y actual.⁵

Me detengo ahora en el análisis de este requisito de “actualidad” de la agresión.⁶

Si evaluamos el alcance de esta “actualidad” requerida por la doctrina clásica y lo confrontamos con un supuesto de violencia de género, solo podría estar legitimada una mujer que esté por ser agredida de manera inminente en ese momento, ese día y en ese lugar, para este enfoque tradicional, no sería válida cuando no se reúna ese requisito, por ejemplo cuando la agresión sucedió el día anterior, o ya pasó, por más que los sucesos agresivos contra ella hayan sido reiterados y persistentes.

⁵ “...Una justificación por legítima defensa presupone una agresión antijurídica actual y la necesidad de la realización del tipo respectivo para defenderse de esa agresión.-Además, el autor tiene que haber actuado con consciencia de que se defiende, es decir, en conocimiento de los presupuestos objetivos de la legítima defensa.-El requisito de la agresión antijurídica actual define la llamada situación de legítima defensa.....”(Frister pag. 319).

“...Según la definición corriente, es actual la agresión que se dará en forma inminente, que ha comenzado o que aún continúa.-Así, p. ej. En un hurto con fractura, la agresión a la propiedad es inminente, cuando el autor desempaca, en el lugar del hecho, sus instrumentos para ingresar a la vivienda, y continúa existiendo hasta el momento en que traslada el botín y lo lleva a lugar seguro.- Si el ladrón es sorprendido in fraganti y huye con el botín, existe entonces una agresión actual a la propiedad que puede ser repelida con los medios drásticos del derecho a la legítima defensa.-Pero si el ladrón deja caer el botín, la agresión a la propiedad ha concluido, de modo que sólo existe aún el derecho de aprehensión según el 127 I. StPo.-Igualmente, si el propietario encuentra al ladrón al día siguiente en la ciudad, por casualidad, con el botín al ladrón sólo bajo los presupuestos y los recursos del derecho de auto auxilio regulados en el 229 BGB....” (Frister pag. 325.-).

“...Para el ejercicio de la defensa necesaria no se requiere que la agresión haya comenzado a ejecutarse, pero es preciso que sea actual, sea porque es inminente está teniendo lugar o todavía prosigue.-La regla admite que la defensa pueda realizarse con la finalidad de impedir el inicio de una agresión, o repeler una ya iniciada, por lo que la exigencia de actualidad se verifica sin dificultades cuando se enfrenta un ataque ya iniciado...(sigue)...Como todo acto posterior a la consumación no es ejercicio del derecho de defensa necesaria sino venganza, sólo cabe admitir una defensa posterior a la consumación, si se mantiene la lesión del bien jurídico, como sucede en los delitos permanentes.-Así, quedan justificados por legítima defensa (art. 34 inc. 6 C. Penal) las lesiones y daños causados al secuestrador, por la víctima que los causó en su lucha por recuperar la libertad (art. 170 del C.P.)...”(conf. Rigui, obra precitada, pag. 353.-).

Así, desde una perspectiva clásica de este instituto, si la agresión no resulta actual, no tiene cabida la posibilidad de una defensa necesaria, por ejemplo, si el hombre no tiene un palo en sus manos o no comenzó su agresión corporal, no se podrá recurrir a esta figura del tipo permisivo.

Pero si, realizamos una construcción histórica del episodio partiendo de una perspectiva moderna, analizando la figura desde la órbita de lo que implica toda violencia de género, entendida como agresión a derechos humanos fundamentales de las mujeres, haciendo especial abordaje a la extremada vulnerabilidad de ellas entendida como un patrón sociocultural inequitativo, donde el hombre era el ser superior y la mujer inferior, la cuestión cambia y significativamente.⁷

Hoy, este tipo de casos debe ser examinado con una visión diferente en la teoría del delito, partiendo de la base de que no se debe realizar un análisis sesgado y sin tener en cuenta la vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres respecto de los hombres, soslayando la desigualdad o asimetría de poder que existe entre ambos.⁸

⁷ “...En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diversos precedentes que la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género (conf. caso “Veliz Franco y otros vs. Guatemala, excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones y Costas”, sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 188, “Espinoza Gonzáles vs. Perú noviembre de 2014, párr. 309 y “Velazquez Paiz y otros vs. Guatemala, sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146).-En sentido concordante, en el documento del Comité de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (CEVI) ya citado, se recomendó incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial.-Se expuso allí que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento....”(conf. dictamen del Procurador en el fallo de la C.S.J.N en el precedente “R.C.E. s/Recurso Extraordinario del 29/10/2019.-).

⁸ “...Una introspectiva crítica, y la discusión siempre fecunda, en el derecho, llevaron a que se comenzaran a romper viejas maneras de juzgamiento de estos delitos, sesgadas por estereotipos, preconceptos y fuertes prejuicios contra las mujeres, instalados en la sociedad toda, y en muchas respuestas estatales.-La necesidad de que los operadores del derecho respetaran la garantía de igualdad, potenció la creación de Observatorios (no oficiales) de sentencias-principalmente penales-, que otorgaron difusión a fallos sin perspectivas de género, o con cuestionables fundamentos, incluso muchos que devinieron en renunciadas, pedidos de juicio político y un fuerte repudio público...(sigue)...La perspectiva de género que debía incorporarse-al ser una manda legal-, trajo aparejado el volver a analizar muchas cuestiones que se creían neutrales; el posicionamiento conllevó la revisión de la interpretación de muchas

La importancia de este cambio sociocultural y de perspectiva de análisis, influye sobremanera en la solución de los casos, y la clara flexibilidad de esta figura de la legítima defensa, le permite adaptarse sin inconvenientes a las nuevas necesidades y tendencias sociales, a los avances de los derechos humanos y reivindicación de derechos como el de las mujeres víctimas por su condición de tal.⁹

