

# Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante

Marcela Roa Avella\*

\* Docente investigadora de tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Colombia. Integrante del Grupo de Investigación Conflicto y Criminalidad.  
Correo-e: mroa@ucatolica.edu.co

CORREO IMPRESO: Carrera 13 No. 47-48  
Bloque E Piso 5, Centro de investigaciones  
Sociojurídicas.

Marcela Roa Avella. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera* 21 (65): 49-70.

Recibido: junio de 2012 / Aprobado: octubre de 2012

## 1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre hombres y mujeres tradicionalmente han estado enmarcadas en un ámbito de desigualdad tolerada socialmente y a la cual nos hemos acostumbrado, llevándola hacia el terreno de la legitimidad y llegando incluso a invisibilizarse.

El género ha estado ligado al sexo de los individuos, pero a diferencia de este último, que es una consecuencia de la configuración biológica, aquel es el producto social. Así, el género se ha identificado entonces con ciertas implicaciones sociales, laborales y familiares que dan a entender que aquel

RESUMEN

Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante

El inusitado crecimiento de la violencia en contra de las mujeres, y la insuficiencia de las medidas, programas y políticas estatales, para contrarrestarlo, ameritan poner énfasis en el desentrañamiento del fenómeno. Por lo anterior, el propósito del presente artículo es dar a conocer la posibilidad de la posibilidad de aplicación de las excluyentes de responsabilidad, especialmente la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante, a los casos de mujeres maltratadas que originan la muerte a sus maltratadores. Se señalarán las dificultades en el alcance de algunos de los requisitos de las mencionadas causales, respecto de los cuales se indicará su insuficiencia para responder a la hipótesis planteada. Se concluirá a partir de la necesidad de reinterpretar tales requisitos desde una óptica de género que permite reconocer la realidad de las mujeres sometidas a malos tratos constantes.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia contra la mujer. Legítima Defensa. Estado De Necesidad Exculpante. Síndrome de la mujer maltratada.

ABSTRACT

Battered Women and Exclusion of Responsibility. A Gender-Based View of Legitimate Defense and the State of Exculpatory Necessity

The unusual increase of violence against women and the insufficiency of state measures, programs and policies to offset it, merit placing emphasis on disentangling the phenomenon. For this reason, the purpose of this article is to give an account of the possibility of applying the exclusionary factors of responsibility, especially legitimate defense and the state of exculpatory necessity to cases of battered women who cause the death of their abusers. The difficulties in the scope of some of the requirements of the causes mentioned above will be pointed out, with respect to which their insufficiency will be indicated in order to respond to the hypothesis set forward. It will be concluded based on the need to reinterpret such requisites from a gender-based optics that makes it possible to recognize the reality of women subjected to constant mistreatment.

**KEY WORDS:** violence against women, legitimate defense, state of exculpatory necessity, battered woman syndrome.

RESUMO

Mulher maltratada e exclusão de responsabilidade. Um olhar de gênero à legítima defesa e ao estado de necessidade exculpante

O inusitado crescimento da violência contra as mulheres e a insuficiência das medidas, programas e políticas estatais para amenizá-lo fazem com que o desentrañamiento do fenômeno mereça ser enfatizado. Pelo anterior, o propósito do presente artigo é dar a conhecer a possibilidade de aplicação das excluyentes de responsabilidade, especialmente a legítima defesa e o estado de necessidade exculpante, aos casos de mulheres maltratadas que originam a morte de seus maltratadores. Serão indicadas as dificuldades no alcance de alguns dos requisitos das mencionadas causais, a respeito das quais se indicará sua insuficiência para responder às hipóteses propostas. A conclusão será a partir da necessidade de reinterpretar tais requisitos a partir de uma ótica de gênero que permite reconhecer a realidade das mulheres submetidas a maus tratos constantes

**PALAVRAS CHAVE:** violência contra a mulher, legítima defesa, estado de necessidade exculpante, síndrome da mulher maltratada.

crea desigualdades, **diferenciación de los mismos en virtud de opuestos**. De esta forma, en la dinámica de las parejas, el hombre es percibido como dominante y la mujer como frágil, y dentro de ese escenario, favorecido además por la ‘intimidad’ de las relaciones de pareja, la sociedad ha tolerado un cierto nivel de violencia en contra de la mujer que se ha entendido casi como connatural a tales relaciones. Adicionalmente, ciertos mitos que rodean la violencia en contra de la mujer han permitido que este fenómeno sobreviva y se expanda de manera vertiginosa, pudiéndose afirmar que no existen grupos sociales libres de esta tragedia.

En medio de este escenario, los movimientos de mujeres, en concreto los movimientos feministas, han logrado desde hace algunos años visibilizar la gravedad y dimensión de la violencia en contra de la mujer, la violencia de género y la violencia en el marco de las relaciones de pareja. Como consecuencia de lo anterior, organismos internacionales y gobiernos locales han tomado medidas al respecto; sin embargo, la realidad sigue siendo desalentadora.

Uno de los fenómenos derivados de la creciente violencia en contra de las mujeres son los eventos en que mujeres víctimas de maltratos causan la muerte a sus agresores. Esta situación ha generado la necesidad del análisis de las posibles circunstancias de exclusión de responsabilidad que podrían aplicarse a tales eventos. De manera meramente enunciativa, vale la pena anotar que el Instituto Nacional de Medicina Legal indica en su informe Forensis del año 2011 que con ocasión de violencia de pareja murieron 17 hombres y 68 mujeres. Igualmente, las siguientes cifras permiten vislumbrar la magnitud del fenómeno.

**Homicidio, casos según presunto agresor y sexo de la víctima, Colombia 2011<sup>1</sup>**

Presunto agresor	Hombre	Mujer	Total
Pareja o expareja	37	130	167
Amante	4	4	8
Compañero permanente	14	52	66
Esposo	9	33	42
Exesposo	5	18	23
Examante	1	3	4
Exnovio	-	9	9
Novio	3	10	13
Pareja o expareja	1	1	2

1 Tomado de *Comportamiento del homicidio*. Colombia 2011. Instituto Nacional de Medicina Legal. Cuadro No. 6. Homicidio, casos según presunto agresor y sexo de la víctima, Colombia 2011.

En este artículo se analiza la posibilidad de aplicación de la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante, con especial énfasis en las dificultades teóricas y prácticas que presentan tales figuras. Igualmente, se analizará la posibilidad de dar cierto contenido a estas causales desde una perspectiva de género que valore las especiales circunstancias derivadas de la violencia en contra de la mujer, el síndrome de mujer maltratada o el síndrome de indefensión aprendida, y si es válido afirmar que tales circunstancias pueden influir en la interpretación que de la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante se dé en estos eventos.

Si bien otra de las alternativas analizadas por la doctrina ha sido la figura del miedo insuperable, de esta posibilidad se dará cuenta en escrito posterior.

## 2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El presente artículo constituye uno de los resultados del proyecto de investigación “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad”. La metodología utilizada es la investigación documental, mediante la revisión, recolección y análisis de los materiales existentes sobre los diferentes temas relacionados con la investigación. Los documentos no han sido exclusivamente jurídicos, ya que el tema de la violencia de género y sus implicaciones en la exclusión de responsabilidad deben ser analizados desde diversas ramas del conocimiento que permiten su comprensión de una forma más completa.

## 3. RESULTADOS

### 3.1. Legítima defensa. ¿Limitación adecuada o incapacidad estatal?

En la exclusión de antijuridicidad puede advertirse una autolimitación que el propio Estado hace frente a su poder punitivo, buscando eliminar cualquier margen de injusticia o irracionalidad que pueda darse; ello implica el reconocimiento de la necesidad de racionalizar la utilización del derecho penal, el cual se advierte como especialmente invasivo de la órbita de libertad de los ciudadanos.

En la esfera de las causales de exclusión de antijuridicidad, nos encontramos entonces con eventos en los que si bien el comportamiento del sujeto puede satisfacer la descripción típica, es decir, es antimormativo, existen circunstancias que han hecho que en ese escenario el Estado considere necesario autolimitar su poder punitivo, por lo que convierte la conducta en lícita a través de una norma permisiva que autoriza al sujeto a desplegar esa conducta antinormativa, sin que por ello supere ese primer estadio, es decir, no alcanza a satisfacer la antijuridicidad y en consecuencia no aparece el injusto.

Si bien una conducta puede reunir los requisitos para satisfacer la tipicidad, la existencia posterior de un precepto permisivo descartará la presencia de la antijuridicidad, no pudiendo en consecuencia establecerse el injusto. “En definitiva, la diferencia entre la licitud por atipicidad y por justificación se basa en que la ilicitud de la primera se descarta con la sola consideración de la norma deducida del tipo, en tanto que la segunda es descartada por la de un precepto permisivo, cuyo análisis sólo corresponde si la acción es antinormativa” (Zaffaroni 2002, 591).

En los eventos de mujeres que causan la muerte a sus agresores –parejas o exparejas– por ser sometidas a actos violentos, normalmente el primer análisis que se hace desde la defensa de tales mujeres es la aplicabilidad de la legítima defensa. Este camino normalmente supone ingentes esfuerzos y superación de obstáculos complejos. Me refiero particularmente a la dificultad de demostrar algunos de los requisitos tradicionalmente exigidos para la configuración de la causal y respecto de los cuales se analizará al final de este escrito cómo la lectura desde una perspectiva que reconozca la violencia en contra de la mujer podría permitir la aplicación de la causal.

### ***Fundamento de la justificación***

Al buscar el contenido de la legítima defensa, puede afirmarse que esta figura tiene que ver con la imposibilidad de que el derecho tolere injusticias. Sería un contrasentido que a través del derecho se permitiera la materialización de injusticias cuando quiera que el derecho se entiende como la materialización de lo justo o por lo menos como un camino en la búsqueda del ideal de justicia. En ese sentido se han planteado dos fundamentos diferentes de ella, uno indivi-

dual, de acuerdo con el cual se debe garantizar que aquel que no logre la adecuada protección por parte del Estado y se vea enfrentado a un ataque injusto que lesione o ponga en inminente peligro sus bienes jurídicos pueda defenderse válidamente de tal agresión. Por otra parte, se ha formulado una explicación colectiva o supraindividual que pone su acento en la prevalencia del orden jurídico.

“La idea fundamental en que se basa esta causa de justificación es la de que el derecho no está en situación de soportar lo que es injusto... Esta idea fundamental se concreta en dos principios: el principio de protección y el principio de mantenimiento del orden jurídico. El primero de estos principios está en referencia a la persona, esto es, al individuo como ser social (en su interrelación con otras personas) e implica por ello la defensa de su persona o derechos. El segundo, en cambio, hace referencia al ordenamiento jurídico y de la defensa que de él se hace al defenderse a la persona y sus derechos. Es lógico afirmar que si se defiende a la persona y sus derechos, también se está defendiendo el orden jurídico, pues es precisamente éste el que reconoce a la persona como tal y sus derechos” (Bustos y Hormazábal 1999, 121).

De acuerdo con la idea anterior, Zaffaroni clasifica los argumentos de legitimación de la justificación en objetivistas y subjetivistas, señalando que para los primeros prima el mantenimiento o defensa del orden jurídico (derecho objetivo), en tanto que para los subjetivistas, como su nombre lo indica, el acento estaría puesto en la defensa del derecho subjetivo agredido. El objetivismo está entonces fundamentado en la defensa del orden jurídico como valor superior en cuyo mantenimiento descansa la legítima defensa, lo cual plantea una mayor exigencia, principalmente en materia de la proporcionalidad. Por otra parte, la tesis subjetivista en su faz más radical se apoya en la protección del individuo cuando quiera que el Estado o –mejor– la normativa aparecen como insuficientes en la protección y garantía de sus derechos. La consecuencia, claro, es la renuncia a la estricta proporcionalidad entre la agresión y el daño causado (Zaffaroni 2002).

