

- **Título: “Acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales: un principio de análisis”.**
- **Autor:** Ezequiel Vacchelli. Ponencia realizada a partir del trabajo dirigido por el Prof. Dr. Omar Palermo en el marco del programa de becas para la investigación del Rectorado de la UNCuyo.
- **Pertenencia institucional:** Facultad de Derecho, UNCuyo.
- **Resumen:***Dar respuesta a los supuestos de agresiones entre personas vinculadas institucionalmente ha generado extravíos y desconciertos tanto en la pluma de la doctrina como en las sentencias de los tribunales. Particularmente, en las agresiones entre cónyuges podemos observar distintas constelaciones de casos, entre las cuales me ocuparé específicamente de las acciones defensivas en contextos no confrontacionales. En relación con ellas los autores han realizado diversos análisis. Todos ellos son verosímiles y quizá verdaderos; para corregirlos, no puedo ofrecer a cambio de mi breve trabajo, conclusiones inauditas. La tesis que defenderé -estado de necesidad defensivo ante un peligro continuado-, ya ha sido sugerida en otras obras; la novedad, si la hay, consiste en fundamentar esta solución sistemática partiendo de un sustrato epistemológico definido, vinculado a la teoría del rol social y a la específica configuración de la sociedad en lo que respecta a la identidad de género. Indagar sobre estos problemas, es el fin de este artículo.*
- **Palabras clave:** Legítima defensa – Agresiones entre cónyuges – Restricciones ético-sociales – violencia de género – Clitemnestra – Estado de necesidad defensivo ante un peligro continuado.

## **I. El mito de Clitemnestra.**

Ya en la mitología griega se advierten, a partir de la visión que nos ofrece la tragedia, casos de agresiones entre cónyuges. Si examinamos el mito del personaje de Clitemnestra, no tardaremos en percibir que el relato que la involucra no sólo es una leyenda genial del conflicto histórico de poderes entre el hombre y la mujer sino que, además, condensa algunos de los problemas dogmáticos sobre los que indagará este trabajo. De acuerdo con los poemas homéricos, Clitemnestra fue una reina del Peloponeso casada con Agamenón, un gallardo y soberbio general griego que asesinó a Tántalo, su primer esposo, para obligarla a casarse con él. Asimismo, tiempo después, sacrificó en el altar de la diosa Artemis a la hija de ambos –Ifigenia- para ser favorecido en la guerra. Víctima de innumerables ofensas de parte de Agamenón, quien no sólo la dañó en sus derechos de madre, sino que además, la sometió a constantes maltratos que atentaron principalmente contra su dignidad como esposa, Clitemnestra decidió darle muerte. Un detalle de esta historia -que será de interés a los fines de este trabajo- tiene que ver con el contexto en el que se produce esta muerte: la reina micénica mata a Agamenón mientras éste se encontraba descubierto tomando un baño. Como nos cuenta Esquilo en la primera obra de la trilogía de la Orestíada, Clitemnestra revela “...*Yo descargué el golpe ante mi esposo; y obré de tal manera, no os lo voy a negar, que no ha podido huir; una red sin salida, cual la trampa para peces...*” Aquí estamos frente a un caso figurado de agresiones entre personas vinculadas institucionalmente, en el cual, el cónyuge agredido despliega su acción defensiva en un contexto no confrontacional, problema que será tratado en los próximos apartados con especial atención.

El potencial analítico de esta leyenda es fascinante. Sin entrar aun de lleno en el examen dogmático de la conducta de Clitemnestra, en los siguientes párrafos, con el fin de dejar en claro algunos presupuestos metodológicos que he tomado como punto de partida para realizar este trabajo, fijaré mi atención en la suerte que corrió en esta historia nuestra heroína. La conducta de Clitemnestra tolera varias explicaciones sistemáticas, acaso ella podría haber actuado amparada bajo una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo), acaso podría haber sido exculpada (miedo insuperable), acaso podría simplemente haber sido declarada responsable por su hecho (homicidio calificado por alevosía). No obstante ello, me animo a decir que nadie dudaría en afirmar que este fatídico final es en gran parte explicable a raíz de los

constantes maltratos que ella sufría de parte de su marido. Esta conjetura es verosímil, sin embargo, todavía nada nos dice de por qué en esta leyenda la sangre volvió a correr, esta vez en las manos de Orestes y Electra –hijos del desdichado matrimonio mitológico-, quienes convinieron darle muerte a Clitemnestra. Esto, en tanto para ellos el filicidio de Agamenón había tenido una apariencia inocua, mientras que, la conducta de su madre había sido un salvaje asesinato.