Está claro que, la figura clásica de la legítima defensa trataba por igual tanto a los hombres como a las mujeres pese a la desigualdad e inequidad que lleva intrínseca una relación de violencia, una mujer agredida por el hombre en un contexto de violencia familiar es una persona absolutamente vulnerable, débil y que se encuentra en total disparidad frente al hombre, por ello es necesario aumentar la protección de estas personas, empoderarlas y evaluar el tipo permisivo desde otra posición.¹⁰

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en recientes pronunciamientos¹¹, ha reiterado su firme posicionamiento acerca de este tema, ajustando sus resoluciones a los estándares del sistema interamericano de protección de derechos humanos, considerando que, la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los parámetros de la legítima defensa utilizados en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben ser inexorablemente contempladas por los jueces.¹²

instituciones legales, tanto punitivas como compositivas, siempre reactualizando, en la pregunta, la inclusión en serio de todos los sujetos involucrados, su capacidad de consentir, de libertad, y la integridad de sus derechos...(conf. pag. 3 y 4 del Dossier de delitos de género-Cámara de Casación Penal-Sala I de la ciudad de Paraná, Entre Ríos.-).

⁹ Al respecto en muy interesante trabajo del Dr. Leandro Ríos, en Diario La Ley N°9914, Sección Tribuna, 16 de septiembre de 2021, el que se recomienda su lectura.

¹⁰ “guarda relación con la interpretación androcéntrica del derecho.-Tradicionalmente la figura de la legítima defensa fue utilizada para explicar situaciones de confrontación entre hombres, pero cuando el enfrentamiento es entre un hombre y una mujer, requiere considerar aspectos particulares.-Por ejemplo, el carácter cíclico y continuado de la violencia en las relaciones interpersonales, índice en la configuración de la “inminencia de la agresión” (conf. proyecto de ley sobre modificación del código penal art. 34 del 28 de septiembre de 2018 aprobado por el Senado y la Cámara de Diputados, publicado en la web www.diputados.gov.ar).

¹¹ “Di Mascio”: 311:2478; R.C.E s/Rcurso Extraordinario, “Leiva, Maria Cecilia s/Homicidio”, del 1 de noviembre de 2011, “R.C.E. s/Rcurso Extraordinario” del 29 de octubre de 2019”.

¹² “...De esta manera, se identifican tres requisitos fundamentales, los cuales han sido interpretados por la doctrina clásica.-Partiendo de esas premisas, la Corte analizó los planteos de la condenada.-Así, interpretó que en los casos de violencia de género no debe concebirse

Reconociendo esta asimetría como ángulo de razonamiento, es posible llegar a respetar desde un punto de vista operativo/funcional, la necesaria igualdad entre el hombre y la mujer.¹³

Con todo ello quiero indicar que, cuando se habla de “inminencia de la agresión”, cuando existe violencia de género previa, son otros los parámetros que se deben reunir para habilitar esta defensa.¹⁴

como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica.-La inminencia permanente de la agresión-puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia-y su carácter cíclico-si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo.-Por su parte, respecto del requisito legal de la necesidad y proporcionalidad del medio empleado para defenderse, la Corte afirmó que este requisito también se debe evaluar con perspectiva de género, lo que implica considerar no sólo el contexto en que se da la agresión y la respuesta sino también la continuidad de la violencia.-Consecuentemente, sólo se requiere que no haya desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión. Finalmente, en lo que hace a la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende requerida legalmente, advirtió que, conforme con los estándares citados, la idea de que cualquier comportamiento anterior a la agresión pueda constituir, en casos como el analizado, una “provocación suficiente” sólo puede obedecer a un estereotipo de género...”-(conf. Gisela Paola Villalba en www.sajj.gob.ar, 6 de febrero de 2020, La Legítima defensa en los casos de violencia de género....”.

¹³ “...En particular, la cuestión de género pone en primer plano la relación del concepto de ciudadanía con las “garantías”, entendiendo por tal aquellos mecanismos-accionabilidad en juicio- que permiten y aseguran el ejercicio eficaz de los derechos positivamente estipulados. Todo ello no deja en el umbral de nuestra conclusión: El impacto de los conceptos de género relevados y aquellos que pueden surgir, son introyectados por los sistemas jurídicos, norma y ordenamiento, como una dogmática específica del principio de igualdad en orden a garantizar eficazmente la universalidad de la ciudadanía.-Desde el iusgarantismo funcional, la cuestión de género es un formidable estímulo para concretar el genuino estatuto de igualdad (formal y sustancial) en el Estado constitucional de derecho..”(conf. Diario La Ley, Conceptos (de género) para Juristas N°9914, Sección Tribuna, 16 de septiembre de 2021, Leandro D. Ríos, pag. 8.-).

¹⁴ “...La necesidad de una agresión inminente se explica a partir de la reflexión de que la muy amplia atribución para ejercer una injerencia ligada al derecho de legítima defensa sólo puede ser concedida en una situación que sea característicamente inequívoca. Si la agresión es inminente, las intenciones del agresor, como regla general, estará a la vista, de modo que el riesgo de una defensa por error es comparativamente menor. Eso se verá diferente tan pronto uno incluya constelaciones en las cuales la agresión pueda ser repelida con perspectivas de éxito en la actualidad de ese momento previo.-En este caso, el riesgo de error es característicamente tan alto que no será admisible atribuir un derecho de injerencia limitado sólo por la necesidad. Por ello, la legítima defensa requiere por buenas razones una agresión al menos inminente. En

Este tipo de violencia, en la mayoría de los casos, implica una agresión constante, permanente y de variadas formas de realización, por ejemplo: golpes, amenazas, intimidaciones, controles obsesivos, encierros, etc., por lo que no hace falta que en ese estado sea necesario para que la mujer reaccione, que ella esté a punto de ser golpeada, sino que basta con que cuente con mejores chances para poder defenderse, aun cuando el hombre no esté en ese momento, en una posición de agresión actual.¹⁵

En este escenario, si una mujer aprovecha el único momento que tiene ese día y lugar para poder hacer cesar la violencia permanente y reiterada que viene sufriendo durante mucho tiempo, y se defiende cuando este hombre ese día no acometió en contra ella, es perfectamente viable recurrir a la legítima de defensa para justificar la lesión y/o inclusive el resultado fatal que haya provocado con su accionar (a lo que me explayaré en los párrafos siguientes).