Es claro que ambas tesis en sus versiones extremas presentan dificultades; así, “El mantenimiento del orden jurídico no puede llegar al extremo de negar a la persona. Ahora, si bien toda persona tiene derecho a defenderse en contra de ataques injustificados contra sus bienes jurídicos, ésta no puede ser irrestricta y de ahí

el criterio de la necesidad racional. Por eso, la legítima defensa tiene que fundamentarse en la doble base de defensa de la persona y de mantenimiento del orden jurídico, pues así se garantiza el equilibrio entre ambos principios” (Bustos y Hormazábal, 1999, 122). Es pertinente entonces optar por una fundamentación que combine adecuadamente ambas tendencias. La doble legitimación, en la defensa de los intereses del individuo y el mantenimiento del orden jurídico a través de tal defensa, no solamente da cuenta de la fundamentación de la causal de justificación, sino que adicionalmente constituye, como se verá más adelante, la barrera de contención de su aplicación.

De acuerdo con Zaffaroni, cuando estamos frente a la legítima defensa, “no se trata de considerar que en la defensa legítima media una tolerancia de la iniciativa individual o colectiva frente a las agresiones ilegítimas, porque ningún Estado de derecho tolera el derecho y, además, si algo habría que deplorar en el caso sería precisamente la ineficacia del propio Estado y no la acción del ser humano que impide o interrumpe la agresión” (Zaffaroni, 2002, 612). La conducta justificada no está siendo simplemente tolerada por el derecho, sino que el propio Estado la ha vestido de legalidad, la ha llevado del campo de lo prohibido a lo permitido. Mal podría el Estado indicar que está tolerando una conducta que se produjo precisamente por su ausencia de su protección al individuo; en consecuencia de allí surge la legitimidad del sujeto para actuar en contra del ataque injusto, encontrándose dentro del derecho no simplemente en una conducta ilícita que el Estado tolera.

En la base de la legítima defensa se encuentra la propia justicia, en la medida en que el ordenamiento reconoce la importancia de la protección del individuo, más aún cuando se trata de normas cuya finalidad es precisamente la protección de los individuos y de sus bienes jurídicos. No podría el derecho penal obligar a determinado individuo a soportar aquello que para cualquier observador objetivo se advierte injusto.

Ahora bien, comoquiera que la legítima defensa implica vulneración de bienes jurídicos, es preciso que tal figura se rodee de las garantías necesarias que eviten que se convierta en una permisión para lesionar bienes jurídicos ajenos sin control alguno. Por lo anterior, se han intentado precisar los límites de esta causal de justificación, poniendo conteras que impidan su utilización más allá de los límites derivados de

su propia naturaleza. No obstante, pareciera que los requisitos y el nivel de exigencia frente a los mismos obedecen a cierta inseguridad en relación con la efectividad de las acciones del Estado. Es claro que en la sociedad actual muy pocos Estados logran conjurar la inseguridad y permanentes ataques a los ciudadanos, y también muy pocos logran tener instituciones policiales y judiciales que garanticen la adecuada prevención, persecución y juzgamiento de las conductas que previamente se han establecido como delictivas.

### **Requisitos de la legítima defensa. ¿Limitación adecuada de la causal?**

El siguiente recuento se limitará a aquellos requisitos de la legítima defensa que encuentran problemáticas específicas en el escenario de la violencia de género; no se analizarán, en consecuencia, todos los requisitos o características de la legítima defensa.

#### **De la agresión: ilegítima, actual o inminente**

Cuando se afirma que la agresión inicial debe ser ilegítima, quiere indicarse que debe provenir de una conducta humana que genere peligro para el individuo o para sus intereses jurídicos; la ilegitimidad implica contrariedad con el ordenamiento jurídico. Puede afirmarse que esa ilegitimidad conlleva conductas que el individuo no tiene la carga de tolerar.

La ilegitimidad de la agresión implica su antijuridicidad. En sentido amplio esto es, como contraria a derecho, no se requiere que tenga el carácter de delictual, ya que puede darse por contradicción con normas de la totalidad del ordenamiento jurídico. Implica eso sí la puesta en peligro de bienes jurídicos. En sentido amplio, no solamente aquellas conductas recopiladas en los ordenamientos penales, sino aquellas que sean contrarias a derecho, análisis que debe hacerse respecto de la universalidad del ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Al respecto véase a Bustos y Hormazábal: “La conducta agresiva debe ser... ilegítima, lo que es sinónimo de antijurídica, es decir, toda conducta que afecta bienes jurídicos (lesiva) sin derecho”, es lo que otros denominan la ilegitimidad de la agresión. El indicar que se requiere que la agresión sea ilegítima está planteando que tiene que ser antijurídica, esto es, contraria a derecho. El carácter antijurídico de la agresión tiene que estimarse con relación a todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no es necesario que sea típica y, con mayor razón, que sea constitutiva de un injusto o delito” (1999, 125).

La ilegitimidad de la agresión delimita el campo en el que el individuo está autorizado para defenderse; al respecto debe aclararse que no se trata de que la agresión constituya un delito, se habla en consecuencia de agresión antijurídica para referir aquellas actuaciones contrarias a derecho.

Ahora bien, en materia de “los límites temporales de la acción defensiva, cabe señalar que ésta puede realizarse mientras exista una situación de defensa, que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos” (Zaffaroni 2002, 623). “Se dice en consecuencia que la agresión debe ser actual. No cabe, pues, apreciar la legítima defensa cuando la agresión ha cesado... lo mismo hay que decir cuando la agresión no ha comenzado. La legítima defensa preventiva no se basa en una agresión, sino en una predicción, y no constituye, por tanto, legítima defensa” (Muñoz y García 2000, 370).

Es claro que no cabe la defensa frente a una agresión que no ha iniciado, o que no es inminente; esto implica que no es posible defenderse frente a situaciones en las que no puede establecerse que la agresión está en curso, o que su inicio será inevitable. No obstante, el concepto de la inminencia aparece como absolutamente gaseoso, pues si bien se exige que no se trate de una predicción de una agresión de la que no hay suficientes indicios, tampoco es claro cómo determinar que existen elementos suficientes y ciertos que permitan determinar que la agresión es inminente y en consecuencia va a producirse. Es un campo de valoración que puede perder con facilidad la objetividad.

La exigencia de la actualidad o inminencia de la agresión es quizás una de las limitantes más importantes en la aplicación de esta causal; se ha dicho que implica que “haya indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera frustré las posibilidades de una defensa... Basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse. Por otra parte, una agresión sigue siendo tal mientras la lesión del bien jurídico no se haya consumado totalmente. Lo mismo sucede con los delitos permanentes en que la agresión dura mientras se mantiene la situación ilegítima generada” (Bustos y Hormazábal 1999, 125).

El concepto de inminencia puede ser difícil de dotar de contenido, en el esfuerzo de precisarlo se señala que “con este término se designa el requerimiento de

un signo de peligro inmediato para el bien jurídico. Pero no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico entre agresión y defensa. La agresión es inminente cuando es susceptible de percibirse como amenaza manifiesta, dependiendo su realización sólo de la voluntad del agresor”. “La existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él. En estos casos hay una correcta comprensión de la agresión como inminente, aunque no sea inmediata” (Zaffaroni 2002, 624).

Doctrinariamente se ha tratado de acudir a criterios que permitan delimitar adecuadamente los límites dentro de los que es admisible la legítima defensa, en particular tratando de definir de manera precisa las exigencias que debe reunir la agresión. “Los márgenes admisibles en la apreciación de esta circunstancia deben establecerse con... módulos objetivos... (riesgo permitido, adecuación social), situándose el juzgador *ex ante* en las circunstancias en las que el sujeto activo actuó” (Muñoz y García 2000, 370).

La referencia a los criterios presuntamente objetivos relacionados con los ‘modelos medios’, los cuales, por su amplitud e imprecisión, es claro que son insuficientes y por ello deben acompañarse de valoraciones particulares, de la situación del sujeto concreto que doten de contenido a las abstractas categorías ya mencionadas. No puede perderse de vista que las actuaciones de los seres humanos no pueden observarse como si un conjunto de circunstancias y condiciones pudiera llevar indefectiblemente a un específico resultado, se están analizando conductas, reacciones de seres humanos, con lo cual dejar establecidos criterios medios absolutos es desconocer las particularidades de cada ser humano derivadas de su educación, contactos sociales, familiares, culturales, de salud, las cuales van a condicionar las decisiones que tome y, claro está, las reacciones que tenga frente a determinadas circunstancias.

“En general, se puede decir que el margen de apreciación subjetiva que debe concederse al individuo en la constatación de las circunstancias fácticas que permiten una legítima defensa se debe establecer de acuerdo con un doble baremo: uno objetivo, que corresponde con la apreciación que cualquier persona razonable hubiera podido hacer, y otro, subjetivo, teniendo en cuenta las circunstancias y conocimientos del que se defiende, valorándolos, a su vez, con el cri-

terio objetivo antes mencionado” (Muñoz y García 2000, 370-371).

### ***Necesidad, racionalidad y proporcionalidad del acto defensivo***

Puede afirmarse que la defensa es necesaria cuando quiera que existe una agresión en curso, o cuando ella es inminente, y por otra parte cuando la defensa aparece como el único camino válido para la defensa de los bienes jurídicos. “Para determinar la necesidad de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la acción de defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño” (Bacigalupo 1996, 126).

Si bien es necesario valorar los medios que el sujeto tenía a su disposición para defender sus bienes jurídicos, tal como se anotará más adelante, ello no puede hacerse en abstracto, sino que es imperioso que se valoren las circunstancias especiales en las que se encontraba el autor, no solamente las del entorno, sino aquellas particulares del autor. No quiero decir con esto que el análisis deba tener en cuenta la mayor o menor resistencia del autor frente a un ataque y beneficiar a aquellos que adolecen de un carácter pusilánime, pero sí valorar circunstancias especiales que afecten las percepciones del autor, sus emociones y sus reacciones.

La racionalidad implica “que el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad... cuando la acción defensiva causa una lesión de una intensidad inusitada, cesa la legitimidad de la acción defensiva por su falta de racionalidad” (Zaffaroni 2002, 612). La racionalidad ha venido a reemplazar o moderar el concepto de la proporcionalidad, y en relación con ella se ha dicho que “Si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados” (Zaffaroni 2002, 612).

El concepto de la racionalidad excluye aquellas defensas que por tornarse excesivamente desproporcionadas frente a la magnitud de la agresión inicial carezcan de posibilidades de legitimación. Podría afirmar en consecuencia que la racionalidad viene a ser la medida con la que se determina la proporcionalidad. La racionalidad implica el reconocimiento de que la facultad que tiene el sujeto que recibe una agresión ilegítima o está en peligro inminente de sufrirla, para defenderse, no implica una autorización genérica de implementar su acción defensiva sin limitación alguna. Así, la racionalidad pareciera ser el límite más genérico que se impone a la defensa. Esa racionalidad implica en consecuencia que la defensa no sea absurdamente lesiva frente a la agresión originariamente recibida. Se trata de excluir de esta categoría aquellas acciones defensivas groseramente más nocivas que la agresión inicial.

“En las situaciones concretas en que deba resolverse si la antijuridicidad de la agresión justifica la desproporción con la lesión inferida, la racionalidad es el principio correctivo que debe proporcionar la respuesta, que siempre es equívoca cuando se la denomina tolerancia o se la desvía erróneamente hacia la ponderación de males del estado de necesidad. Si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados” (Zaffaroni, 2002, 612-613).