## **II. Fundamentos y consideraciones preliminares.**

### **a. El rol social como presupuesto delimitador en la imputación penal.**

El desenlace de esta leyenda es algo más que un mero ingrediente dramático; este desenlace representa que -a pesar de las intuiciones que tengamos en tal o cual sentido sobre la solución de un caso-, no podremos explicar nunca un curso lesivo a través de la imputación si no tenemos en cuenta el contexto social en el cual aquel se produce. Para un punto de partida metodológico funcional, sociedad y Derecho penal están íntimamente vinculados. La imputación como forma no es un invento moderno, sino que se reconduce a los inicios de la cultura humana, siendo su contenido variable y dependiendo del correspondiente orden en el cual se gesta. Es por ello que, necesariamente, el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad específica de la que se trate determinará el diseño de cualquier estructura dogmática. El Derecho penal constituye una tarjeta de presentación altamente expresiva de la sociedad-las normas vigentes en la Grecia de los tiempos de Agamenón y Clitemnestra eran lo suficientemente elocuentes para representar a la sociedad en la que ellos vivían-. A la inversa, también de cierta sociedad, es posible inferir el sistema de normas que le rige -una sociedad cuyo principal valor era la victoria de los hombres en la guerra y en la cual era preciso llevar a cabo sacrificios humanos para agradar a los dioses, diferenció un corpus normativo reflejo de tales orientaciones-. Como surge nítido del último fragmento de nuestra historia, en los tiempos en que se gesta el mito, la mujer de un alto jefe militar que resuelve matarlo para terminar con los constantes maltratos hacia sí misma y su descendencia, nunca hubiese podido invocar un derecho a la legítima defensa para eximirse de responsabilidad –vale decir, que ni siquiera pudo hacerlo frente a sus propios hijos-, ya que aquella conducta distaba mucho de las expectativas de conducta que existían sobre ella en ese orden social. En el caso específico del mito, esto era así por dos razones: la primera, su marido sacrificó a Ifigenia de una manera ritual y lícita, puesto que, lo hizo por mandato divino de la diosa de Artemis y sobre su

altar. La segunda, el rol que jugaba la mujer en la sociedad en la que el mito se gestó, le quitaba relevancia a ella misma y se la otorgaba sólo en función de la familia y del hombre, naturalizándose así en la cotidianeidad la brutalidad de sus maridos. La adecuación social de las conductas de Agamenón hizo que la sociedad de aquel tiempo, de la que sus hijos formaban parte, entendiera el filicidio y los maltratos como inocuos, mientras que en relación con Clitemnestra, el imaginario social fuera precisamente el inverso.

Clitemnestra desafió el sistema masculino de justicia de su tiempo, pidiendo ser juzgada en los mismos términos que un hombre y que su conducta fuera vista desde una perspectiva diferente a la condicionada por su rol social de mujer. Sin embargo no tuvo éxito, y fueron su propios hijos quienes objetivando la dinámica social de la época tomaron el final de la leyenda en sus propias manos. En esta línea, son esenciales los aportes de Niklas Luhmann en relación al concepto de *estructura*. El sociólogo alemán habla de estructuras sociales –idea que luego será adoptada por el funcionalismo sistémico para explicar las estructuras de imputación del sistema jurídico-penal-, a las cuales dota de características especiales, la principal de las cuales fue salvarla del inmovilismo que siempre habían implicado. Las estructuras sociales se forman como estructuras de expectativas y producen una reducción de complejidad social, de modo que, los partícipes del sistema social pueden esperar determinados episodios sociales minimizando (aunque no eliminando) las posibilidades de defraudación. A modo de ejemplo, en la Grecia antigua, existía una estructura social que permitía el sacrificio humano para agradar a los dioses, pero alrededor de esta institución, existía a la vez, la expectativa de que sólo se realizara bajo ciertas condiciones: en un lugar específico (el altar), siguiendo un procedimiento particular (el ritual) y sólo luego de que se produjese una situación que ameritase la ayuda divina (la guerra).

La estructura social más importante que diferencia la sociedad con el objeto de reducir su propia complejidad es el rol social. Dicha estructura informa y orienta todas las relaciones sociales, de modo que los actores estructuran su comportamiento conforme a ella. El rol es diferenciado por la propia operación de la sociedad, delimitado por ella y, por ende, variable. Esto significa que los roles sociales se modelan en cada sociedad y por ello sólo tienen validez en el sistema social que los diferencia. Incluso los sistemas sociales de las sociedades más primitivas, son fuente de roles. Esta forma de entender el

rol social es la que presenta más ventajas para explicar la operación del sistema de imputación, y para delimitar las defraudaciones a las expectativas sociales. El rol social se transforma, de este modo, en la piedra de toque de la imputación jurídico penal. Ello así, en tanto en los sistemas sociales, los roles son el conjunto de expectativas sociales dirigidas a un individuo en una determinada ubicación social; y dichas expectativas forman una determinada estructura social que es recibida por el individuo (como sujeto) en forma de normas. Estas normas, en cuanto forma de expresión de las expectativas sociales, serán las que orienten la conducta de los partícipes del sistema.

En su proceso evolutivo, la sociedad ha diferenciado un sistema especializado en el mantenimiento de ciertas expectativas en caso de verse defraudadas. Este es el sistema jurídico-penal, el cual posee internamente estructuras que lo mantienen orientado al cumplimiento de su función. Entre ellas se encuentran el principio de legalidad y sus derivaciones, los principios de proporcionalidad, humanidad, igualdad, culpabilidad y protección exclusiva de bienes jurídicos, entre otros. Como estos principios se orientan al cumplimiento de la función propia del sistema jurídico-penal, nada podremos decir de ellos sin indagar antes, sobre la función del Derecho penal. En esta línea, Jakobs escribe: *“No sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros en un nivel inferior de abstracción), a los que la dogmática jurídico penal ha atribuido de modo continuado una esencia o –más vagamente- una estructura (lógico-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos acerca de los que no se puede decir nada sin atender a la misión del Derecho penal, sino que el propio concepto del sujeto a quien se imputa se muestra como un concepto funcional”*. El Derecho penal tiene la misión de garantizar la identidad normativa de la sociedad. Y esto ocurre cuando se toma el hecho punible en su significado -como aporte comunicativo y expresión de sentido-, y se responde ante él mediante la pena. Por ello, la misión del Derecho penal está directamente ligada al concepto y fin de la pena. La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma, y mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma y que la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haberla infringido.