En materia de agresión intrafamiliar, la reiteración de la violencia y la poca o nula atención que se le brinda a la mujer por parte de las autoridades públicas en la gran y lamentable mayoría de los casos, determinan sin lugar a dudas que la mujer se encuentre dentro de un ámbito de agresión doméstica constante y permanente, y como tal, la actualidad e inminencia de la agresión está latente siempre, inclusive el

tanto falte esto-como en el caso del voyeur-, al agredido le será concedido en todo caso de derecho por estado de necesidad, no tan amplio...” (Frister obra precitada pag. 326.-).

“...También cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada.-Por eso es admisible la legítima defensa especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación antijurídica.-Es cierto que el allanamiento de morada y la detención ilegal ya se ha consumado con las acciones de entrar y encerrar, respectivamente, pero la agresión sigue siendo actual mientras el intruso permanece en la sala, pero o mientras la víctima está, encerrada, por eso estarán justificadas las conductas de expulsar a la persona que ya ha entrado, o de volar la puerta del calabozo, como era necesario para liberarse...”(conf. Roxin, pag. 621).

¹⁵ “...En cuanto al recaudo de la “agresión ilegítima”..., una agresión es “actual” en términos generales cuando se está produciendo o cuando es inminente.-Ahora bien, en el caso de una confrontación hombre/mujer, Larrauri afirma que al no tener ambos contendientes la misma fuerza, basta que la agresión sea inminente, y por tanto, “una amenaza constituye por sí sola una agresión al tiempo que es anuncio de una agresión futura, y aunque haya cesado, subsiste la necesidad de defensa.-Y que entre el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad.-En hechos de violencia de pareja-como en el caso concreto-hay que valorar la secuencias de los mismos y los tipos y modalidades de las agresiones y no solo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal....(conf. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda “F. c/Rojas Echevarrieta p/homicidio simple s/Casación, del 23/06/2014).

día que por casualidad el violento no esté al acecho, y necesariamente debe enmarcarse tal situación dentro de las prescripciones del artículo 34 del C.P. relativos a la figura bajo examen.¹⁶

Por ello, cuando comprobada que fuera en un caso determinado que una mujer en forma reiterada y sistemática ha sido sometida a amenazas y/o golpes constantes por parte de su pareja (cónyuge o conviviente por ejemplo), sumado a la falta de atención o protección del Estado en la contención necesaria (por ejemplo denuncias anteriores no tenidas en cuenta o indebidamente archivadas, también probada en el juicio determinado), se puede concluir y determinar que en su conjunto que, esa mujer es una persona que viene siendo privada en su libre albedrío, nulificada y cosificada por el hombre, tratándose de una especie de privación de su libertad corporal, que transforman al hecho en un delito con efecto de características permanentes.¹⁷

En este sentido, se tratarían de claros casos de delitos permanentes (por diferencia a los de comisión instantánea), o como mejor encuadre el de delito continuado.¹⁸

¹⁶ “...Precisamente en el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende períodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión en el 32.-Esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decidir exactamente cuándo sucederá tal cosa.-Ese peligro permanente puede ser un peligro amenazante procedente de cosas, como la casa en ruinas que puede derrumbarse en cualquier momento, pero posiblemente también sólo al cabo de meses, pero también constituyen un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder a nuevos malos tratos...”- (conf. Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos-La estructura de la Teoría del Delito, CIVITAS, THOMSON REUTERS, pag. 903.-).

¹⁷ “...lo que sucede cuando el resultado lesivo se prolonga en el tiempo a voluntad del autor, como sucede en la privación ilegal de la libertad (art. 141 C.Pen)...”(conf. Rigui, Esteban, Derecho Penal, Parte General, Segunda edición actualizada, Ediciones Abeledo Perrot, pag. 203.-).

¹⁸ ...Sintetizando lo expresado, entendemos que habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una injerencia en la persona del mismo...”(Zaffaroni, Eugenio, tratado de Derecho Penal Parte General, Unidad y Pluralidad de delitos, pag. 563).

El delito continuado como hechos de reiteración de conductas de similares características¹⁹, tomando como base, la intención que en definitiva tiene un hombre violento de someter constantemente a la mujer, y con ese dolo unitario, cometiendo reiteradas lesiones, amenazas y la privar muchas veces en su libertad personal.²⁰

Siempre, al respecto, se debe tener presente la diferencia que existe entre delitos permanentes y delitos continuados que marca la doctrina.²¹

Ahora bien, tenemos que considerar que, la violencia de género no necesariamente puede ni debe estar configurada por reiteración de hechos, basta un solo acto de violencia del hombre para configurarla.²²

Tampoco se puede exigir que la mujer haya denunciado de inmediato a su agresor, o con anterioridad al suceso por maltrato, para que se encuadre procesalmente el caso en un contexto de violencia de género, porque ello en la