La denominada proporcionalidad generalmente es relacionada con los medios utilizados para efectuar la acción defensiva; se indica que debe materializarse “tanto en la especie como en la medida, de los medios empleados para repeler la agresión. Es decir, la entidad de la defensa, una vez que ésta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión; de lo contrario, no habría justificación plena y, todo lo demás, vendrá en consideración la eximente incompleta (exceso defensivo)” (Muñoz y García 2000, 371).

Antes de determinar la proporcionalidad de los medios y de la acción defensiva como tal, debe indicarse que ha de constatarse la necesidad de la acción defensiva, es decir, “la situación ha de exigir el uso de la defensa para proteger a la persona o sus derechos. El requisito debe entenderse en un doble sentido que no

sólo limita el medio, sino la defensa misma. Este requisito implica, en primer lugar, la necesidad racional de la defensa misma y, en segundo lugar, la necesidad racional del medio” (Bustos y Hormazábal 1999, 128).

Tradicionalmente se ha relacionado el criterio de proporcionalidad con los bienes jurídicos involucrados, lo que conlleva la ponderación de jerarquías de tales bienes o intereses jurídicos, derivada de la protección que desde el ordenamiento jurídicos se hace de ellos, y valorando, claro está, los ataques que sobre ellos se producen.

La racionalidad “no se puede determinar en forma abstracta, objetiva y general como la proporcionalidad, sino que dependerá de su situación concreta y de las circunstancias de ella (de la persona y sus derechos). Luego la racionalidad tendrá que ser apreciada *ex ante* conforme a la situación personal y circunstancias en que se encontraba el defensor en el momento de defenderse. En definitiva, se trata de un concepto necesariamente abierto y que tendrá que ser cerrado por el juez en el momento de la apreciación de los hechos” (Bustos y Hormazábal 1999, 129).

El concepto de racionalidad responde a la necesidad de moderar las dificultades generadas por el concepto de proporcionalidad, logrando que se realice un examen que pondere las reales circunstancias en las que se desarrolló la defensa y no solamente un juicio abstracto de ponderación de bienes jurídicos.

El concepto racionalidad viene a subjetivizar el análisis de la causal, y no debe darnos miedo emplear este término, ya que los referentes objetivos no siempre implican de suyo la idea de justicia, y de igual manera las valoraciones subjetivas no llevan consigo siempre a la fatídica conclusión de injusticia. En particular, cuando se trata de valoraciones que incluyen emociones, reacciones, escogencia de alternativas, toma de decisiones, determinación de medios adecuados, defensa de bienes jurídicos, no puede partirse exclusivamente de criterios objetivos, ya que ellos desconocerían la naturaleza particular de cada individuo. Si bien es claro deben fijarse reglas que limiten el campo de valoración del juzgador, no puede desconocerse que un análisis absolutamente abstracto, objetivo de la situación de agresión, los medios disponibles de defensa y de la proporcionalidad implicarían desconocer que quien reacciona frente a la agresión es un ser humano, un individuo particular respecto de

quien debe hacerse una valoración de las circunstancias particulares que rodearon su acción defensiva.

### **Elemento subjetivo. Intención de defenderse**

En relación con este elemento se ha señalado “la exigencia de que el que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse (*animus defendendi*)” (Bacigalupo 1996, 127).

Frente a tal elemento subjetivo se han diferenciado dos elementos, el primero de ellos el conocimiento o conciencia de la agresión, y el segundo, la intención de defenderse. Respecto del conocimiento se ha señalado que “quiere decir que quien acomete a otro sin darse cuenta de que está protegiendo un bien jurídico no actúa en legítima defensa. El azar no lo puede beneficiar. El requisito del conocimiento guarda coherencia con la exigencia de la realidad de la agresión... para que haya legítima defensa, una coincidencia entre lo que el sujeto conoce y lo que sucede en la realidad” (Bustos y Hormazábal 1999, 132).

En tratándose del segundo elemento, esto es, la intención o voluntad de defenderse, la doctrina no ha sido pacífica, ya que algún sector se inclina por su aceptación en tanto que otro sector propende a su no aceptación. Como se verá, es un elemento de importante dificultad en los casos de mujeres maltratadas, especialmente cuando la ‘defensa’ se produce por fuera de un episodio de confrontación.

Sería entonces extremo exigir una expresa y precisa intencionalidad de defenderse, ya que más allá de las dificultades que ello presenta a nivel probatorio, el contenido mismo de la causal aparece más alineado con la voluntad de protegerse, es decir, la simple voluntad de estar actuando con la finalidad de repeler un ataque que el sujeto advierte como ilegítimo.

En relación con este aspecto, Roxin pone el acento en la conciencia del sujeto de estar actuando para que su derecho prevalezca frente a la actuación injusta, la cual considera suficiente para satisfacer el requisito subjetivo. “Para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defen-

sa”. “No es cierto que solo concurra una ‘defensa’ si el agredido obra para defenderse, sino que ya la hay si sabe que está repeliendo una agresión actual y anti-jurídica. Y a la idea de prevailecimiento del derecho, que está tras la legítima defensa, ya se le da cumplida satisfacción, tanto objetiva como subjetivamente, si el sujeto –por los motivos que sea– actúa con conciencia de que está imponiendo al derecho frente al injusto” (Roxin 1997, 667).

Como veremos más adelante, en materia de violencia en contra de la mujer, es preciso interpretar esta intención de defensa más desde la óptica planteada por Roxin, ya que en muchos casos derivados de los síndromes producidos por la violencia la mujer no se reconoce como víctima, y su afectación psicológica impediría demostrar una precisa intención de defenderse, pero bien podría demostrarse la acción de prevailecimiento de su derecho a una vida libre de violencia.

### 3.2. El estado de necesidad exculpante

#### *Naturaleza*

Tradicionalmente, la figura del estado de necesidad obedece a la colisión entre dos bienes jurídicamente tutelados, uno de los cuales es violentado para proteger el otro. “Se define el estado de necesidad como una situación de peligro actual para un interés legítimamente protegido por el derecho, el cual solo es posible salvar mediante la lesión de bienes jurídicos de un tercero, su esencia consiste en una situación de conflicto o colisión de bienes o deberes, cada uno de los cuales solo puede conservarse con sacrificio de otro, bien que es así mismo jurídicamente tutelado” (Gómez 1996, 830).

En relación con el contenido de la figura del estado de necesidad, existen dos corrientes: la unificadora y la diferenciadora. La primera de ellas considera que aun tratándose de bienes jurídicos de igual o similar valor, puede hablarse de justificación. La segunda propugna la distinción entre el llamado estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante en atención precisamente a la ponderación de bienes, de acuerdo con la cual si el bien salvado es de mayor valor frente al sacrificado, estaríamos en presencia de estado de necesidad justificante, y, por el contrario, cuando se trate de bienes de igual o similar

valor, estaríamos en presencia de estado de necesidad exculpante, con exclusión, claro, de la culpabilidad.

La discusión es relevante en la medida que la ubicación en la justificación o la exculpación implica la presencia o ausencia del injusto; así, en la justificación se está en una conducta que el ordenamiento ha legitimado, lo ha definido como adecuado al ordenamiento jurídico, mientras que en la exculpación se encuentra la presencia del injusto, pero se prescinde del reproche a pesar de tratarse de una conducta anti-jurídica. “La doctrina contemporánea ha trazado los límites entre justificación y exculpación partiendo de la apreciación del valor de los bienes jurídicos en colisión. Cuando se sacrifica un bien menor para salvar un bien mayor, se habla de estado de necesidad justificante; cuando los bienes son de similar valor y se sacrifica uno de ellos para salvar al otro de un peligro grave y extremo, se habla de estado de necesidad exculpante o inculpable” (Gómez 1996, 831).

La anterior diferenciación encuentra su razón de ser en la propia naturaleza de las circunstancias en las que se excluye la antijuridicidad o la culpabilidad. En las denominadas causales de justificación, se está en una situación en la que el propio legislador cubre de legalidad una situación que él mismo inicialmente previó como prohibida, en tanto que en las causales de inculpabilidad estamos en presencia de conductas respecto de las cuales se mantiene intacta la prohibición del acto, pero por circunstancias ajenas al autor se reconoce que no puede endilgársele culpabilidad; se asume que no hay lugar a reproche a pesar de que la antijuridicidad de la conducta y la presencia del injusto se mantienen incólumes.

Cuando quiera que en la colisión que se presenta entre bienes de diferente valor el bien sacrificado es de menor valor, tiene sentido que se aplique legalidad a la situación, pues el individuo no tenía otra forma de evitar el daño al bien jurídico de mayor valor, y en el juicio de ponderación se acepta que en esas circunstancias sacrifique un bien de menor valor. Es decir, en este caso, de acuerdo con la ponderación, se encuentra como ‘justo’ el sacrificio del bien de menor valor, pero ello no ocurre cuando se trata de bienes de similar o igual valor, situación en la que el sacrificio de uno de ellos no aparece como ‘justo’ con la misma claridad. “Cuando el bien sacrificado es de similar o igual valor que el salvado, no se produce un resultado cuantitativamente superior o más valioso, y por ello el acto no

será justo sino apenas exculpado, o sea, simplemente, tolerado por el derecho” (Gómez 1996, 831).

Muñoz Conde se refiere al asunto indicando que “la doctrina española dominante considera que en la actual eximente... se regulan conjuntamente el estado de necesidad como causal de justificación y como causa de exculpación. El primero se daría cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, el segundo, cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor. Mientras que en el primero la ley aprueba el sacrificio del bien de menor valor, en el segundo, se dice, la ley no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes, que son de igual valor, pero por razones preventivas (falta de necesidad de pena), disculpa a quien actúa en dicha situación” (Muñoz y García 2000, 373).

Como se ve, acoge la teoría unificadora al considerar que al tratarse de bienes de igual valor, se aplicaría la causal de justificación, indicando que “nada impide que aquí también opere como causa de justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria” (Muñoz y García 2000, 449).

### **Requisitos**

Al igual que en el análisis que se hizo de la legítima defensa, me circunscribiré a aquellos en los cuales pueden presentarse dificultades en escenario de la violencia de género.

### ***Peligro, situación de necesidad***

El estado de necesidad parte de la base de la existencia de un peligro para un bien jurídico protegido ya sea propio o ajeno, el cual solo puede conjurarse mediante la lesión de bienes jurídicos ajenos. Este peligro debe ser real, no supuesto, y revestir cierto margen de gravedad, el cual “dependerá de la correlación de los bienes en conflicto, de la intensidad del peligro asumido por los bienes, del valor social e individual de esto o de los deberes en colisión, teniendo en cuenta que solo una ponderación total de los aspectos individuales, sociales, materiales, morales nos ofrece un criterio más seguro para determinar la proporción” (Gómez 1996, 837).

Al igual que en el caso de la legítima defensa, el peligro requerido en relación con el estado de necesidad exige que el mismo sea actual o inminente, entendiéndose que ello implica que el peligro se esté desarrollando o vaya a ocurrir en momento muy cercano, incluyéndose también las situaciones de peligro permanente.

En relación con el peligro requerido en el estado de necesidad exculpante, Roxin incorpora un importante concepto de acuerdo con el cual “en el estado de necesidad excluyente de responsabilidad posee especial relevancia el hecho de que la actualidad del peligro comprende periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión... 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 decir exactamente cuándo sucederá tal cosa” (Roxin 1997, 903).

Igualmente, se exige que el necesitado no tenga el deber jurídico de afrontar el riesgo; este requisito se relaciona entonces con las obligaciones derivadas de profesiones u oficios, que de suyo implican el deber de soportar un cierto nivel de riesgo o peligro.