Si lo dicho hasta aquí es cierto, si el sistema del Derecho penal protege la identidad normativa de la sociedad, podríamos inferir que también protege los roles sociales. A pesar de que tradicionalmente el tratamiento teórico del rol de la mujer en el sistema

social no ha sido incorporado de un modo sistemático, debajo de muchas operaciones del sistema jurídico-penal yacen consideraciones de su alcance. El caso de Clitemnestra nos deja ver que la determinación de los contornos y límites de instituciones como la legítima defensa, el estado de necesidad defensivo y las causas de exculpación llevan implícito de un modo u otro, la consideración de la perspectiva de género de la mujer como partícipe de la vida social y de las expectativas que a ella se dirigen. Por lo tanto, el contenido del modelo dogmático que se proponga para resolver los casos sometidos a análisis no podrá desconocer nunca la perspectiva de género en el contexto social en el que se aplique.

#### **b. Perspectiva de género: implicancias dogmáticas.**

Las consideraciones de los párrafos precedentes (explicitadas acabadamente, desde luego, en la teoría de sistemas) permitirían un inacabable debate; yo las he invocado a grandes trazos para intentar echar luz sobre los problemas dogmáticos que plantean los supuestos de acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales. Hasta aquí, con este propósito he postulado que la configuración concreta del rol social de los sujetos a la luz de la perspectiva de género deberá definir y dotar de contenido a las categorías dogmáticas que utilizemos para resolver los casos de agresiones entre cónyuges. Para defender esta idea, he dado argumentos a partir de la teoría de sistemas, la teoría del rol social y el funcionalismo sistémico. Ahora, probablemente, el lector se esté preguntando ¿qué significa tener en cuenta la perspectiva de género al momento de hacer dogmática penal? Dar, por lo menos, una respuesta provisoria a esta retórica implica indagar profundamente sobre los sistemas de valores y cualidades socialmente atribuidos a la mujer como sujeto del Derecho penal. La discusión -la mera exposición- de este tópico, rebasaría los límites del presente artículo; no obstante ello, intentaré hacer una breve referencia a algunos de los problemas que plantea la incorporación de la perspectiva de género en el la praxis jurídico-penal.

Es un hecho notorio que la instalación de la violencia de género en la agenda pública ha generado avances significativos en el sistema legislativo, el cual no ha permanecido neutral frente a ella. La consolidación tanto en el campo nacional como internacional de un amplio consenso sobre la relevancia político-criminal de la perspectiva de género, impulsó grandes cambios en la producción, interpretación y aplicación de las leyes. Si bien la Constitución Nacional no contiene disposiciones expresas referidas a la

violencia contra las mujeres, la incorporación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, como tratado con jerarquía internacional, implica que el Estado asumió obligaciones antidiscriminatorias. Dos repercusiones quiero destacar en el sistema jurídico-penal que fueron consecuencia necesaria del cumplimiento gradual de los compromisos asumidos luego de la reforma constitucional del año 1994. La primera, la generación de un corpus normativo interno acorde a tales orientaciones; la segunda, una reinterpretación de las categorías jurídicas existentes a la luz de un nuevo paradigma político-criminal. Esto así, en tanto el Estado Argentino luego de receptor los estándares internacionales relativos a la protección de los derechos de las mujeres, no pudo dejar de diferenciar un sistema punitivo que reflejara tal orientación. Y en el campo de la dogmática jurídico penal esto se tradujo al momento de resolver un caso utilizando la teoría del delito; es decir, el diseño de las estructuras dogmáticas comenzó gradualmente a tomar en cuenta el principio de igualdad de género.

En consonancia con lo expresado en el párrafo anterior, el primer paso dado en la adopción de la perspectiva de género fue en el plano formal de la redacción de las normas, es decir, formulándolas de manera abstracta y neutral en relación al sexo del sujeto. El Código Penal había tenido una imagen de la mujer vinculada a una sexualidad pasiva, procreadora y honorable. Por ello, la regulación de varios delitos, los cuales partían de este estereotipo de la mujer, debieron ser reformados y redactados de manera neutral. A modo de ejemplo, antes de la reforma de la Ley 25.087 el abuso sexual no estaba castigado en Argentina si el sujeto activo era una mujer. Esto era así, debido a la concepción de la sexualidad de la mujer como una cosa pasiva y reforzaba la imagen de que *la mujer no viola*. Sin embargo, la reformulación de estos tipos penales desenfocados de la perspectiva de género, fue una de las caras de la aplicación del principio de igualdad a la luz de la perspectiva de género. Fue la aplicación en el plano formal del principio de igualdad; un paso importantísimo en la imbricación de la perspectiva de género en el sistema jurídico-penal, no obstante ello, todavía faltaba repensar los criterios de aplicación e interpretación de la ley a la luz de este paradigma en el plano material. Esta tarea mucho más difícil y gradual que la anterior experimentó grandes avances, aunque de manera irregular. Y esta suerte diversa se refleja —en lo que nos interesa— en las diversas actitudes que han tomado los tribunales frente a los casos

de acciones defensivas entre cónyuges (volveré sobre este tema en los próximos párrafos).