²⁰ “...Pero naturalmente, dada la contextualidad temporal y la persistencia de la situación motivacional, nada obsta a admitir la unidad delictiva en lesiones reiteradas a un bien jurídico “personalísimo” del mismo sujeto pasivo (por ej. Amenazas continuadas a la misma víctima), solución esta que, sin embargo, impide hoy el mencionado párrafo segundo del art. 69 bis, salvo que se trata de delitos contra el honor o la libertad sexual...(sigue)...En cuanto al delito continuado bastará, al igual que sucede con el resto de las unidades delictivas, con una correcta interpretación del tipo legal que venga en consideración, a la vista del suceso real acaecido, para dilucidar si nos encontramos ante una simple intensificación del injusto típico, persistente una misma motivación, en cuyo caso cabrá apreciar un solo delitos, o se trata por el contrario, de un supuesto de concurso real de delitos....”(conf. El Concurso de Delitos en la Reforma Penal, por Angel José Sanz Morán, Publicado en Angel Calderón Cerezo, cuadernos de Derecho Judicial. Unidad y pluralidad de delitos, Madrid, Consejo del Poder Judicial, 1995, páginas 189 a 239).

²¹ “...Recordados estos conceptos, para mostrar la diferencia entre ambas figuras, resulta suficiente con señalar que el delito continuado se configura con una pluralidad de hechos, cada uno de ellos con las características de un delito, en tanto que el permanente se constituye con un hecho...(sigue)...Lo expuesto permite concluir que sin perjuicio de la unidad de acción que caracteriza a ambos tipos de delitos, continuados y permanentes, la nota diferenciadora entre ambos a partir de los conceptos de consumación y agotamiento, estaría dada por el hecho de que en los primeros, la conducta aún no se ha consumado y mucho menos agotado mientras que en los segundos (permanentes), el delito se ha consumado y no agotado...”-(conf. Minoridad y Delito continuado, Por Mauro Menendez, trabajo publicado en www.terragnijurista.com.ar).

²² Conforme interesante fallo de la Corte de Justicia la Provincia de Mendoza fallo “Di Cesare”, 8 de enero de 2021”.

mayoría de los casos, por sus propias características, es imposible para una mujer en atención a su condición de sujeto vulnerable.²³

Por lo tanto, la violencia existe, aunque se presente en el marco de un solo hecho, y aunque el o los sucesos no hayan sido denunciados por la víctima, y también, en estos dos últimos supuestos, deben resultar de aplicación la justificación de la conducta de la mujer que se defiende.²⁴

El hombre maltratador, controla y dispone de la mujer como si fuera una cosa de su propiedad, ya que su víctima tiene bloqueada de manera directa o indirecta su posibilidad de salir de esa situación.²⁵

²³ “...Ejemplo de aplicación: STS (Penal) de 2.4.2019: “Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quién es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian, o no.-Y ello, no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo, y en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables....”(conf. Curso de Formación continua con perspectiva de género, Edición 2021, Modulo General, Tema 3, El Enjuiciamiento de Género, Lousada Arochena, José Fernando, Magistrado Sala Social de Galicia, pag. 10).

²⁴ “...Sobre la base de las anteriores consideraciones, y aplicando este primer criterio general, supondría introducir prejuicios de género: si se argumenta la ausencia de violencia de género en que se ha mantenido la convivencia marital, en que se ha tardado en denunciar al maltratador, en que no se ha solicitado ayuda en que se han retirado anteriores denuncias, o en que el elevado nivel de estudios de la mujer excluye la situación de violencia de género; si se argumenta la ausencia de agresión sexual en que la mujer agredida no ha tenido actitud de rechazo manifiesto a la agresión sexual.-No introducir prejuicios de género en la valoración de las pruebas, y en particular de la declaración de las víctimas de delitos sexuales o de violencia de género....”(conf. Curso de Formación continua con perspectiva de género, Edición 2021, Modulo General, Tema 3, El Enjuiciamiento de Género, Lousada Arochena, José Fernando, Magistrado Sala Social de Galicia, pag. 11).

²⁵ “...El superior Tribunal de San Luis sostuvo que se había probado el contexto de violencia de género en que vivía la imputada.-Así señaló que: “Cabe destacar que en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente por 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 asilando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza....”(conf. Legítima Defensa en casos de violencia de género, María Celeste Leonardi y Ezequiel Scafati, pag. 8).

Al identificarse estos hechos como delitos “permanentes” o “continuos”, poco importa que la agresión no se haya sucedido ese día y en ese momento, ya que la agresión desde este análisis, determina que esa mujer se defiende en todo caso igual ante una agresión, que siempre resulta ilegítima inminente y actual.²⁶

Ahora bien, esto no significa que con ello se brinde una “carta blanca” para emplear la fuerza a una mujer, sino que, acreditándose los extremos indicados, se aborden los requisitos de la legítima defensa desde otra perspectiva, atendiendo a las especiales circunstancias en que se encuentran este tipo de víctimas.

Lo mismo sucede con el requisito de la “necesidad racional del medio empleado” para repeler la agresión, para ello, se debe tener en cuenta todo lo expresado, en cuanto a que se debe flexibilizar también el criterio de la “proporcionalidad” de la respuesta de la víctima, resultando en una mujer hasta proporcional por ejemplo: la utilización de un arma de fuego para dar muerte a un hombre que se apresta a darle una paliza, siendo factible para ella usar solamente un palo que también tenía en ese mismo momento para repeler la misma agresión del hombre, ello así porque al tratarse de una agresión permanente y continua, para una mujer ese medio es el único que le puede resultar eficaz y no otro.²⁷

En definitiva, no debe perderse de vista que, cualquier ampliación de una causa de justificación o de un elemento o requisito de ésta, no resulta prohibido

²⁶ “...se señala que la violencia basada en el género es una agresión ilegítima definida por la Convención y que la inminencia debe ser considerada desde una perspectiva de género.-Se sostiene que en las uniones de hecho o derecho, la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica.-La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia-puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia-y en su carácter de cíclico-si fue maltratada, posiblemente vuela a serlo...”(conf. dictamen del Sr. Procurador General en el fallo de la C.S.J.N. “R.C.E. s/Recurso Extraordinario, del 29 de octubre de 2019).