### ***La acción necesaria***

Como ya se anotó, cuando se habla del estado de necesidad, el sujeto se encuentra en una situación de peligro, riesgo grave e inminente para un bien jurídico propio o ajeno, la cual solamente puede ser conjurada mediante la lesión de otro bien jurídico. Se ha insistido en que el camino escogido por el autor es el único posible. “Es preciso, además, que la realización del mal o la infracción del deber que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora. La comisión del tipo de injusto de un delito que la lesión de un bien jurídico la infracción de un deber jurídico realizan ha de ser, por tanto, necesaria, es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal” (Muñoz y García 2000, 376).

Si bien se afirma que la acción realizada debe ser el único camino posible, no podemos perder de vista que de existir otras alternativas menos lesivas para conjurar la situación de peligro, estas deben ser reales, ob-

jetivamente disponibles para el sujeto a las que este no podría haber accedido de manera rápida, expedita y eficaz, no simplemente posibilidades teóricas.

El tratadista colombiano Gómez López afirma: “Como se trata de una situación de inculpabilidad, la acción de salvaguarda deberá ser el único camino o mecanismo a mano para poder salvar el bien. Se dice que la acción cometida en estado de necesidad debe constituir, como *ultima ratio*, el único y último recurso para salir de ese estado, y debe ser objetivamente indispensable y apta para evitar el peligro, dejará de ser necesaria, y por lo tanto será inadecuada cuando el hecho disponía de otros mecanismos menos lesivos que los que utilizó y sin embargo prefirió utilizar los de mayor poder o dañosidad. En concreto, el autor deberá utilizar los medios o instrumentos menos lesivos que tenga a disposición, pudiendo incurrir en responsabilidad penal cuando teniendo a mano medios menos lesivos prefirió utilizar otros” (Gómez 1996, 841).

Respecto de lo anterior, debo decir que este es uno de los principales inconvenientes para la aplicación de la hipótesis planteada, ya que el análisis de las posibilidades con las que cuenta el que actúa en estado de necesidad normalmente se hace abstracto, quitando importancia a las circunstancias personales del autor y a aquellas que lo rodearon en el preciso momento en el que tomó la decisión de emprender la acción lesiva de otro bien jurídico, con la finalidad de salvar uno propio o ajeno.

Como se verá más adelante, si bien el estado de necesidad defensivo aparece como una alternativa posible de defensa en casos de mujeres maltratadas que causan la muerte a sus agresores, la especificidad de la exigencia de que la acción defensiva sea la única alternativa posible implica casi de entrada la imposibilidad de la aplicación en el escenario de la violencia contra la mujer. Me refiero en particular a los mitos sociales que rodean este tipo de violencia y que tanto daño hacen en la lucha en contra de tan nocivo fenómeno. Muchos de esos mitos colaboran a que se establezca un sinnúmero de posibilidades alternativas para las mujeres, que no pasan de ser soluciones hipotéticas carentes de efectividad en la realidad, pero que sí dificultan la aceptación de esta causal de exclusión de culpabilidad, ya que la argumentación teórica siempre encontrará una posible alternativa diferente que constituirá obstáculo para la eficacia de esta causal de exculpación.

### 3.3. La violencia invisible. Mitos

La naturalización de la violencia en contra de la mujer ha permitido durante muchos años que el fenómeno sea invisible e intocable para el Estado, y solamente a través del movimiento feminista<sup>3</sup> y las declaraciones de organismos internacionales se ha logrado poner sobre la óptica pública el análisis del fenómeno. Tradicionalmente se ha entendido que el maltrato a la mujer en el ámbito de la pareja es un asunto privado que debe resolverse puertas adentro. En ese escenario se han alimentado muchos mitos que aún escuchamos de muchos sectores de la sociedad, mitos todos estos que terminan por legitimar tal violencia e invisibilizarla a los ojos de las autoridades.<sup>4</sup>

“La movilización política de las mujeres en todo el mundo fue elevando progresivamente el perfil de la problemática evidenciándola como una consecuencia de la discriminación y como expresión de la violación de derechos humanos de las mujeres. Las organizaciones y movimientos de mujeres en el mundo fueron captando progresivamente la atención internacional, hasta que en la década destinada por las Naciones Unidas para la mujer (1975 a 1985) se logró una creciente escucha de las entidades multilaterales y se generaron espacios de articulación entre las organi-

<sup>3</sup> Al respecto véase Fondo de las Naciones Unidas y España para el Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (2010). “Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia”: “En la década de 1970 la violencia contra las mujeres en la pareja comenzó a denunciarse de forma específica como problema y nació en Inglaterra el movimiento de mujeres maltratadas con el establecimiento de una primera casa de acogida en 1971, que fue seguida por la apertura de una segunda en Holanda en 1974 y luego por muchas más en Estados Unidos”.

<sup>4</sup> Coincidimos al respecto con Fries y Hurtado (2010). “Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe”. Naciones Unidas. Cepal. Serie Mujer y Desarrollo. Publicación de las Naciones Unidas: “... el espacio público se concibió como el espacio de los ciudadanos, de la relación entre pares hombres y en última instancia el de la presencia del Estado respecto de cuyos abusos los derechos humanos protegerían. El espacio privado se ligó a la familia, entidad natural en la que mujeres tienen un mismo estatus, el de desiguales frente al jefe de familia. ‘La distinción público/privado separa y concentra formas jurídicas de poder propias de la función del Estado Moderno’ (Charlesworth 1991... Las mujeres estando relegadas al mundo privado, espacio que supuestamente no controla el Estado y en el que se producen las principales violaciones a sus derechos, quedan excluidas por tanto de dicha protección. Charlotte Bunch ha señalado que esta dicotomía entre las esferas pública y privada se ha utilizado de manera amplia para justificar la subordinación de las mujeres y para excluir del escrutinio público los abusos en materia de derechos humanos cometidos en el ámbito privado (Gómez Isa 2003)”.

zaciones sociales, las agencias de cooperación y los Estados para tratar el problema” (Fondo de las Naciones Unidas y España para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio 2010, 20).

A pesar de lo mucho que actualmente hablamos acerca de la violencia en contra de las mujeres, especialmente de aquella derivada del género, lo cierto es que poco ha mejorado el escenario, las cifras de violencia en el mundo siguen siendo alarmantes, la persecución, prevención y castigo de este fenómeno parece aún ser ineficaz. Los esfuerzos legislativos realizados por muchos Estados han estado permeados por el abordaje estrictamente penal del asunto, mediante medidas legislativas que no logran materializar una lucha efectiva contra el fenómeno. Si bien se ha reconocido la necesidad de asumir la regulación del fenómeno mediante el contacto y colaboración de diversas ramas del derecho que permitan establecer un verdadero escenario de protección y restablecimiento de los derechos de las mujeres, los avances legislativos se han reducido a la implementación de nuevos tipos delictuales o aumentos de penas.

Se echa de menos el establecimiento de verdaderas estructuras especializadas en la prevención, persecución y penalización de la violencia, enfocada en atención especial de estas mujeres, su protección, la garantía de los derechos de sus hijos, centros de acogida, asesoría psicológica y jurídica gratuitas.

### ***Caminando de lo privado a lo público. La lucha contra los mitos***

La violencia contra la mujer encuentra plena comodidad en los históricos escenarios patriarcales y en la aceptación cultural de la inferioridad de la mujer. La legitimación de la violencia en el ámbito de la pareja ha estado mediada por una superioridad masculina socialmente aceptada y complementada con la esperada docilidad u obediencia femenina. “El sistema de desigualdad se sostiene en una estructura de desequilibrio de los géneros. La violencia familiar constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros, ya que se basa en el abuso del poder” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 2009, 28).

La madre, la esposa, la frágil, la sumisa, versus el jefe del hogar, el proveedor, el fuerte, son cualidades que

desde la niñez son asignadas a uno y otro género con efectos muy perjudiciales en las relaciones entre uno y otro. “La noción de patriarcado re-emerge para enfatizar el componente de poder en las relaciones de género. Se trata de un sistema de dominación masculina enraizado en las normas sociales, culturales, en las estructuras políticas y jurídicas, en las economías locales y globales que requiere de la violencia como dispositivo real y simbólico para el disciplinamiento de las mujeres” (Frías y Hurtado 2010, 13).

“Otro código cultural que ha mostrado un efecto prevalente en el incremento de la violencia contra las mujeres es la separación del espacio público y el espacio privado. De acuerdo con este código propio de las sociedades más patriarcales, ‘lo que pase en casa se queda en casa’, lo que quiere decir que los vecinos y la comunidad en general no tienen el permiso social de intervenir en lo que ocurre en el interior de una familia” (Fondo de las Naciones Unidas y España para el Cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio 2010, 43). Lo anterior favorece la falta de denuncia por parte de las mujeres, y adicionalmente refuerza uno de los principales mecanismos utilizados por el agresor para inmovilizar a la mujer, el cual es precisamente aislarla de cualquier posibilidad de obtener ayuda.

Muchos son los mitos que rodean la violencia en contra de la mujer en el ámbito de la pareja; uno de ellos tiene que ver con la “anormalidad del agresor”, con lo cual se busca justificar su comportamiento violento en patologías, enfermedades mentales, nada más dañino que tal mito. Si bien es probable que la violencia ejercida por el hombre vaya acompañada de trastornos mentales, ellos no son la explicación de su violencia, como tampoco lo son el alcohol o las drogas, aunque todos ellos pueden ser factores concomitantes y desencadenantes de la violencia. El hombre maltratador puede ser cualquiera, no existe un tipo específico de hombres especialmente proclives a ejercer la violencia en contra de sus parejas. “Si tuviéramos que definir un perfil que pudiera recoger al agresor en todas sus manifestaciones, éste vendría dado por tres características fundamentales: hombre, varón, de sexo masculino. No hay perfil, se trata de un perfil elástico, maleable que puede adoptar cualquier forma sin que se modifique su esencia” (Lorente 2004, 45).

Es muy importante aceptar que las antiguas teorías basadas en la existencia de ciertos tipos, perfiles o

características que determinaban la existencia de un maltratador solamente han constituido una efectiva cortina de humo que ha ocultado y justificado durante años el tema del maltrato femenino, por hacerlo parecer una situación normal, que se debe mantener puertas adentro del hogar y que en la mayoría de los casos es el resultado, o bien de carencias psicológicas de la mujer, o de trastornos mentales del hombre que le hacen inevitable comportarse de esa forma, o, lo que es peor, son el resultado de factores externos que hacen que el hombre actúe determinado por los factores licor, drogas, maltrato en la infancia. Hoy en día se reconoce que estos mitos ocultan las verdaderas razones del maltrato, principalmente la desigualdad de poderes y la dominación por parte del hombre en el núcleo familiar. Todo ello en un marco de dominación y subordinación donde el más fuerte utiliza la desigualdad para imponerse, violentar, maltratar.<sup>5</sup>

De lo anterior se desprende que la lucha contra la violencia de género solamente puede ser eficaz en la medida en que se ataque de sus profundas raíces sociales y culturales, con miras al desmonte de los estereotipos y paradigmas machistas que la justifican. Solamente en la medida que se luche contra los imaginarios sociales de superioridad del hombre y de legitimidad de los actos violentos en contra de las mujeres, las alternativas legislativas y de política criminal tendrán oportunidad de exterminar esta nefasta realidad. Obviamente, el papel en la educación es de radical importancia en la eliminación de los mitos y estereotipos que alientan la violencia en contra de la mujer. La eliminación de los roles, actitudes, conductas deseables o exigidas en función de los roles solo puede ser combatida eficazmente mediante

la educación. Solamente en la medida que nuestros niños y niñas empiecen a ser despojados de las diferencias atribuidas en virtud del género, y se les permita ejercer actividades, tener emociones y reacciones naturales y no condicionadas por exigencias sociales, habremos emprendido el camino de la verdadera lucha en contra de esta pandemia.