La discusión no pasa hoy -por lo menos para la etapa de desarrollo actual de la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales- por la existencia de normas redactadas de tal forma que discriminen explícitamente a la mujer en el ámbito penal. Mayormente, en este aspecto formal se produce un tratamiento igualitario de la mujer. Sin embargo, más allá de que las normas estén elaboradas a partir de una perspectiva neutral, estas no siempre son dotadas de contenido de acuerdo a este estándar; y aquí está el problema. Tomemos nuevamente de ejemplo al delito de abuso sexual, donde se observa claramente la subsistencia del estereotipo sobre el género femenino, pues a pesar de que el legislador reformó la letra del artículo 119 del Código Penal Argentino en el sentido de admitir un sujeto neutral, por medio de interpretaciones diversas del comportamiento reprimido en el tipo penal numerosos autores siguen postulando la imposibilidad de que la mujer sea sujeto activo de determinadas modalidades. Esto significa que no basta formular las normas de manera neutral en relación al sexo de los destinatarios de las mismas, sino que la perspectiva de género debe incorporarse materialmente a la praxis jurídica a través de la adopción real del principio de igualdad como criterio que oriente al sistema jurídico hacia el cumplimiento de su función de estabilización. Dicho de otro modo, si al momento de interpretar y aplicar el Derecho penal, no incorporamos materialmente la perspectiva de género, las categorías dogmáticas que utilicemos determinarán –específicamente en el campo de la criminalización de delitos contra la vida en contextos de violencia intrafamiliar (VIF a partir de ahora)- soluciones discriminatorias y gravosas para la mujer.

Este es el principal problema al que se enfrenta la dogmática jurídico-penal al momento de resolver casos en situaciones de VIF. Elena Larrauri, una de las principales criminólogas que se ocupa de este tema –y cuyo pensamiento ya estoy utilizando como guía conceptual hace un par de párrafos- diagnostica y denuncia que las normas, aun formuladas en forma neutral, se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres, y ello no depende del carácter machista o no de los aplicadores del derecho, sino de la no incorporación de la perspectiva de género en la labor hermenéutica de los operadores jurídicos. Aunque se afirme que la norma se aplique de manera objetiva, esa forma objetiva responde a un

razonamiento elaborado para el mundo masculino. Si la visión que exista en el sistema penal sobre la identidad de género, simplemente se limita al plano formal, el estereotipo de un hombre fuerte, dominante y que se impone sin más sobre la mujer -débil y sometida- quedará intacto; y así, será probable que los casos de acciones defensivas en contextos no confrontacionales se resuelvan como supuestos de homicidio calificado por alevosía –o en el mejor de los casos como un supuesto de exculpación por miedo insuperable-. Ello en tanto, no se valorarán las particularidades de los casos de VIF, en los que existe una situación de agresión permanente frente a la cual la mujer necesariamente tendrá que esperar la indefensión del hombre para atacar, ya que son escasas las posibilidades de éxito si se defiende mientras está siendo agredida. No obstante, los pronunciamientos de los tribunales con este temperamento son numerosos, una sociedad que entiende su identidad normativa ligada a la doctrina internacional de los derechos humanos no puede conformarse con ellos, y menos aun, con una incorporación de la perspectiva de género limitada al aspecto meramente formal, sino que requerirá una aplicación genuina del principio de igualdad en el plano material de la praxis jurídica-penal.

Dicho de otro modo, no se trata de afirmar que las normas penales son igualitarias en el plano de su formulación formal, pues lo son; sino, se trata de revelar que a pesar de ello son dotadas de un contenido desigual. Esto así, en tanto la referencia para la producción, interpretación y aplicación de aquellas ha sido el hombre. Y esto ha repercutido especialmente en los casos de VIF, pues, si hemos construido los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad defensivo y del miedo insuperable pensando en las agresiones entre los hombres, cuando apliquemos estos institutos a los casos de agresiones entre cónyuges, necesariamente, a la luz de las diferencias en la construcción de los sujetos según su sexo, encontraremos asimetrías. Y si apuntamos a realizar una labor hermenéutica que contemple genuinamente el principio de igualdad en el plano material, estas asimetrías deberán ser tenidas en cuenta. En el próximo punto, entraré de lleno en el análisis estrictamente dogmático que plantean los casos de acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales. Allí desarrollaré este tema utilizando como paradigma de estudio las ideas vertidas en estos párrafos, relativas a la necesidad de un sistema de imputación jurídico-penal que en consonancia con la normativa internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, adopte la perspectiva de género en la praxis dogmática.

### **III. Acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales.**

#### **a. Noción y problemática.**

A pesar de que las agresiones que se enmarcan dentro de relaciones de garantía presentan distintos núcleos de problemas, este trabajo prestará especial atención a aquellos grupos de casos en los cuales la mujer sistemáticamente maltratada por su pareja decide darle muerte, en situaciones en donde no hay enfrentamientos, para evitar ser sometida a futuros y reiterados maltratos que pongan en riesgo su vida. Como ya anticipé, estos supuestos han tolerado distintas explicaciones. Claro está que no encontramos frente a un tema menor. Un mismo caso resuelto como un homicidio calificado o como un homicidio justificado, no es una cuestión de matices. Y aunque alerte al lector esta disparidad de criterios, no estamos haciendo en este trabajo dogmática de laboratorio: estas afiebradas contrariedades se han presentado en numerosos precedentes jurisprudenciales. A modo de ejemplo, podemos recordar el fallo de la Sala I del Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, el cual resolvió por mayoría casar la sentencia del Tribunal Criminal nº 4 del Departamento de Ana Martín que condenó a la imputada a cumplir la pena de 10 años y 8 meses de prisión por considerarla autora material del delito de homicidio agravado por el vínculo. El defensor interpuso recurso de casación, solicitando la absolución y que se encuadrara la conducta de su defendida en la figura de la legítima defensa. El Tribunal de Casación así lo entendió y absolvió a la imputada por actuar amparada por una causa de justificación: legítima defensa.