²⁷ “.....El aludido documento del CEVI señala que este requisito también se debe evaluar desde la perspectiva de género, que implica considerar el contexto en que se da la agresión y la respuesta.-No requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia.-Se sostiene allí que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse.-No se requiere proporcionalidad del medio, dio la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión....”-(conforme fallo de C.S.J.N. “R.C.E.” precitado).

para nuestro derecho penal, ya que se trata de una aplicación derivada de una interpretación “in bonam parte”.

La Corte Suprema de nuestro país de manera expresa ya ha decidido la cuestión en este sentido recientemente, por lo que resulta de aplicación a todo nuestro país estos criterios.²⁸

Recopilando entonces, debe considerarse de que existe legítima defensa, no sólo ante la reiteración de hechos probados y denunciados de violencia anterior al suceso, sino que también, cuando una mujer se defiende del maltrato de un hombre en el siguiente contexto:

1.-Cuando no hay una agresión que se esté produciendo en ese momento, pero la violencia de género que sufre supone que se está en presencia un delito de características permanentes o continuas.

2.-No resulta necesario que en el suceso existan reiterados maltratos anteriores, solo basta uno solo hecho para configurarlo.

3.-Así como no es indispensable la acreditación de hechos anteriores, tampoco es necesario que la mujer los haya denunciado o que se los haya contado a terceros que a la postre oficien de testigos.

4.-El criterio de proporcionalidad entre la agresión y defensa debe flexibilizarse y adaptarse a la extrema vulnerabilidad de la mujer ante el hombre, y no se requiere que ante dos medios de defensa la mujer escoja el menos lesivo.

5.-Tampoco se requiere probar en la mujer que ésta presente lesiones en su cuerpo, para arribar a la conclusión de que si no las tiene no fue víctima de violencia.²⁹

Resulta claro que, dentro de un proceso no será lo mismo desde el punto de vista probatorio, acreditar los extremos cuando el hecho es uno solo y no existen denuncias anteriores presentadas por la mujer, que cuando existen antecedentes escritos, testigos y/o lesiones en el cuerpo, pero ello no resulta un obstáculo para poder encuadrar debidamente y bajo estos parámetros el hecho.

²⁸ Conforme precedente “R.C.E.”.

²⁹ Conf. recomendación General de Expertas del Mesecvi (nº1) Legítima Defensa y Violencia contra las mujeres).

Será tarea de la defensa y en su caso quienes tiene que decidir en definitiva, evaluar las circunstancias que se presenten en cada caso particular con absoluta mesura y prudencia, a fin de no generar una especie de “carta blanca” para lesionar o dar muerte sin razón a una mujer, ni tampoco, descartar de plano una defensa necesaria.

En cualquiera de los dos casos, debe tenerse muy presente, que en este tipo de situaciones, al tratarse de sujetos vulnerables, su declaración cuidada en el juicio, reviste una importancia supina³⁰, así como también la opinión en el juicio de un experto o especialista en la materia (psicólogo y/o psiquiatra) puede resultar vital y determinante para la verdadera comprensión de las circunstancias.³¹

Por ello, considero que si no existen antecedentes, ni reiteración de hechos, ni lesiones en la víctima como datos probatorios, resultará vital para la defensa de la mujer, el testimonio que brinde ésta en el juicio de cómo sucedieron los hechos, concatenando los mismos con las conclusiones que arribe un especialista dentro del marco de una pericia psicológica-psiquiátrica que se le efectúe.

Con estos dos elementos probatorios en el proceso, se podrá demostrar y construir la convicción necesaria de que ha existido o no en el caso, la justificación de la conducta ante el ataque del hombre.

Para concluir en este punto, las consecuencias de no adecuar la figura conforme a las pautas indicadas precedentemente, sin lugar a dudas, violentaría de

³⁰ “...Las particulares características de los hechos de violencia doméstica y de género hace que cobre especial relevancia, como sucede con la violencia sexual, física y psicológica, el relato de la víctima...” (conf. Jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre violencia de género, Centro de Perfeccionamiento Ricardo Nuñez, pag. 56).

³¹ “...En cualquier caso, el reconocimiento de los antecedentes de violencia resulta esencial para comprender el grado de peligro al cual está expuesta la mujer y también para evaluar su reacción frente a la amenaza avizorada.-Para ello, el testimonio de un experto en violencia puede resultar de gran ayuda.-El experto podría explicar por qué, en razón de las golpizas anteriores a las que fue sometida la mujer, ella estuvo en una situación de alto riesgo y en una posición especial para predecir la magnitud de la violencia que se desencadenaría.-Este tipo de información sería concluyente para evaluar la razonabilidad de la creencia de la mujer de que el peligro estaba en puerta...(sigue)...Si bien un informe de este tipo no necesariamente “hace al caso” de legítima defensa, sí puede ser apropiado para presentar los datos que servirán para decidir si la percepción de la mujer sobre la inminencia de la agresión era razonable o no...”(conf. Mujeres que Matan, Legítima Defensa en el caso de mujeres golpeadas, Artículo publicado en la Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis N°5/2006, mayo de 2006, Julieta Di Corleto, pag. 14/16).

manera institucional a una mujer, generando ello un serio compromiso del país ante los organismos internacionales.³²

II.- ¿Existe una conducta antijurídica o atípica?

Siguiendo al Dr. Omar Palermo³³, en su excelente análisis sobre el tema³⁴, la evaluación de la legítima de defensa, no debe hacerse a nivel de antijuridicidad, sino que en el estadio anterior, el de la tipicidad objetiva.