### ***Ciclo de la violencia, síndrome de mujer maltratada y síndrome de indefensión aprendida***

La teoría del ciclo de la violencia fue elaborada por Leonore Walker (1979), en su libro *La mujer golpeada*, donde plantea que el maltrato a la mujer se produce de forma cíclica, pudiendo identificarse ciertas etapas que se producen, en diversos lapsos. Básicamente, el ciclo de la violencia se compone de tres etapas, una de acumulación de tensión, seguida de un episodio muy explosivo de violencia, luego del cual viene la denominada etapa de luna de miel, etapa esta última en la que el maltratador pide perdón, manifiesta arrepentimiento y promete a la mujer que estos episodios nunca van a repetirse, inclusive compra regalos a la mujer y la trata de manera excesivamente cariñosa. Debe aclararse que las etapas varían en su duración e intensidad, e inclusive puede ocurrir que alguna de ellas no existe o sea casi imperceptible, sin que ello desconozca la ciclicidad del fenómeno.

“Uno de los aspectos más importantes que debemos conocer es que la violencia desaparece y reaparece en diferentes momentos. Primero se acumula ‘mucho malestar’ y se producen roces permanentes entre los miembros de la pareja; después ocurre el ‘acto más violento’, en el que explota todo ese malestar y se produce la mayor agresión, que puede ser física o verbal. Finalmente, se genera una situación llamada ‘luna de miel’, en la que el agresor se arrepiente, pide disculpas y le promete que nunca más volverá a violentarla. Pasado cierto tiempo, este ciclo vuelve a repetirse” (Goldman, 2008, 31).

Esta figura es de vital trascendencia en la explicación de la situación de peligro permanente, de gran importancia en el análisis de la legítima defensa en casos de mujeres maltratadas, especialmente en la legitimación del denominado peligro permanente, derivado precisamente de la naturaleza cíclica de esta violencia, y la conclusión de que estos episodios de estallidos de violencia frecuentemente vuelven.

<sup>5</sup> Al respecto véase Organización Panamericana de la Salud (2000, 13): “Este tipo de violencia no es el resultado de casos inexplicables de conducta desviada o patológica. Por el contrario, es una práctica aprendida, consciente y orientada, producto de una organización social estructurada sobre la base de la desigualdad. ...la violencia intrafamiliar es el resultado de las relaciones desiguales de poder y es ejercida por los que se sienten con más derecho a intimidar y controlar. En el interior de la familia, las desigualdades producidas por el género y la edad son las principales determinantes de las relaciones violentas que allí se construyen... el uso de la violencia contra las personas con menos poder dentro del ámbito familiar es no solo uno de los medios por los cuales se controla y oprime, sino también una de las expresiones más brutales y explícitas de la dominación y la subordinación basadas en el género y la edad. Este modelo de poder y dominio que produce las prácticas cotidianas de violencia intrafamiliar atraviesa todas las clases sociales, niveles educativos, grupos étnicos y etarios; es decir, la violencia intrafamiliar se da en todos los sectores de la sociedad”.

Otro importante concepto es el del síndrome de indefensión aprendida, también acuñado por Lenore Walker (1979), y que ha sido llamado también teoría de la indefensión de la mujer maltratada. En desarrollo de esta teoría, “La Dra. Walker explica cómo la mujer que ha experimentado la violencia queda incapacitada para controlar su voluntad, a través del tiempo, desarrollando así la ‘condición de impotencia aprendida’. Esta condición previene el que una mujer maltratada pueda percibir o actuar cuando se le presenta una oportunidad para poder escapar de la violencia. Se basa en la hipótesis de que tempranas influencias sociales en una mujer facilitan la condición psicológica de impotencia, lo que hace que las mujeres se sientan incapaces de poder controlar positivamente sus vidas. La Dra. Walker expone que la ‘impotencia aprendida’ es la responsable de la deficiencia cognoscitiva emocional y conductual que se observa en la mujer maltratada, es lo que le afecta negativamente y le retiene en la relación abusiva” (Portal de víctimas maltrato, abuso y hostigamiento sexual 2008).

Es entonces esta afectación psicológica la que impide que la mujer rompa el ciclo de la violencia y abandone al maltratador, o lo denuncie y busque ayuda; por cuanto los episodios frecuentes de maltrato la imposibilitan para ello, ya que no logra ver una posibilidad clara de escapar a esta situación de violencia. No logra ver con esperanza su futuro, le parece imposible escapar a su situación actual, y termina por considerarse condenada a padecerla.

Por otra parte, y en relación con el denominado síndrome de mujer maltratada, se ha señalado que los continuos episodios de maltrato físico y psicológico sufridos por las mujeres víctimas de la violencia a manos de su pareja pueden producir un estado patológico que se traduce en un conjunto de síntomas físicos o psicológicos. Este síndrome es tan intenso que algunos autores lo han comparado con el síndrome de Estocolmo, indicando que en el primero de ellos la mujer termina por justificar a su agresor, a quien ella misma obliga a que la maltrate por incumplir sus reglas, defraudar sus expectativas; todo ello producido claramente por la permanente manipulación psicológica ejercida por el agresor sobre la mujer maltratada. Algunos autores lo han denominado síndrome de

Estocolmo doméstico<sup>6</sup>, teoría que se ha desarrollado para tratar de explicar los vínculos paradójicos que se producen entre estas mujeres víctimas y sus agresores, llegando en ocasiones inclusive a justificar la conducta de estos. Se afirma que en este escenario de violencia se presenta un desequilibrio del poder y periodos intermitentes de buen y mal trato que conllevarían la construcción de ese vínculo paradójico y el sometimiento de la mujer. (Montero, Andrés s/f).

Cuando este síndrome hace presencia, la mujer se abandona en su situación, renuncia a luchar y simplemente siente que está condenada a sufrir esta situación; está tan débil física y psicológicamente que pierde cualquier esperanza de salir de esa situación; tristemente, se resigna, no tiene posibilidades de luchar. Además de los diversos síntomas físicos que evidencia este síndrome<sup>7</sup>, llaman poderosamente la atención los signos psíquicos tales como angustia, ansiedad, falta de autoestima, inseguridad, sensación de peligro constante, dificultad de dimensionar el peligro, abandono, sensación de incapacidad. Como se verá enseguida, estos signos exigen un redimensionamiento en el análisis de los requisitos de figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante.

### 3.4. Hacia una nueva lectura de exclusión de responsabilidad. Una mirada de género

La realidad de la violencia en contra de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja está rodeada de causas, consecuencias, síntomas y síndromes muy específicos que afectan no solo la salud física, sino

<sup>6</sup> Al respecto véase Montero, Andrés. “El síndrome de Estocolmo doméstico en mujeres maltratadas”, quien entre otras afirmaciones dice: “Sin entrar en descripciones demasiado técnicas, el síndrome de Estocolmo doméstico (abreviadamente SIES-d) sería descrito como un vínculo interpersonal de protección, construido entre la víctima y su agresor, en el marco de un ambiente traumático y de restricción estimular, a través de la inducción en la víctima de un modelo mental (red intersituacional de esquemas mentales y creencias). La víctima sometida a maltrato desarrollaría el SIES-d para proteger su propia integridad psicológica y recuperar la homeostasis fisiológica y conductual”. Disponible en: <http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html>.

<sup>7</sup> Dolores de cabeza, insomnio, problemas estomacales, pérdida del apetito, cansancio, sudoración, dolores corporales.

también la mental y la social<sup>8</sup> de la mujer, circunstancias que considero deben impactar la valoración de las posibilidades de exclusión de responsabilidad. No se plantea una especial consideración en la aplicación de las causales por tratarse de mujeres, ni mucho menos se pretende quitarle objetividad a los parámetros de la figura, pero sí reconocer que en el escenario de la mujer maltratada debe hacerse un examen de los requisitos de algunas de estas causales bajo una perspectiva situada que pondere y tenga en cuenta que no se trata de una 'mujer media' cualquiera, sino de una mujer en un contexto específico, en un especial escenario.

El carácter marcadamente masculino de las investigaciones realizadas en general en las ciencias sociales ha traído como consecuencia un 'conocimiento' con un marcado acento androcéntrico (Harding 1987, 3)<sup>9</sup>. Lo anterior implica reconocer la necesidad de aceptar que muchos de los referentes que se han considerado como parámetros objetivos responden a una visión parcializada y masculina que no puede satisfacer ese pretendido don de la objetividad.

Uno de los conceptos que más genera conflicto en el análisis de la aplicación de causales de ausencia de responsabilidad en la hipótesis planteada<sup>10</sup> es precisamente uno de aquellos denominados conceptos jurídicos indeterminados cual es el del hombre medio, el cual plantea serias dificultades en la valoración de la realidad vivida por estas mujeres, permitiendo que tenga impacto en los requisitos de las eventuales causales de ausencia de responsabilidad. Por razones culturales e históricas, las construcciones que se refieren al individuo, al hombre, al ciudadano, han sido identificadas y construidas desde lo masculino con un referente que no es inclusivo en materia de género. Lo

anterior trae consecuencias en el análisis de la ausencia de responsabilidad, derivadas de las elaboraciones marcadamente masculinas que acompañan la satisfacción de los requisitos de estas figuras.

### ***La insuficiencia del referente objetivo 'hombre medio'***

Si bien la doctrina tímidamente reconoce la insuficiencia de la utilización de criterios presuntamente objetivos tales como 'el hombre medio', es importante indicar que aún se aprecia notable resistencia en la incorporación de valoraciones subjetivas relacionadas con las circunstancias particulares del autor en las condiciones específicas en materia de causales de exclusión de responsabilidad, lo cual es entendible teniendo en cuenta que se trata de figuras respecto de las cuales debe prevenirse una ampliación inusitada en su ámbito de aplicación.

Partir del supuesto teórico de que a quien se defiende o actúa en virtud de un estado de necesidad exculpante puede exigírsele una conducta equivalente a la de un 'hombre medio razonable' en las condiciones del autor es un contrasentido, ya que la situación en la que se presenta la posibilidad de legítima defensa o estado de necesidad exculpante es de suyo una situación rodeada de anormalidad en la que la razonabilidad del sujeto claramente está afectada.

Partir de la referencia al hombre medio desconoce que ese hombre medio (o mujer media) actúa rodeado de especiales circunstancias que deben ser valoradas. ¿Podemos acaso hablar del parámetro genérico de la mujer media cuando quiera que la mujer de la que hablamos ha sido sometida a malos tratos constantes que pueden haber afectado su capacidad de reacción, su autoestima, su autopercepción, sus posibilidades de defensa? La respuesta es clara, el análisis requiere que se valore una mujer situada en ese escenario y con las consecuencias que de ello se derivan. La mujer víctima de maltrato no es una mujer media, es precisamente una mujer ubicada en un contexto específico, con características especiales derivadas de ese maltrato y que harían desigualitario y discriminatorio que se le exija actuar negando esa realidad que la rodea.

### ***El enfrentamiento de la formulación teórica con la realidad. La racionalidad como limitante de la legítima defensa***

El fundamento de la legítima defensa "no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coer-

<sup>8</sup> El maltrato frecuente disminuye y casi anula las habilidades sociales de la mujer, derivado ello de su deteriorada autoestima, lo que se refuerza con la limitación que normalmente el maltratador impone en los contactos con amigos o familiares. Recuérdese que una de las estrategias principales de dominación del maltratador es el aislamiento de su víctima, disminuyendo sus posibilidades de buscar ayuda.