### **IV. Propuestas de la doctrina y la jurisprudencia. Estado de la cuestión.**

#### **a. Homicidio calificado**

No han sido pocas las sentencias de los tribunales que han resuelto como homicidios los casos de mujeres maltratadas que matan a sus maridos mientras duermen. Uno de los precedentes del Derecho comparado más destacados en este sentido fue el de Judy Norman, en el cual un tribunal de los Estados Unidos -Carolina del Norte- la condenó por el delito de homicidio atenuado frente a la acusación del fiscal por el delito de asesinato -agravante de alevosía-. Esta sentencia fue apelada en la Corte Suprema del Estado de Carolina del Norte, la cual la confirmó. Parte de la doctrina tradicional ha entendido que la mujer maltratada que mata a su marido mientras duerme comete un homicidio. Para llegar a esta conclusión, utilizan una compleja argumentación -que

algunas veces se complementa y otras veces se alterna-. En primer término, alegan que no existe una agresión actual o inminente de la cual defenderse, pues el marido, precisamente, se encuentra durmiendo o tiene la capacidad de defensa disminuida. Por otra parte, en el plano de la justificación, para descartar una posible defensa necesaria dicen que la mujer amenazada, debe eludir el ataque o recurrir al medio lesivo más suave. Es decir, en el plano de la justificación, no habría actualidad de la agresión y que aún cuando este punto se pudiera discutir, la agredida, nunca podría desplegar plenamente una defensa, pues esta se encontraría limitada por las ya conocidas restricciones ético-sociales. Ahora, podríamos pensar que si no estamos frente a un caso de justificación, debido a las circunstancias específicas que atraviesan la situación de la mujer maltratada, podríamos estar frente a un supuesto de exculpación. Si bien, parte de los autores piensan de este modo (ver infra), las posturas más duras –como las que desarrollamos en este punto- son reacias a adherir a este análisis siempre y cuando no se demuestre que la mujer actuó bajo error, miedo insuperable o alguna otra patología que le impidiese comprender la criminalidad del acto. Voy a desarrollar cada uno de estos argumentos a continuación.

### **Sin salida: ni justificación, ni exculpación.**

#### **i. La falta de actualidad de la agresión.**

Cuando los tribunales condenan por homicidio a la mujer maltratada que despliega una acción defensiva en un contexto no confrontacional lo que dicen en primer término es que no está presente el requisito de la actualidad de la agresión para fundar la eximente de la legítima defensa. Es que, la acción defensiva desplegada por el cónyuge agredido, naturalísticamente, se presenta como preventiva, ya que en los supuestos no confrontacionales, el marido generalmente ha bajado la guardia, se encuentra desprevenido o durmiendo. Y como es sabido, autorizada doctrina desconoce la existencia de una legítima defensa preventiva.

Como es sabido, en la legítima defensa, la agresión que da pie para una acción defensiva debe ser -además de antijurídica- actual, inminente o incluso subsistente de lesión al bien jurídico protegido. Dicho de otro modo, la acción defensiva no puede desplegarse ni demasiado pronto, ni demasiado tarde. El requisito de la actualidad de la agresión se puede reconducir a una idea básica: si la agresión antijurídica no ha

comenzado o ya ha terminado, no hay necesidad de protección individual del bien jurídico ni tampoco necesidad de preavalcimiento del Derecho. Cuando cesa la agresión –es decir, cuando ésta ya no es actual-, la víctima deberá recurrir a los órganos de justicia para protegerse de una agresión futura (improbable) o, entonces, buscar la reparación de la lesión realizada contra su bien jurídico en el aparato judicial del Estado. No pongo en cuestión este pilar básico de la legítima defensa y del monopolio de la violencia de parte del Estado de Derecho. Ahora bien, el problema no radica allí, sino en la determinación del momento inicial y final de la agresión. Esto así, en tanto mayores sean las dudas sobre estos puntos iniciales y terminales, mayor será el desdibujamiento del segmento que constituye la agresión contemplando así, posibles reacciones precipitadas, que a ciencia cierta serían acciones defensivas preventivas anteriores a la agresión, o reacciones tardías que serían en verdad innecesarias, inútiles o simples actos de venganza.

Si entendemos a la agresión como un segmento con un comienzo y un final, serán el momento inicial (A) y el momento final (B) los que debemos determinar. En relación a lo que llamamos el punto inicial A, sabido es que el núcleo duro de la discusión se refiere a los delitos de realización instantánea, ya que en el caso de los delitos permanentes la agresión perdura y durante ese tiempo es posible desplegar una acción defensiva contra el agresor. Ahora, en los delitos de realización instantánea, la doctrina no es pacífica, ya que en estos casos es mayor la dificultad para definir cuando comienza y cesa la agresión. Lo que debemos preguntarnos es si basta con probar que la mujer mató al marido cuando este bajó la guardia o cayó rendido en el sofá a mitad de uno de sus ataques sistemáticos para afirmar que la agresión no es actual. En relación con ello opino que no, o por lo menos que en este punto deben hacerse ciertas precisiones. En primer lugar debemos tener en claro cuál es el concepto de agresión del que se parte. Un concepto mayormente naturalista, determinará que la actualidad de la agresión dependa –irónicamente y a modo gráfico- de la cantidad de alcohol que ingiera el agresor: es decir, en el caso del marido alcohólico que abusa y golpea a su mujer realiza una agresión actual, pero si cae dormido luego de la golpiza, allí cesa la actualidad de la agresión. Pero esto sólo será así hasta que vuelva a despertar, cuando continuará la agresión, y con ella la actualidad de la misma. Para esta postura que estamos criticando, la mujer podría matar en legítima defensa antes y después de la siesta del maltratador, pero nunca durante la misma. El ejemplo del párrafo anterior,

intenta resaltar que la actualidad de la agresión no puede depender exclusivamente de un criterio naturalista; todo lo contrario, se debe desvincular plenamente de él. La tesis que intentaré defender en los próximos párrafos distingue intervalos reales frente a intervalos no reales. El intervalo real es aquel que tiene relevancia normativa en el segmento agresivo y verifica un cese en la actualidad de la agresión. El intervalo no real es aquel que sólo tiene una apariencia naturalística de cese, no verificando un cese normativo de la agresión. Y la no relevancia normativa de los intervalos no reales en el curso de la agresión, se explica a través de la competencia del agresor por la sistematicidad y vecindad de los mismos en el marco de la agresión.