El hombre violento que es lesionado o pierde la vida a consecuencia de una defensa necesaria de la mujer, es el que tiene toda la culpa en el acontecer.

Palermo enseña que, el fundamento de la Legítima Defensa estriba no en la teoría individual (protección de bienes jurídicos), ni en la supraindividual (como confirmación de la vigencia normativa con la defensa), sino que, se observa el hecho desde los deberes que infringe el agresor (deberes negativos y positivos), no desde el punto de vista del agredido sino de lo que hizo el agresor, siguiendo a Jakobs, el agresor tiene responsabilidad por la injerencia que realizó.

En el caso de la defensa entre garantes, y específicamente entre personas unidas en matrimonio o concubinato, que resulta agredido, el agresor incumple dos deberes, no solo se arroga el ámbito de organización del agredido, incumpliendo su deber negativo, sino que también incumple su deber positivo de su rol institucional, el cónyuge no solo lesiona, sino que además incumple su deber positivo de mejorar su posición.

Es más culpable, se agrava su responsabilidad, y además se pregunta este autor: ¿Por qué entonces hay que tener mayor contemplación cuando las agresiones se dan entre comunidades estrechas (matrimonio, relación de pareja,

³² “...Por lo tanto, se deben valorar los hechos con objetividad, y atendiendo al contexto en el cual se producen, sin que se pueda valorar con carácter prejuicioso la actuación de la víctima, o de las partes, lo cual supondría una discriminación y, en contextos de violencia de género, constituiría una violencia institucional....”(conf. conf. Curso de Formación continua con perspectiva de género, Edición 2021, Modulo General, Tema 3, El Enjuiciamiento de Género, Lousada Arochena, José Fernando, Magistrado Sala Social de Galicia, pag. 11).

³³ Dr. Omar Palermo, Ministro de la Corte Suprema de Mendoza, Profesor titular efectivo de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Cuyo Mendoza, Doctor en derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España, bajo la dirección del Catedrático de Derecho penal Dr. Dr. H.c. Jesús María Silva Sánchez (2005) entre otros.

³⁴ Omar Palermo, La legítima Defensa una revisión normativista, tesis cuyo director es el profesor Jesús María Silva Sánchez, Universitat Pompeu Fabra (España) 2005.

etc)?, ello no resulta correcto, es un caso de legítima defensa convencional no estado de necesidad, cuando se da una agresión en ese ámbito, una mujer tiene derecho a la legítima defensa con todas sus consecuencias.

Si la agresión lo es porque es enteramente imputable del agresor, si este es responsable de la agresión, es responsable tanto por las consecuencias de las lesiones que le causa al agredido y a sí mismo, se trata de lesiones autoprovocadas.³⁵

Este autor mendocino toma la idea de autolesión y heterolesión, quién es el responsable de las lesiones provocadas por el accionar de un agresor, por ejemplo: ¿si el agresor es ultimado por quién se defiende, esa muerte se le atribuye al agredido defensor o a la propia víctima?, En este caso, se debe definir a nivel de imputación objetiva, es decir no definirla como legítima defensa, que si bien el que mata es el último que actúa no es el último responsable, el agresor es el último responsable desde el punto de vista normativo, naturalísticamente si es el agredido quién da muerte, pero el último responsable es el agresor, éste es el único competente de su propia agresión.

Por lo tanto la legítima defensa no es un caso de heterolesión como dice Jakobs, sino de autolesión, el agredido no es responsable, la legítima defensa es un caso de AUTO-LESION.

Si se aplican las consecuencias sistemáticas de esta idea, en la teoría del delito se provoca un cambio de significación dogmática, por ejemplo: cuando

³⁵ “...La razón de ello es el respeto a la autonomía del lesionado, garantizada por los arts. 1, 2, GG.-Nuestro ordenamiento jurídico considera que no es cometido del Estado tomar a los hombres en tutela.-Estos, básicamente, tienen el derecho de decidir por sí mismos acerca de si ellos querrán poner en peligro sus bienes jurídicos por su propia conducta, y en qué medida.- En correspondencia con ello, el ordenamiento jurídico tampoco puede reprobar en general acciones que solamente les posibilitan a otros tal auto-puesta en peligro. Antes bien, el respeto a la autonomía del lesionado impone, básicamente, no valorar como riesgo no permitido de realizar el tipo el mero posibilitar una auto-puesta en peligro que se basa en una decisión voluntaria imputable.-Por ello, p. ej. Un montañista que le propone a otros la iniciativa de hacer un paseo de montaña extremadamente peligroso y que los insta, por medio de ello a participar de ese paseo, en general no crea un riesgo no permitido para la vida de los congéneres.-Si bien su propuesta, en caso de que alguien muera en el paseo, habrá causado la muerte, el resultado no le será objetivamente imputable a aquél, debido a la autopuesta en peligro autónoma del interviniente....”(conf. Helmut Frister, Derecho Penal, Parte General, Ediciones Hammurabi, pag. 205).

colisionamos a una víctima en la calle que se cruza indebidamente, decimos que la víctima viola sus deberes de autoprotección y el que la choca no es responsable, ya que la víctima ha sido imprudente y violó sus deberes de autoprotección.

Incluso la víctima si tiene mala suerte o por cuestiones del destino, está en la vereda parada, pasa un auto y se le desprende un neumático del auto y mata a esa persona, no es responsable el conductor del auto (de probarse que tenía todo en orden) sino que el hecho es producto de un infortunio.

Es decir, si la víctima en los casos de accidentes de tránsito, tanto si es imprudente o incluso si existe este episodio del destino, las consecuencias se le imputan a su propia responsabilidad, en el caso de la agresión ilegítima que además es culpable (dolosa) quién agrede, mayor aún debe considerarse que las lesiones que reciba, o incluso su muerte, son consecuencias de su autopuesta en peligro.