<sup>9</sup> Véase Harding (1987, 3): "Las feministas argumentan que las epistemologías tradicionales excluyen sistemáticamente, con o sin intención, la posibilidad de que las mujeres sean sujetos o agentes del conocimiento; sostienen que la voz de la ciencia es masculina y que la historia se ha escrito desde el punto de vista de los hombres (de los que pertenecen a la clase o a la raza dominantes); aducen que siempre se presupone que el sujeto de una oración sociológica tradicional es hombre. Es por eso que han propuesto teorías epistemológicas alternativas que legitiman a las mujeres como sujetos de conocimiento".

<sup>10</sup> Homicidio del maltratador a manos de la mujer maltratada.

ción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia. Como todo derecho, tiene límites, que no son solo los impuestos por la necesidad, sino también los que devienen de la racionalidad” (Zaffaroni 2002, 612).

Existen importantes implicaciones relacionadas con las mujeres víctimas de maltrato, respecto de quienes existe evidencia de la insuficiencia, ausencia e ineficacia de las eventuales medidas de apoyo por parte del Estado. Lo anterior, en particular en casos como el colombiano, donde la eficacia, eficiencia y rapidez de la justicia no son características presentes en el sistema.

Es claro que esta vía de sustentación de la legítima defensa puede causar un ensanchamiento importante de esta; teóricamente el fundamento de la ausencia de protección del Estado encuadra perfectamente con la figura, pero cuando quiera que ello se contrasta con las limitaciones que en la realidad tienen algunos Estados, se hace necesario matizar el concepto, aumentando por ejemplo la rigurosidad de la denominada racionalidad.

Lo que no puede desconocerse es que la realidad social e institucional está enviando un mensaje que debe ser leído adecuadamente y no por el contrario buscando su acomodo a las figuras y herramientas elaboradas teóricamente cuando quiera que el impacto de la realidad produce en ellas un efecto diferente del que en la formulación teórica se había dimensionado.

Lo que afirmo es que la racionalidad debe aplicarse no con miras a proteger la insuficiencia e ineficacia del sistema, sino para constituir verdaderamente una limitante adecuada no extendida que responda a la realidad social. La racionalidad ha demostrado ser necesaria en la limitación y justificación de la causal de la legítima defensa; sin embargo, ese concepto implica de suyo reconocer que la racionalidad debe ser revisada a la luz de la situación real de aquel que actúa en virtud de la causal. Esto es, es en el caso examinado, debe entenderse la racionalidad exigible a una mujer víctima de maltrato<sup>11</sup>

<sup>11</sup> En el mismo sentido véase Olmedo (2003, 191): “Las circunstancias de extraordinaria tensión en las que suelen suceder este tipo de acontecimientos y en las que resulta decisivo el análisis del estado de exaltación (miedo, pánico, terror) de la víctima y de los efectos que eventualmente puede padecer a causa del síndrome de mujer maltratada. Estos son, sin duda, elementos que deberían incidir en una mayor flexibilidad a la hora de sentar parámetros que midan la racionalidad del medio empleado en la defensa”.

Elena Larrauri indica que desprender el dolo de matar del arma utilizada y el área del cuerpo afectada no parece ser adecuado para el caso de estas mujeres maltratadas. “Este razonamiento, creíble cuando la constelación es una pelea entre hombres, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta es una mujer a un hombre... los tribunales deberían pensar que aun cuando quisiera lesionar, la mujer debería utilizar un arma de grandes proporciones” (Larrauri 1994, 1). En el mismo sentido, Myrna Villegas insiste en que “parece adecuado que el parámetro para medir la racionalidad de la respuesta en situaciones de VIF no ha de hacerse sobre la base del ‘hombre medio’, sino de la ‘mujer media en ese contexto’” (Villegas 2010, 149-174).

“En efecto, requerir que quien se defiende use sólo la defensa necesaria para repeler la agresión no tiene por qué operar de manera perjudicial para las mujeres que, armadas, responden a agresiones de quienes no están armados. Esto por cuanto el requisito de la necesidad racional del medio empleado también invita a pensar en las capacidades de quien se defiende. A fin de evaluar si el uso de un arma por parte de una mujer golpeada constituye una legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al tamaño y a la fuerza y la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres. La superioridad física de quien ataca es un factor por tener en cuenta para analizar la necesidad racional de la defensa ensayada” (Di Corletto 2006, 11).

Consideramos entonces que la racionalidad, si bien criterio objetivo, debe recoger la realidad de la mujer maltratada, el drama que vive diariamente al lado del tirano de la casa, su desventaja natural física y psicológica para enfrentarse a él y sus minadas capacidades como resultado de la feroz violencia que influye en los medios, momentos y escenarios en los que puede defenderse.

### ***La agresión entre personas unidas por ‘relaciones de garantía’ o las relaciones familiares como límite de la legítima defensa***

Una de las exigencias más estrictas en materia de legítima defensa es aquella derivada de los lazos familiares, la cual encuentra relación con la posición de garantía, figura que encuentra fundamento en los especiales deberes surgidos de los vínculos existentes entre sus miembros. “Durante mucho tiempo se ha

afirmado que la familia es una de las instancias sociales en las que el sujeto ejercita su libertad en concreto, en relación con determinadas personas, a saber: con el cónyuge, los hijos, los padres. La decisión libre de la persona de formar una familia, se dice, trae consigo la asunción de deberes y obligaciones frente a los sujetos con los que se configura un mundo en común” (Perdomo 2008, 12).

En el escenario de situaciones de agresión entre personas vinculadas por relaciones de garantía, en especial aquellas ocurridas en relaciones matrimoniales o de pareja, existe la tendencia a reconocer que en virtud de los deberes de solidaridad, socorro y ayuda mutua que presuponen tales relaciones, el concepto de preavalecimiento del derecho se ve limitado por especiales exigencias aplicables a la figura de la legítima defensa.

En particular, se ha afirmado que cuando quiera que uno de los miembros de la pareja sufra agresión a manos del otro o esté en peligro inminente de sufrirla, está en la obligación de escoger el medio defensa que aparezca como menos lesivo, aunque este no resulte absolutamente eficaz, e inclusive implicando la exposición del agredido a ser lesionado en sus bienes jurídicos.

“Tiene menor importancia el principio de preavalecimiento del derecho en el marco de las relaciones que según las reglas de la teoría de la omisión fundamentan una posición de garante, lo que cobra importancia práctica sobre todo en la relación paternofilial y entre cónyuges. Allí donde los intervinientes están recíprocamente obligados bajo amenaza de pena a evitar daños para los otros, en caso de agresiones de uno contra otro ciertamente podrá el agredido protegerse defendiéndose, pero el interés en el preavalecimiento del derecho retrocede ante el deber de consideración humana mientras se pueda considerar aún subsistente una relación de solidaridad entre los implicados” (Roxin 1997, 651).

No obstante lo anterior, tal como lo plantea Roxin, estos deberes especiales existentes para la pareja implican en principio que el preavalecimiento del derecho ceda ante ellos, siempre y cuando sea verificable que tales deberes de solidaridad, convivencia y socorro aún subsistan. La posición de garante de la que se deriva este especial deber que hace que la legítima defensa sea más rigurosa puede encontrarse anulada en ciertos eventos. Esto es, esos especiales deberes se mantienen mientras no se rompan como consecuen-

cia, por ejemplo, de eventos de violencia doméstica permanente<sup>12</sup>.

Es claro que cuando los vínculos de fraternidad, solidaridad y afecto han sido rotos por los episodios de maltrato, esa violencia continua –ya sea física, sexual, psicológica o económica– hace que el especial deber de consideración que afecta la legítima defensa en este tipo de relaciones desaparezca, ya que la motivación de tal deber ha desaparecido también. Aquel que ha agredido permanentemente a su pareja ha roto con tal conducta los lazos de solidaridad, y en consecuencia no puede exigirse a la mujer que ha sido víctima constante de maltrato que en el momento de enfrentarse a un peligro o lesión deba moderar la escogencia de los medios o de su acción defensiva so pretexto de unos lazos que es evidente ya han desaparecido. La exigencia especial en materia de legítima defensa que parece natural cuando se habla de vínculos derivados de la existencia de una pareja deja de tener legitimidad cuando quiera que la violencia ha irrumpido en el escenario; es evidente que la violencia ejercida a la pareja rompe de tajo los lazos originales que la vinculaban y en consecuencia no sería lógico mantener tal exigencia. Debemos aceptar que la fundamentación de la posición de garantía en materia de la pareja está ligada a la idea de la familia como institución, como estructura con reconocimiento por parte del Estado, y que existen rupturas de tales lazos derivadas del desconocimiento de la dignidad del otro que impiden que los deberes de socorro, compañía y ayuda mutua permanezcan.

En la jurisprudencia española y alemana este criterio ha dificultado la aplicación de la figura en casos de mujeres víctimas de maltrato que causan la muerte a sus agresores. Se insiste en que en atención a los vínculos derivados de la relación, la exigencia en la escogencia de utilización de los mecanismos de defensa menos lesivos implica de suyo que la mujer acuda antes

<sup>12</sup> Véase Roxin (1997, 652). “...existen dos casos en que hay que admitir la extinción del deber de consideración... Una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos. Y en segundo lugar, ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”.

de defenderse a otras herramientas posibles. Por ejemplo, que a la mujer le asiste la posibilidad de abandonar el hogar, denunciar, pedir ayuda a la policía. Lo que es peor aún: los antecedentes de maltrato se interpretan en contra de la mujer, llegándose a afirmar que por haberlo sufrido en anteriores episodios, la mujer está preparada para saber que este no será mortal.

Quizás el reto más importante en relación con esta especial exigencia es determinar si la existencia de la familia como institución, como estructura dotada de reconocimiento estatal, basta para que se hable de que los lazos invisibles de solidaridad, afecto, confianza, socorro, que teóricamente se da por sentado, deben existir entre sus miembros. Llegar a tal conclusión sería tanto como proteger a la familia solo como valor abstracto, desconociendo la dignidad de sus miembros.

¿Qué ocurre cuando la realidad rompe tales lazos? ¿Es legítimo mantener conceptos, deberes y derechos derivados de la familia como institución cuando quiera que la violencia de parte de uno de los miembros parece haber roto la familia afectivamente hablando? ¿Es posible limitar o aumentar las exigencias en materia de legítima defensa en función de la existencia de una vinculación como familia en abstracto, a pesar de que entre sus miembros haya fracturas derivadas del maltrato?

Es claro que la motivación de esta especial exigencia en el interior de la familia, particularmente entre cónyuges, obedece a la mirada de una familia que se encuentra en condiciones normales, es decir, en la que permanecen el afecto en el cual se ha fundado; sin embargo, esta especial exigencia podría jugar en sentido contrario, al convertirse en una autorización para las lesiones por parte de un cónyuge amparado en la tranquilidad de que mientras se trate de ‘lesiones leves’, el otro cónyuge estará en cierta obligación de soportar tales agresiones y no reaccionar frente a ellas.

“Es objeto de discusión el alcance de la limitante, pues evidentemente afirmar su existencia sin definir su alcance significaría darle una “autorización jurídica” al cónyuge para que actúe violentamente ya que, entonces, el otro cónyuge –que generalmente es la mujer– debería limitar de alguna forma su defensa legítima. Así, se discute bajo qué parámetros se puede hablar de una limitación, y algunos llegan a la conclusión de que ésta procede en el caso de lesiones

corporales leves, aunque saber cuándo una lesión tiene esas características es muy complejo. Un problema adicional es si la limitante conduce a un “deber de soportar” el ataque o solamente a uno de “soportar una situación de riesgo elevado”; esto tiene especial relevancia cuando, ante el ataque leve, el cónyuge cuenta solamente con medios de defensa graves que pueden atentar directamente contra la vida del que ataca. Si sólo se trata del deber de soportar una situación arriesgada, el derecho de legítima defensa no decae por principio ante lesiones leves; por el contrario, un deber de soportar el ataque excluye de plano el ejercicio de este Derecho” (Perdomo 2008, 34).