## **ii. Restricciones ético sociales**

El segundo de los argumentos utilizados por los tribunales que han condenado a las mujeres maltratadas que matan a sus parejas en situaciones no confrontacionales, es que en estos casos, las agredidas debieron desplegar una acción defensiva más acotada, es decir, debieron respetar las famosas restricciones ético sociales al derecho de legítima defensa. Comencemos por explicitar qué son, y cual es el fundamento de su existencia.

Para Palermo, las restricciones ético sociales son otra de las manifestaciones del permanente ir y venir de la teoría del doble fundamento. Ya referí en los párrafos anteriores que existen distintas teorías que fundamentan el instituto de la legítima defensa: las supra individualistas, las individualistas, y las del doble fundamento (que hacen una especie de mix entre los principios rectores de las dos primeras). No desarrollaré cada una de ellas, basta decir que las restricciones ético sociales son manifestaciones de un déficit metodológico en la postura del doble fundamento (cuyo principal exponente es Roxin, quien al momento de resolver algunos grupos de casos no está dispuesto a aceptar las consecuencias sistemáticas de una teoría –Palermo pone en duda que se trate de una verdadera teoría- que llevada al extremo es marcadamente contradictoria pues pasa libremente del principio de protección al principio de la autoafirmación del derecho, para regresar nuevamente al principio de protección. Estos déficits también se manifiestan en el tratamiento que se da a las agresiones que se cometen en el marco de una relación de garantía. Es decir, la mujer maltratada sistemáticamente, que se logra recuperar luego de que su marido le ha dado una brava golpiza, y se percata que éste se ha quedado dormido en el sofá, no puede desplegar una acción defensiva plena, sino que debe ser limitada, es decir, debe en primer lugar, eludir

el ataque (si la situación lo permite, y si la eventual acción defensiva, causaría graves lesiones al agresor), en segundo lugar, optar por una acción defensiva meramente protectora (cuando no se ha podido huir). En la defensa ofensiva, deberá ser extremadamente cuidadosa en la selección de los medios (cuando ninguna de las opciones anteriores es posible). Y finalmente, soportar daños leves antes de pasar a una defensa desproporcionada. Estas son las llamadas restricciones ético sociales, en realidad, me animo a coincidir con otra parte de la doctrina, que en estos casos no nos encontramos frente a una legítima defensa reducida, sino que ya no hay legítima defensa, lo que hay es otra cosa, pero no legítima defensa.

Dicho de otro modo, en relación a las restricciones al derecho de legítima defensa, se ha sostenido que sobre todo en el matrimonio y en las relaciones paterno filiales existe una obligación de sacrificarse más elevada, por lo tanto al repeler los ataques, p. Ej. de un cónyuge, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida, o aceptar menoscabos leves en sus bienes antes de lesionar bienes existenciales del agresor. Ahora, podemos decir que estas restricciones al derecho de legítima defensa, dejan subsistentes el derecho a la legítima defensa? Me refiero a que estos límites a la acción defensiva desplegada por el agredido son ortopedias deformantes que desdibujan totalmente el instituto de la legítima defensa. Pero qué son entonces..? Bien, creo que producto de los déficits metodológicos y argumentativos de la teoría del doble fundamento que perfilé brevemente en los párrafos anteriores, han surgido estas restricciones ético sociales como correctivos a principios que aplicados hasta sus últimas consecuencias sistemáticas son contraintuitivos.

#### **b. Un supuesto de exculpación.**

La mayor parte de los comentaristas sostiene que aquel que mata a su maltratador mientras duerme, cuando no hay un ataque inminente, solo puede ser exculpado. Esto es, su conducta sería considerada antijurídica aunque a menudo no punible, por no haber podido actuar de otro modo. La construcción de la exculpación como solución para los casos de muertes como respuestas a los malos tratos continuos se ha llevado a cabo a partir del “síndrome de la mujer maltratada”. Según la literatura especializada en la materia, una mujer maltratada es aquella que «es repetidamente sometida a episodios de abuso físico o psicológico por un hombre con el propósito de coaccionarla a hacer algo que él quiere que ella haga». La violencia en estos casos suele ocurrir por ciclos, que le

hacen creer a la mujer que la única alternativa es continuar viviendo con su pareja. Presa de su propio miedo, la víctima pierde toda esperanza de romper con el ciclo de violencia y se resigna a una vida de maltrato. Consiguientemente, en vista del síndrome, muchas mujeres maltratadas cesan de intentar dejar al agresor, a pesar de que ello probablemente aumenta el riesgo de que vuelvan a ser agredidas en el futuro. A la mujer que padece de dicho síndrome se le hace muy difícil romper con el patrón de violencia, la combinación de estos factores provoca que la persona que padece del síndrome de la mujer maltratada sienta que es imposible huir y que esa violencia es parte de cualquier relación. De este modo, parte de la doctrina, ha aceptado estos diagnósticos para resolver aquellos casos en los que la mujer abusada sistemáticamente mata a su maltratador como casos de exculpación. Ahora bien, este tipo de análisis, sin matices, no está exento de críticas.