La legítima defensa es una imputación a la víctima, al ser una autolesión no puede imputarse al que lesiona, lo que excluye es la imputación objetiva, ya a ese nivel se debe definir el tema, no en la etapa posterior de la Teoría del Delito, de las causas de justificación.³⁶

Que esta tesis de Palermo, tendría que soportar la crítica que Gimbernat Ordeig hace a la teoría de la autopuesta en peligro de la víctima como causal de exclusión de la imputación objetiva.

Este autor español, afirma que la conducta de la víctima no puede ser tenida en cuenta para excluir la responsabilidad del autor, tomando para ello como ejemplo la prohibición de la ayuda al suicidio, la ley con ello deja en claro que si pune la conducta de quién ayuda a la víctima a suicidarse, con más razón el que aporta algo para que ésta se muera.³⁷

³⁶ “...En tercer lugar: la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima forma parte de la teoría objetiva.-a)De lo expuesto se deduce fácilmente que desde la perspectiva aquí adoptada, la “imputación a la víctima” debe configurarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva: la imputación del comportamiento o de la conducta.-En efecto, si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor...”(conf. Cancio Meliá, Manuel, conducta de la víctima e imputación objetiva).

³⁷ “...La primera de las cuestiones implica al mismo tiempo una delimitación del objeto de reflexión: se trata de esbozar la relevancia de las normas especiales del Derecho positivo, en particular las referencias a la intervención en un suicidio ajeno, para el problema general de imputación planteado.-Como se habrá advertido por la formulación anterior, el punto de vista

Canció Melia, considera que esa norma en concreto es especial pero que no se puede tomar un criterio general para el resto de las constelaciones de casos.³⁸

En definitiva, debo reconocer que el abordaje sobre el asunto por parte del Dr. Palermo es el indicado para arribar a una solución más justa para una mujer que mata o lesiona habiendo sufrido violencia de género, toda vez que, su

que aquí se sostiene es que estas normas son eso, normas especiales, es decir, que no prejuzgan fuera de su ámbito de aplicación las soluciones a las que haya de llegar el sistema de imputación.-Es ésta una convicción que probablemente es asumida por la mayoría de quienes se han ocupado-sobre todo, en fechas recientes-del problema que aquí interesa.-Sin embargo, por un lado, lo cierto es que existen voces significativas en la doctrina que quieren establecer una conexión entre la cuestión del suicidio y su respuesta normativa y la relevancia general de la conducta de la víctima.-Por otro lado, la convicción más o menos amplia a la que antes se aludía no suele plasmarse en una formulación de las diferencias que separan uno y otro sector.- En primer lugar, se ha afirmado que la punición de la intervención en un suicidio ajeno demuestra que la vida es un bien jurídico indisponible, y que como consecuencia de ello, aún en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiere sacrificar, sino asume una conducta que lo pone en riesgo-dicho, de momento, de modo aproximado-, esta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quién interviene en el hecho junto a la persona lesionada.-Conforme a esta opinión, por tanto todo el sector de comportamientos relacionados con el bien jurídico vida quedaría abarcado por la valoración expresada por el legislador al incriminar determinadas modalidades de intervención en el suicidio....”(conf. Conducta de la Víctima e imputación objetiva, Canció Melia, Manuel, pag. 6).

³⁸ “...dicho de modo sintético, en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida-en efecto: intervenir en la disposición está tipificado-, mientras que en el contexto de las puestas en peligro (el ámbito del no-suicidio del que antes se hablaba) el significado de la conducta-ya en términos objetivos, con independencia de que los intervinientes se representen la posibilidad de que se produzca la muerte-es muy distinto.-En este otro ámbito, el suceso viene determinado por la incertidumbre de los acontecimientos, lo que le priva del significado de constituir una lesión-disposición del bien en el sentido de las normas que incriminan la intervención en un suicidio ajeno.- Es por esta razón que la pretensión de deducir “de la imposibilidad de disponer de la propia vida la inadmisibilidad jurídica o moral de exponer a riesgos la propia vida” es “tan equivocada como la equiparación del suicidio a la participación en una escalada alpina arriesgada” (SCHAFFSTEIN).-Lo que queda claro es que en ningún caso puede sostenerse que exista una protección omnicompreensiva del bien jurídico vida frente a las conductas de su propio titular (con intervención de otro).-Sólo aquellas conductas que se presenten como de disposición entrarán en el ámbito de las normas especiales.....”(con. Canció Meliá obra precitada pag. 7).

conducta ya no puede ser considerada ni siquiera a nivel de la antijuridicidad, una mirada desde esta óptica elimina ya la tipicidad de su conducta, y se concluye con justicia y razonabilidad que el único responsable por la muerte es el propio hombre violento que pereció o resultó lesionado en él episodio, quién con su conducta abusiva y violenta forjó su propio destino.

III.- Necesidad de un Reconocimiento Legislativo

Que más allá de que comparto en un todo el razonamiento de que la legítima defensa no es en realidad una causa de justificación, sino de exclusión del tipo objetivo, en nuestro derecho positivo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sigue sosteniendo de que se trata de una causa de justificación.

El artículo 34 inc. 6 la contiene expresamente, y también, incorporó dos casos puntuales de legítima defensa presunta.

Ahora bien, una de las formas de reivindicar los derechos a la tutela judicial efectiva de estas mujeres que se defienden de los hombres golpeadores y maltratadores, y para contar con una previsión expresa desde el punto de vista del principio de legalidad, evitando distorsiones e incorrectas interpretaciones de los operadores judiciales que terminan provocando una violencia institucional, entiendo que ayudaría a todo este panorama una modificación del inc. 6 del artículo 34 del C.P., incorporando como legítima defensa privilegiada, a la que se produce por una mujer en un contexto de violencia de género.