Consideramos que aun en tratándose de lesiones leves, no debe permitirse que el derecho a la legítima defensa desaparezca o decaiga ante los deberes especiales de los cónyuges; la motivación última de que este derecho ceda frente a los deberes surgidos de la pareja es precisamente la vinculación afectiva y respetuosa, en ausencia de la cual no es legítimo exigir que se soporte ningún tipo de maltrato. Debe aceptarse que cuando quiera que uno de los cónyuges despliega en contra del otro actos de violencia, por más leves que parezcan, tal fundamento se rompe. Es absurdo que tal limitación de la legítima defensa se mantenga aun en casos de lesiones leves; ¿es que acaso como sociedad estamos enviando el mensaje de que la violencia, si no tan grave, es admisible en la pareja y en ese sentido la mujer debe soportarla? Pareciera que en lugar de avanzar en la lucha contra la violencia intrafamiliar estuviéramos legitimándola calladamente.

“...Se podría preguntar si la existencia de una vinculación jurídica especial implica la renuncia al mínimo de derechos personales. Ya que esto no es así y ninguna sociedad que se conciba como liberal puede aceptarlo, nos parece que no es acertado hablar de límites al Derecho de legítima defensa con base en una relación especial. Cuando exista un deber especial, es decir, cuando la relación jurídica entre las personas esté intacta y se pueda afirmar una relación de confianza legítima especial, cualquier ataque o agresión de una de las partes anula para el caso concreto todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante; lo contrario significaría reconocer que las palizas entre cónyuges son parte normativa integrante de cualquier relación de pareja que ya haya adquirido significado normativo para el derecho penal” (Perdomo 2008, 34-35).

Es claro que cuando la violencia aparece en el escenario de la familia, la especial vinculación de la que se deriva la posición de garante, o en particular el aumento de las exigencias en materia de legítima defensa, desaparece por cuanto su fundamento ha desaparecido también. Es importante reconocer que la exigencia debe desaparecer aun en los casos de ataques leves, ya que ningún tipo de violencia debe ser patrocinado por la sociedad ni por el Estado, más aún cuando es tan difícil establecer la levedad o gravedad de las lesiones. Piénsese por ejemplo en el caso de la violencia psicológica, en la cual las consecuencias o efectos son casi imperceptibles y fácilmente subvalorables; un insulto, la descalificación permanente pueden parecer a los ojos de un observador objetivo lesiones leves, a pesar de que pueden dejar graves y permanentes huellas en las mujeres agobiadas por ellas día a día. Por lo anterior, considero que es equivocado entender que estas ‘pequeñas agresiones’ son ‘metidas de pata’<sup>13</sup> que no trascienden el ámbito familiar. Estas concepciones precisamente son las que invisibilizan la violencia de género en contra de las mujeres y las que hacen que en ciertos sectores aún se considere que el Estado no debe intervenir en estos asuntos domésticos, y que deben ser episodios que se solucionen ‘puertas adentro’. Nada más nocivo y peligroso para las mujeres.

Algunos doctrinantes parecen inclinarse hacia la tolerancia del mantenimiento de estos especiales deberes cuando quiera que se trate de episodios ‘leves’ de violencia, retomando nocivos paradigmas antiguos de legitimación de cierta violencia privada de la pareja<sup>14</sup>. No puedo menos que separarme de esta posición por cuanto seguir desconociendo que aun los más mínimos ataques a la pareja son una expresión de

violencia que debemos contrarrestar implica dar pasos hacia atrás en la lucha que desde los organismos internacionales se ha señalado como indispensable. No puede indicarse que la violencia leve hace parte de la normalidad de la pareja; seguir convencidos de que una cachetada, las groserías, las descalificaciones, las humillaciones constantes, los empujones leves son ‘metidas de pata’ implica reiterar los nocivos estereotipos legitimadores de la violencia. Nada justifica la violencia en la pareja; lo que sí es claro es que esa violencia aparece rompiendo los vínculos que justifican la especial relación que legitima la mayor exigencia en materia de legítima defensa.

### ***El peligro inminente en la legítima defensa y en el estado de necesidad exculpante***

Una de las mayores dificultades que se enfrenta cuando se busca aplicar figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante a los casos de homicidio de maltratadores por parte de sus mujeres, especialmente en los eventos no confrontacionales (cuando el maltratador duerme luego de amenazar de muerte a su pareja por ejemplo), es el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión o del peligro.

No es poco común advertir posiciones doctrinales que excluyen de plano la aplicación de las figuras recién mencionadas por no estarse produciendo en el preciso instante una agresión o ser esta inminente. Frente a estas hipótesis, debo reiterar que es necesario leer estas causales con una perspectiva de género, comprensiva del fenómeno de la violencia en contra de la mujer y los síndromes de mujer maltratada y de indefensión aprendida antes mencionados.

En el escenario de la violencia a manos de la pareja, es común que la violencia psicológica, el amedrentamiento, las amenazas y las coacciones sean una constante en la relación, todo ello como antesala de los episodios denominados estallidos de violencia de acuerdo con el planteamiento del Ciclo de la Violencia. Debe entenderse que en ciertos eventos la mujer sometida a maltrato constante sufre una circunstancia de peligro permanente que a nuestro juicio es equiparable a la inminencia exigida por las causales.

El propio Roxin reconoce esta situación al referirse al tirano de la casa, indicando que “el peligro permanente puede ser un peligro amenazante proveniente

<sup>13</sup> Disentimos en ese aspecto de lo plantado por Roxin (1997 654); “El argumento, que siempre se repite, de que el cónyuge agresor no puede exigir ninguna consideración porque él mismo infringe sus deberes conyugales solo es cierto en casos de malos tratos continuos o de amenaza de daños graves; pero las acciones incorrectas leves no anulan la recíproca solidaridad entre los cónyuges. Ningún matrimonio podría existir si no se reaccionara con moderación y una cierta indulgencia ante ‘meteduras de pata’ de uno de sus miembros...”.

<sup>14</sup> Véase (Perdomo 2008, 15): “...no se desconoce que las relaciones de vida íntima, por principio, llevan implícito el intercambio de experiencias personalísimas, que en ellas los sujetos se muestran como son en realidad y que, además, ellos comparten un sinnúmero de momentos privados en los que hasta, y dicho de forma coloquial, se puede ‘meter la pata’; cuando estas situaciones no tengan significado para el derecho penal, la misma relación estrecha se encargará de liquidar el conflicto”.

de cosas... pero también constituye un peligro permanente el tirano familiar que de momento está pacífico, pero que en cualquier instante puede proceder de nuevo a los malos tratos” (Roxin 1997, 903).

Inclusive puede que el peligro permanente no esté dado por manifestaciones verbales ni físicas, el maltratador logra establecer un lenguaje no verbal para mantener intimidada a su víctima y hacerle entender con una mirada, un gesto amenazante o una seña que represente una agresión mortal que en cualquier momento el ataque se producirá. Y en efecto, el ciclo de la violencia permite afirmar que el violento ataque se producirá, más tarde o más temprano, pero es evidente que se producirá ¿No es ello el vivo ejemplo de la permanencia del peligro? Es claro que tal peligro es asimilable a la inminencia<sup>15</sup>.

### ***La intención de defenderse***

En cuanto al denominado elemento subjetivo de la legítima defensa, es claro que ha planteado serias dificultades en la hipótesis planteada, especialmente en los eventos no confrontacionales, ya que el aprovechamiento de la mujer, de periodos en los cuales el maltratador está dormido o ha bajado la guardia, ha sido interpretado como alevosía, venganza, descartándose de plano la existencia de la intención de defenderse. En este punto considero que debe estarse al concepto planteado por Roxin, el cual implica avanzar más allá de la exigencia de la especial intención de defenderse y transitar hacia el concepto de prevalenciamiento del derecho. Así, bastaría con que la mujer actúe con conciencia de hacer prevalecer su derecho para que el requisito se encuentre satisfecho.

No puede perderse de vista que en muchas ocasiones la mujer maltratada no hace conciencia de su calidad de víctima, e inclusive se siente merecedora del maltrato, o indefensa frente a la situación sin posibilidades de salir de ella. Por lo anterior, el elemento subjetivo de la causal también debe responder a la

realidad de la mujer víctima de maltrato, enfocándose su exigencia a la intención de hacer prevalecer su derecho a una vida sin violencia, más allá de la intención específica de defenderse del maltratador.

### ***La inexistencia de otros medios de defensa***

Otro requisito que supone dificultades en el reconocimiento de figuras como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante es la inexistencia de otros medios a través de los cuales pueda conjurarse el peligro, la agresión o lesión para los bienes jurídicos.

No en todos los casos es dable exigirle a la mujer que acuda a otros remedios que evitarían la lesión de bienes jurídicos, ya que en la realidad se ha comprobado la ineficacia de dichos remedios, y en esta situación de violencia en contra de la mujer la espera a que medidas diferentes surtan efecto puede terminar con la muerte de la mujer. En el caso alemán, por ejemplo, ha señalado el BGH que “no ve como otra posibilidad de evitación para la mujer del tirano familiar alcohólico el tramitar una separación matrimonial o un internamiento en un establecimiento; pues a ella no le sería exigible seguir soportando el trato inhumano del marido hasta el eventual éxito de estas medidas” (Roxin 1997, 904).

“La existencia de otras posibilidades de evitación no se puede apreciar a la ligera... la apelación a la policía contra el padre de familia que comete malos tratos se ha demostrado a menudo ineficaz... y un abandono de la casa no es a menudo viable por razones familiares” (Roxin 1997, 905). Tal como se ha señalado previamente, en países con altos índices de impunidad o dificultades en la eficacia del sistema policial y judicial, es claro que exigir a la mujer agotar estas alternativas antes de defender sus derechos (ya sea por vía de legítima defensa o estado de necesidad exculpante) implica ponerla aun en un riesgo mayor de perder la vida o sufrir lesiones aún más violentas cuando el maltratador se entere de que ella ha emprendido esas medidas.

Adicionalmente, y más allá de la ineficacia de las medidas ofrecidas por el Estado, deben analizarse las reales posibilidades con las que cuenta la mujer que se encuentra hundida en el espiral de la violencia; me refiero a que la percepción de un observador objetivo ajeno a la realidad vivida por la mujer puede resultar demasiado optimista en relación con las oportunidades de defensa. Las alternativas o medios de defensa

<sup>15</sup> En ese sentido seguimos a Villegas Díaz, Myrna (2010, 157): “... la reiteración de actos conectados espacio-temporalmente entre sí crea un estado antijurídico de violencia inminente en el hogar, en el que la vida, la integridad, la libertad y la seguridad de la mujer y de sus hijos se ven constantemente en peligro. Por ende, a su respecto cabría apreciar la existencia de una agresión incesante, una agresión latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa”.

deben analizarse a la luz de la vivencia de la mujer, de la atroz violencia vivida por ella, del miedo profundo que el maltratador arraiga en ella y de la posibilidad de que ella sea víctima del síndrome de indefensión aprendida o síndrome de mujer maltratada, los cuales pueden haber afectado su percepción de las posibilidades de defensa o inclusive su percepción de sus propias capacidades de superar las constantes agresiones.