En primer lugar, estigmatiza a la mujer como una enferma mental, y por tanto quedaría abierta la posibilidad de que se le aplique una medida de seguridad o tratamiento psiquiátrico. Son numerosas las catedráticas referentes del movimiento feminista que han criticado los razonamientos de los tribunales que han fallado en este sentido. En segundo lugar, al considerar a la conducta de la mujer maltratada que mata en contextos no confrontacionales como una conducta antijurídica exculpada, se deberá atenuar la pena que se le aplique a la mujer. Y justamente por ello, la mujer termina siendo nuevamente víctima, pues aquel resabio de culpabilidad atenuada por su hecho se le sigue reprochando. El peligro es la doble punición: la mujer es castigada en vida por el marido y, después, cuando ya no hay más sufrimiento reiterado, es castigada otra vez, pero por el Estado. Por último, en el plano crítico, la solución de la exculpación, acarrea consecuencias sistemáticas que no terminan de convencer. En esta línea, debe decirse que a pesar de que se discuten las consecuencias sistemáticas de la distinción entre justificación y exculpación, lo que sí resulta decisivo para esta distinción es la generación –o no- de deberes de tolerancia, según la situación de necesidad esté justificada o exculpada. Como es sabido, en las situaciones justificadas, la víctima de la acción justificada debe si no tolerar, al menos no repeler la intervención del necesitado en su ámbito de organización. Por lo tanto, el marido maltratador, si despertara en el momento en el que la mujer está desplegando su acción defensiva no podría reaccionar contra ella en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo. En cambio, si entendemos que la mujer que reacciona frente a su maltratador en un contexto no

confrontacional está exculpada, el marido víctima de la intervención de la mujer no estaría obligado a tolerar ese comportamiento. De este modo, podría reaccionar justificadamente contra ella. Sin embargo, pareciera contraintuitivo afirmar que el marido maltratador tuviera un derecho subjetivo a impedir la acción defensiva emprendida por la mujer. Por ello, según entiendo, en estos supuestos el marido no puede alegar una legítima defensa contra la mujer que está desplegando su acción defensiva, simplemente porque ella es la que está actuando justificada, no en legítima defensa, pero sí en estado de necesidad defensivo.

Y hay más. Si entendemos al injusto doloso como presupuesto de la participación, en aquellos casos en los que la mujer maltratada y *enajenada* recibiese ayuda de terceros al desplegar su acción defensiva, estos podrían llegar a responder jurídico penalmente por su conducta. Volviendo al ejemplo del comienzo de este trabajo. En algunas de las versiones del mito de Clitemnestra, es su amante –Egisto- quien le ayuda a darle muerte a Agamenón (poner referencias). Si entendiésemos que Clitemnestra estaba actuando exculpada, Egisto debió ser condenado por homicidio calificado por alevosía. Si el marido maltratador, generador de una situación de violencia, abuso y sometimiento, plenamente competente por ella pudiera repeler en legítima defensa (o estado de necesidad defensivo) a la mujer que le ataca mientras este se encuentra desprevenido, durmiendo o en una situación inicial de indefensión, entonces, se invierten los papeles. Quien era el sujeto plenamente responsable por la situación de peligro constante para la vida de la mujer (y en muchos casos también para la vida de los hijos y otros sujetos convivientes en el mismo hogar) pasa a ser la víctima.

### **c. Legítima Defensa.**

En el plano de la culpabilidad, ya se criticaron las consecuencias de aceptar los estudios sobre el síndrome de la mujer maltratada en Derecho penal (estigmatización, medidas de seguridad, y otras consecuencias de movernos en el plano de la culpabilidad). Excede el marco de esta ponencia analizar todas las hipótesis que pueden plantear problemas de culpabilidad en los casos de agresiones entre cónyuges, pero como dije en el apartado anterior, muchos de los tribunales se han basado en alteraciones mentales de la mujer maltratada para defender la solución de la exculpación. Ello lo han hecho a partir del síndrome de la mujer maltratada (ver supra). Ahora bien, hemos dicho hasta aquí que son cuestionables las consecuencias dogmáticas de la aceptación sin más del síndrome

de la mujer maltratada para exculpar a la mujer que mata a su marido maltratador. El síndrome de la mujer maltratada ha sido utilizado clásicamente por la doctrina para construir soluciones exculpatorias, Elena Larrauri se ha valido de él como estructura para postular soluciones en el plano de la justificación. Reducido a una idea básica, para Larrauri, este síndrome, generado por los sucesivos maltratos, le incumbe al hombre maltratador, y por ello debe cargar con el coste de una defensa –inclusive no confrontacional- que puede hasta llegar a significarle su vida. Esta autora postula que el carácter sistemático de los maltratos crea en la mujer una patología psicológica en la cual la mujer no puede “aprender a prever” los episodios violentos. Esta idea es tomada por Larrauri para argumentar que aunque el ataque no sea actual, la mujer sabe que es inminente, y de este modo retruca la crítica que se le hace a la legítima defensa como solución dogmática para estos casos debido a que no estaríamos frente a una agresión actual, porque el marido duerme. Además, en virtud del síndrome, la mujer desarrollaría un sentimiento de “indefensión aprendida” que perjudica la percepción de la realidad, lo que debería ser relevante no sólo en el ámbito de la culpabilidad, sino también en el de la legítima defensa.