Actualmente, existe al respecto un proyecto de ley para modificar del código penal en este sentido.³⁹

Así, además de los dos casos ya conocidos y expresamente dispuestos por la norma penal, como lo determina el proyecto de ley, se deberá incorporar este supuesto, el que daría la posibilidad de presumir “*iuris tantum*” que una lesión o

³⁹ El proyecto dice textualmente: Artículo 1.-Modifícase el inciso 6° del artículo 34 de la ley 11.179, Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente forma: 6° 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 impedir la o repelerla; c)Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.-Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.-Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.-Igualmente respecto de aquella mujer que sufriera una agresión en un contexto de violencia de género.

hasta la muerte del agresor, provocada por una mujer en un contexto de violencia de género se encuentra justificada salvo prueba en contrario.

Esto permitirá y será beneficioso para protección de las mujeres, al menos que ellas en principio tengan una presunción a su favor, derivando con ello consecuencias procesales inmediatas que repercutirían por ejemplo en su estado de libertad durante la tramitación de la causa.⁴⁰

Así, cualquier Juez que tenga en sus manos un caso de este tipo, y que además se encuentre previsto como defensa privilegiada expresamente tipificada en la ley, no podrá (salvo que cometa un grueso error) mandar a prisión a esa mujer al menos mientras dure el proceso en su contra.

De esta forma, a simple vista, se podrá advertir de que manera serviría como un gran dique de contención, el que evitaría desde el primer día del hecho, que la violencia ya padecía por esta mujer se vuelva a producir, pero esta vez en manos del Estado a través de la violencia institucional.⁴¹

Además, otras de las consecuencias prácticas desde el punto de vista procesal, sería la inversión de la carga de la prueba, deberá ser el Estado (a través de la acusación) el que aporte elementos para descartar que el hecho no se produjo en un contexto de violencia de género, empoderando y generando equidad para estas mujeres dentro de un proceso penal.

En un caso así, la presunción de legitimidad de la defensa empleada debe ser valorada como el resguardo necesario de la garantía de igualdad que ostentan una mujer con un hombre, en tanto éste último no tiene derecho a maltratar a una

⁴⁰ “...Situación análoga sucedió con el caso “Leiva” que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.-Si bien en este caso particular la mujer obtuvo una respuesta favorable a su planteo ante la CSJN, lo cierto es que se vio privada de la libertad por un hecho cometido en legítima defensa desde aproximadamente mediados de junio de 2005, por lo menos, hasta la fecha de la sentencia de la Corte, en noviembre de 2011.- (conforme fundamentos del proyecto de ley de modificación del código penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, por Sigrid E. Kunath).

⁴¹ “...En síntesis, los máximos efectos punitivos procesales que arriesga quién se encuentre en la situación de legítima defensa privilegiada es hoy día la de ser detenido en su casa o en la casa que se designe cuando no se tiene una dentro del territorio jurisdiccional del Tribunal, y tanto en este caso, como en los demás casos de legítima defensa, la ley ha establecido el máximo de facilidades para el otorgamiento de la libertad provisoria aún incluso sin fianza.....”(La legítima Defensa y la legítima defensa privilegiada, Mario Guillermo Rojo Araneda, Universidad de Santiago de Chile, trabajo publicado en página web Dialnet).

mujer por su condición de tal y por su superioridad física, por el solo hecho de creerse dueño de esa mujer.

En definitiva, considero que esta futura modificación de la ley penal, constituirá una eficaz herramienta para no cometer injusticias ante mujeres que se encuentran en estado de inferioridad y vulnerabilidad, evitando encierros indebidos y que acarrearán graves e irremediables daños, procurando la rápida recomposición de su situación ante un proceso penal que se le ejerza en su contra.

El test de legitimidad que le brindará a su actuación en defensa de sus derechos a partir de esta reforma se presumirá, generando un amparo legal de protección de sus derechos, y advirtiendo a los operadores judiciales que ese caso cuenta con una poderosa presunción de actuación conforme a derecho por parte de esa mujer, que solo prueba en contrario y dentro del debido proceso podrá ser desacreditada.

Con ello, se concretaría un gran avance legislativo en el respeto integral de la mujer en uno de los episodios más graves que le puede tocar en su vida de martirio, defenderse contra el violento.

IV.- Conclusión

En estas breves líneas, he intentado hacer un humilde aporte a fin de poner de relieve, de qué manera poco a poco se va logrando que las desventajas que tenían estas mujeres en el análisis clásico de la figura de la legítima defensa, hoy esto ha cambiado, siendo necesaria una adaptación a las nuevas tendencias y exigencias sociales siempre en miras de lograr la igualdad real entre el hombre y la mujer.

Para ello, el instituto de la Legítima defensa debe readaptarse a las nuevas tendencias, y dentro de éste cambio, deben reinterpretarse sus requisitos desde una perspectiva de género.

También sistemáticamente se ha demostrado que, siguiendo a autorizada Doctrina, en un caso así, la mujer no ha realizado la conducta típica, sino que su situación debe resolverse a nivel del tipo objetivo, ya que la lesión que recibe el hombre violento debe ser a su cuenta, por su autopuesta en peligro dolosa anterior.

Por último, se advirtió la necesidad de una modificación del inciso 6 del artículo 34, implicando ello una rápida solución a distintas situaciones injusticias

que ya se han observado en procesos contra mujeres que han incurrido en episodios dolorosos por haber sido víctimas de violencia.

Finalizo indicando que, pretendo que este aporte sea una manera entender la problemática desde su verdadero alcance, para de esta forma poder canalizar un proceso judicial contra mujeres desde otro ángulo, evitando injusticias y la violencia institucional posterior que sufren sin lugar a dudas por la incorrecta perspectiva utilizada por los operadores judiciales.