No puede desconocerse que es tan profunda la manipulación que el maltratador ejerce sobre su víctima que logra paulatinamente alejarla de las personas que eventualmente podrían ayudarla a salir de la situación de maltrato, le restringe o prohíbe cualquier contacto con su familia y amigos, le impide trabajar, y con ello limita sus recursos económicos. Busca con todas estas medidas doblegarla, mostrarle que su única esperanza es mantenerse junto a él. La convierte en una persona triste, inestable emocionalmente, con una muy baja autoestima, que se siente atrapada en una situación que encuentra desesperada, pero de la que se siente merecedora o culpable. Esto influye directamente en la ineficacia de las posibles alternativas que teóricamente tendría la mujer.

Es pertinente utilizar el concepto de la ‘ruta crítica’, acuñado por la OMS, con el cual se ha buscado referir el tortuoso camino que debe recorrer la mujer víctima de maltrato para tomar la decisión de romper el ciclo de la violencia y denunciar la situación. En el estudio realizado por la OMS se evidencian las graves dificultades a las que deben enfrentarse y a su vez se explica por qué muchas de ellas prefieren permanecer en silencio.

“Los principales obstáculos que se presentan cuando se habla de este tipo de violencia son la culpa y la vergüenza, pues se tiene un imaginario cultural en el que se asume que la víctima es culpable de lo que pasó, bien sea porque lo provocó o porque no hizo nada para evitarlo. Además, a las víctimas se les dificulta hablar sobre esos temas porque son íntimos... se les pide que pongan en palabras situaciones muy violentas y dolorosas en las cuales se les ha generado un gran daño. Adicionalmente, se presentan el miedo y la desconfianza como otros obstáculos permanentes cuando se enfrenta este tipo de casos” (Wilches 2011, 49).

“En la decisión de no abandonar el hogar influyen la dependencia económica y emocional, el miedo, la depresión, la falta de autoestima y el deseo de que las

promesas de cambio de su pareja se hagan realidad. Por otra parte, desde la psicología se ha explicado que esta inacción “conocida como “desamparo aprendido”” es consecuencia de que las mujeres víctimas de violencia no solo pierden la capacidad de ejercer un control sobre sus propias vidas, sino que incluso pierden la capacidad de defenderse y no pueden detener las agresiones. La mujer permanece en la relación no porque le guste, o porque en realidad no tema por su vida; no se va porque no cuenta con los recursos o la fuerza para hacerlo” (Di Corletto 2006, 6).

Dentro del estudio mencionado se encontró que muchas de las mujeres que acudieron a las autoridades no solo no obtuvieron ayuda, sino que fueron víctimas de nuevos ataques en contra de su integridad física o sexual.

En relación con la búsqueda de otras posibles soluciones “tales como denunciar a carabineros, acudir al tribunal, cabe indicar que hasta ahora ni la autoridad administrativa ni la judicial han demostrado eficacia en la prevención de delitos cometidos en contra de mujeres por parte de sus cónyuges o convivientes. Por otra parte, el abandono de hogar puede traer consecuencias nefastas de persecución y agresividad. La policía puede no llegar a tiempo, el vecino o los parientes pueden no querer o temer involucrarse con el agresor. Por tanto, el argumento de que la mujer pudo buscar otras vías de solución más parece moverse en el plano de lo teórico que de lo real” (Villegas 2010, 149-174).

Al respecto vale la pena hacer una breve referencia a las siguientes cifras que presenta el Instituto Nacional de Medicina Legal acerca de las razones esgrimidas por las mujeres para no denunciar, las cuales dan muchas luces acerca de las dificultades que la adaptación paradójica a la violencia produce en las reacciones de estas mujeres. En Forensis 2011, en relación con las razones para no denunciar se indican los siguientes porcentajes: una tercera parte de las mujeres (31 por ciento) señaló que la principal razón para no denunciar al agresor es que ella sola puede resolver el problema; el 18 por ciento argumentó que los daños no fueron tan serios que ameritaran poner una denuncia; el 17 por ciento teme a recibir más agresión de parte del agresor; el 13 por ciento se siente avergonzada o humillada al poner una denuncia. Una de cada 10 mujeres manifiesta que no sabe a dónde acudir para hacer la denuncia; un 10 por ciento manifiesta abiertamente que no desea

dañar al agresor; un 7 por ciento cree que estos episodios no se volverán a repetir; otro 7 por ciento piensa que estas agresiones son parte de la vida normal; el 6 por ciento teme a una separación; el 4 por ciento manifiesta que no cree en la justicia colombiana; el 3 por ciento afirma que aún quiere al agresor; y el 2 por ciento siente que ella merece el abuso.

#### 4. CONCLUSIÓN

Hemos señalado las dificultades prácticas que algunos de los requisitos de la legítima defensa y el estado de necesidad exculpan suponen en los eventos de mujeres que causan la muerte a sus agresores. A su vez, consideramos necesario poner de presente la realidad de las mujeres sometidas a maltrato, logrando dimensionar las particularidades que pueden impactar en estos requisitos, sin miedo a que por realizar análisis situados se pierda su apreciada objetividad.

La realidad de la violencia en contra de las mujeres, en especial aquella ejercida por sus compañeros o ex-compañeros, implica serias consecuencias en su salud física y mental; el carácter cíclico de la violencia y el permanente estado de peligro que ello implica exigen nuevos abordajes jurídicos de este fenómeno.

En particular, en eventos en los que la mujer causa la muerte al maltratador, la posibilidad de aplicación de la legítima defensa o el estado de necesidad exculpan requiere un análisis de sus requisitos atendiendo a la mujer situada y particular en ese escenario, y de esta forma dotar de contenido real requisitos tales como la inminencia de la agresión, la racionalidad de la defensa o la inexistencia de otros medios de defensa. Lo anterior, con miras a entender que criterios como el hombre medio o la mujer media en el lugar del autor deben ser complementados con particularidades derivadas de las reales condiciones en que esa mujer de carne y hueso víctima de maltrato reacciona en defensa de sus bienes jurídicos.

No puede perderse de vista que en muchos de los episodios en los que la mujer maltratada causa lesiones o la muerte a su pareja maltratadora, lo hace en unas muy especiales condiciones psicológicas, las cuales, sin constituir una hipótesis de inimputabilidad, sí inciden de manera determinante en la decisión tomada por la mujer de actuar para romper finalmente ese ciclo de la violencia. Hay que dar lectura a es-

tas causales, valorando lo que significa sufrir violencia permanente a manos de lo que la jurisprudencia alemana ha denominado el “haustyrann” (tirano de la casa); entender que los análisis de los requisitos de estas causales no pueden exigir que la mujer que actúa lo haga en un estado de racionalidad comparable a la de la mujer media; ella no es una mujer media, es una mujer víctima de maltrato cuya autoestima casi ha desaparecido, a quien el maltratador simplemente ha llevado a considerarse como ‘la nada’, una mujer que lo ha perdido todo. Ella no es una mujer media.

La evidencia de la proliferación de la violencia en contra de la mujer y la ineficacia de las medidas tomadas por los Estados hacen necesario reconocer que en este ámbito se requiere un análisis situado que reconozca que las tradicionales estructuras objetivas de análisis de exclusión de responsabilidad se advierten insuficientes y, por sobre todo, pueden conducir a decisiones injustas que permiten la perpetuación de la nefasta violencia en contra de las mujeres.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique. 1996. *Manual de Derecho Penal*. Tercera Reimpresión. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal Malaree, Hernán. 1999. *Lecciones de derecho penal*. Volumen II. Madrid: Trotta.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2009. “¡Ni una más! Del dicho al hecho ¿Cuánto falta por recorrer? “Únete para poner fin a la violencia contra las mujeres”. <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/mujer/noticias/noticias/2/37892/P37892.xml&xsl=/mujer/tpl/p1f.xsl&base=/mujer/tpl/top-bottom.xslt> [Recuperado 28 de junio de 2012].
- Di Corleto, Julieta. 2006. *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*. <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero65.pdf> [Recuperado 12 de julio de 2012].
- Fries, Lorena y Hurtado, Victoria. s. f. *Estudio de la información sobre la violencia contra la mujer en América Latina y el Caribe*. Naciones Unidas. Cepal. Serie Mujer y Desarrollo. Publicación de las Naciones Unidas. <http://www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/8/38978/P38978.xml&xsl=/mujer/tpl/p9f.xsl&base=/mujer/tpl/top-bottom.xslt>. Recuperado el 23 de julio de 2012.
- Fondo de las Naciones Unidas y España para el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio.

2010. *Estudio sobre tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia*. [http://www.programacontraviolenciasdegenero.org/vbg\\_docum\\_publicac.php?id\\_clase\\_doc=2](http://www.programacontraviolenciasdegenero.org/vbg_docum_publicac.php?id_clase_doc=2) [Recuperado 18 de julio de 2012].
- Goldman, Adriana. 2008. *Maltrato de la mujer*. [www.fo-roaps.org/files/viole.pdf](http://www.fo-roaps.org/files/viole.pdf) [Recuperado 20 de junio de 2012].
- Gómez López, Jesús Orlando. 1996. *Culpabilidad e inculpabilidad*. Santafé de Bogotá: Doctrina y ley.
- Harding, Sandra. 1987. *¿Existe un método feminista?*. Trad. Gloria Bernal. Recuperado el 15 de julio de 2012. <http://es.scribd.com/doc/51359377/SANDRA-HARDING-%C2%BFExiste-un-metodo-feminista>
- Larrauri, Elena. 1994. "Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal". *Revista Jueces para la Democracia* 23:22-23, 1994. pp <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2552598> [Recuperado 5 de julio de 2012].
- Lorente Acosta, Miguel. 2004. *El rompecabezas: anatomía del maltratador*. España: Ares y Mares.
- Montero, Andrés. "El Síndrome de Estocolmo doméstico en mujeres maltratadas". Sociedad española de Psicología de la Violencia. <http://www.nodo50.org/mujeresred/violencia-am.html> [Recuperado 3 de diciembre de 2012].
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. 2000. *Derecho Penal. Parte General*. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olmedo Cardente, Miguel. 2003. *La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado 'haustyrann'*. [www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2937/8.pdf](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2937/8.pdf) [Recuperado el 5 de julio de 2012].
- Organización Panamericana de la salud. 2000. "La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina - OPS OMS". *Programa mujer, salud y desarrollo. Subtítulo: Estudio de caso en diez países*. <http://www.paho.org/spanish/hdp/hdw/ruta-critica.htm>. [Recuperado 21 de junio de 2012].
- Perdomo Torres, Jorge Fernando. 2008. *¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?*. *InDret*. Revista para el análisis del derecho. 1/2008. [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/?&sa=10&fc=108&sn=96](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=10&fc=108&sn=96). [Recuperado 13 de julio de 2012].
- Roxin, Claus. 1997. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas.
- Villegas Diaz, Myrna. 2010. "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal". *Revista de Derecho* (Valdivia). Vol. XXIII. 2. Diciembre 2010. 149-174. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=173719209008> [Recuperado 12 de julio de 2012].
- Wilches M., Ivonne. 2011. Conceptos en violencias de género. *Visibilizar la violencia de género. Sistematización de la experiencia en género*. Bernal, Gloria Lucía (Comp.). ProFis, p. 48. GIZ.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2002. *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar.

## Páginas consultadas

<http://victimasportal.org/2008/04/23/sindromemujer-maltratada/>  
<http://www.cepal.org>  
<http://www.paho.org/spanish>

---

### PARA CITAR EL PRESENTE ARTÍCULO:

#### Estilo Chicago autor-fecha:

Roa Avella, Marcela. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera* 21(65): 49-70.

---

#### Estilo APA:

Roa Avella, M. 2012. Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera*, 21 (65), 49-70.

---

#### Estilo MLA:

Roa Avella, Marcela. "Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante." *Nova et Vetera* 21.65 (2009): 49-70.

---