En relación al valor de esta propuesta, entiendo que ella no sólo es insuficiente para argumentar la situación de exculpación, sino que también lo son en el plano de la justificación, tal como lo propone Larrauri. Ello, en tanto, utilizar estas alteraciones patológicas para fundar la procedencia de la eximente, no escapa a la crítica ya hecha en el plano de la exculpación relativa a la estigmatización de la mujer como “loca” al momento de resolver estas situaciones en el plano dogmático. Por otra parte, los estudios sobre el síndrome de la mujer maltratada presentan problemas inherentes a ellos mismos: en primer lugar, en el plano metodológico; la informalidad de la metodología utilizada por Walker en las entrevistas con mujeres maltratadas, no resiste la crítica que cuestiona la “neutralidad de su investigación científica”. En segundo lugar, como ha señalado correctamente Fletcher, “difícilmente puede ser un signo de indefensión adquirir una pistola y matar al carcelero psicológico de uno”. La construcción dogmática de los partidarios de la legítima defensa para los casos de las acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales gira alrededor de dos pilares básicos: el primero, que el Estado no quiera o no pueda intervenir evitando nuevos ataques en el futuro inmediato; el segundo, que la única alternativa posible consista en atacar al maltratador cuando no suponga una amenaza. Los autores

exponentes de esta tesis, alegan que si se dan estas dos condiciones, entonces se puede afirmar la procedencia de la eximente de la defensa necesaria. Sin embargo, estos autores, no terminan de dar respuestas a todos los problemas que plantean para la teoría de la legítima defensa los supuestos de acciones defensivas en contextos no confrontacionales. Dicho de otro modo, no terminan de dar respuestas al rol que desempeña la razonabilidad en el contexto de la LD. Tampoco definen si mediante esta eximente podrían justificarse acciones defensivas preventivas que no tiene el efecto de repeler un ataque inminente. Y por último, tampoco establecen un patrón claro para definir si, a pesar de proceder la legítima defensa en estos supuestos, pueden tratarse algunos de los casos en los que la mujer maltratada mata a su pareja en una situación no confrontacional como supuestos de exculpación y no de justificación: miedo insuperable, anormalidad, etc..

#### **d. Estado de necesidad defensivo.**

No es infrecuente entre la doctrina trazar la distinción entre el estado de necesidad y la legítima defensa sobre un único referente, a saber, el estatus de agresor o de tercero no interviniente de aquél sobre el que recae la acción defensiva. Así, cuando una acción defensiva típica se dirige contra el sujeto que ha desencadenado la situación de peligro procedería la justificación en legítima defensa mientras que, cuando lo hace sobre los intereses de un sujeto ajeno a la fuente de peligro, vendría la justificación de la mano del estado de necesidad. La distinción entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo –en lo que a las consecuencias se refiere- reside en que en este último caso, el grado de lesión de los intereses ajenos susceptible de ser justificado debe ser superior. Se está de acuerdo en que el sujeto que reacciona en estado de necesidad defensivo puede o debería poder lesionar más intensamente los intereses del sujeto destinatario de la acción defensiva que en los casos de estado de necesidad agresivo. Pero con ello, todavía no se dice nada si, como sucede tanto en España como en Alemania, no existe convenio en relación con los límites entre una y otra eximente y el concreto fundamento del especial deber de tolerancia que se impone al sujeto sobre el que recae la acción en estado de necesidad defensivo. Es pacífico definir la situación de estado de necesidad defensivo como aquel escenario de necesidad individual en el que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “defensivamente” en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un tercero de donde precisamente emana el peligro que amenaza. Por el contrario, se define el

estado de necesidad agresivo como aquella situación de necesidad individual en la que la salvaguarda del interés amenazado requiere que el sujeto necesitado o su auxiliante intervengan “agresivamente” en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos de un sujeto ajeno a la fuente de peligro que amenaza, esto es, con status de tercero.

**e. Estado de necesidad defensivo con peligro continuado.**

Como bien he anticipado en los párrafos anteriores, entiendo que los casos de acciones defensivas entre cónyuges en contextos no confrontacionales pueden explicarse como supuestos de “estado de necesidad defensivo con peligro continuado”. En el estado de necesidad defensivo ante un peligro continuado, el estado de peligro del bien jurídico, para que sea considerado continuado, se deriva de un conocimiento por parte de la víctima de las circunstancias concretas del caso (agresor, intensidad de la posible agresión y momento en el que suceden las puestas en peligro, pues aunque éste se denomine continuado, esto no significa que se verifique absolutamente en todo momento, sino que está latente y puede verificarse en cualquier instante). Esto no sucedería en el caso de las mujeres que sufren violencia constante a través de agresiones físicas, psíquicas y ocasionalmente sexuales. En los verdaderos casos de estado de necesidad defensivo con peligro continuado, la víctima cuenta con información concreta, debido a sus experiencias anteriores, acerca de quien es el agresor (esposo, pareja...) de cuándo suelen suceder las puestas en peligro de su libertad sexual, integridad personal o vida etcétera; (cuando el sujeto ingiere bebidas embriagantes), pero también de la intensidad de las agresiones (desde amenazas hasta intensas golpizas pasando por agresiones sexuales), e incluso también de dónde se realizan las puestas en peligro o lesiones de los bienes jurídicos de los que ella es titular (siempre en la habitación de la pareja del domicilio conyugal y en la ausencia de testigos). En las hipótesis de violencia doméstica se conoce de forma absolutamente clara “quien “ es el agresor y el “modus operandi” de la puesta en peligro de bienes jurídicos por éste ejecutado.