



**Pontificia Universidad Católica del Ecuador**

**Facultad de Jurisprudencia**

**Escuela de Derecho**

**Plan de disertación previo a la obtención del título de Abogado**

**Alcance de la legítima defensa en casos de violencia permanente contra la  
mujer con un enfoque de género**

**Autor:**

**Mónica Alejandra Montero Riofrio**

**Tutor:**

**José Feliciano Valenzuela Rosero.**

**Diciembre 2022**

**Quito – Ecuador**

## Índice

1	Tema .....	3
2	Resumen .....	3
3	Abstract.....	3
4	Introducción .....	4
5	SECCIÓN I: Consideraciones generales .....	4
5.1	Concepto de legítima defensa y problemática sobre su alcance .....	4
5.2	Concepto de violencia, violencia de género, violencia contra la mujer y violencia permanente .....	7
5.3	Necesidad de estudio normativo con enfoque de género .....	14
6	SECCIÓN II: Aplicación de la legítima defensa en casos de violencia permanente contra la mujer.....	17
6.1	Primer requisito esencial: existencia de una agresión actual e ilegítima .....	17
6.2	Segundo requisito esencial: necesidad racional en la defensa.....	20
6.3	Tercer requisito esencial: falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho .....	24
6.4	Análisis de sentencias de casos de violencia permanente contra la mujer .....	26
6.4.1	Sentencia a la causa RUC N° 1901157164-9, RIT 35-2021. (Chile).....	26
6.4.2	Sentencia a la causa N° 69965 S. B. L. S. (Argentina).....	31
6.4.3	Amparo Directo 6181/2016. (México). .....	36
7	SECCIÓN III: Análisis para una legítima defensa con enfoque de género .....	39
7.1	Aspectos problemáticos desde el punto de vista probatorio en casos de legítima defensa con antecedentes de violencia permanente contra la mujer .....	39
7.2	¿Es necesario aplicar la legítima defensa en casos de violencia permanente contra la mujer? .....	41
7.3	Propuesta normativa como solución a la problemática planteada .....	41
8	Conclusiones.....	44
9	Referencias .....	45

## **1 Tema**

La temática de esta investigación es la aplicación de la legítima defensa como causa de justificación de la antijuridicidad en casos concretos de violencia permanente contra la mujer.

## **2 Resumen**

La legítima defensa es una de las causas de justificación de la antijuridicidad penal y establece la posibilidad a quien la alega, de justificar su conducta típica y antijurídica, siempre y cuando el sujeto que invoca su aplicación cumpla con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. Estos requisitos llegan a ser un límite para su aplicación, por lo cual su análisis se ha desarrollado desde una perspectiva tradicional ignorando la perspectiva de género como posible método de análisis para casos especiales que lo requiera, manteniendo así la finalidad en la cual se basa la legítima defensa, siendo esta finalidad proteger bienes jurídicos propios o de terceros que están siendo afectados, vulnerados, dañados o puestos ante un peligro grave e inminente por otro a causa de una agresión ilegítima.

Ante este supuesto, es necesario determinar el alcance de tan poderosa figura en los casos de violencia permanente contra la mujer, siendo este contexto de violencia, algo tangible y real en la sociedad no solo en Ecuador sino alrededor del mundo y a lo largo de la historia.

## **3 Abstract**

Self-defense is one of the causes of justification of criminal illegality and establishes the possibility for those who allege it, to justify their typical and illegal conduct. As long as the subject that invokes your application meets the requirements established in the legal system. These requirements become a limit for its application, which is why its analysis has been developed from a traditional perspective. Ignoring the gender perspective as a possible method of analysis for special cases that require it, thus maintaining the purpose on which legitimate defense is based. This being the purpose of protecting their own legal assets or those of third parties that are being affected, violated, damaged or placed in serious and imminent danger by another due to an unlawful aggression. Given this assumption, it is necessary to determine the scope of such a powerful figure in cases of permanent violence against women. Being this context of violence, something tangible and real in society not only in Ecuador but around the world and throughout history.

## **4 Introducción**

La investigación realizada se centra en un análisis jurisprudencial y doctrinal respecto a la figura de legítima defensa como causa de justificación de la antijuridicidad penal enfocado en el contexto de violencia permanente contra la mujer, donde la víctima se convierte en victimario para proteger sus bienes jurídicos que han sido desprotegidos, ultrajados y dañados por el llamado ciclo de la violencia, siendo la finalidad crear una obligación de análisis ex ante a los hechos motivo de juzgamiento y posterior condena, para los administradores de justicia.

La violencia contra la mujer es considerada una violación a los derechos humanos y la dignidad humana, por lo cual se ha realizado un análisis exhaustivo de cada uno de los requisitos mencionados en el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal, siendo estos necesarios para determinar la aplicabilidad de la legítima defensa.

La justificación de un análisis sobre los requisitos de la legítima defensa se da debido a la existencia de varios casos con antecedentes de violencia, en los cuales la mujer agredida ha causado lesiones o la muerte de su agresor para proteger su vida, integridad e incluso el honor propio y de sus hijos. Al constituir su defensa un delito han sido juzgadas y condenadas sin tomar en consideración el historial de violencia vivida y la situación especial de violencia permanente.

En el análisis planteado se hace uso de una perspectiva de género a la hora de interpretar la normativa penal por parte del juzgador, cuando se presenten circunstancias especiales de violencia permanente contra la mujer, lo cual llega a ser parte de las obligaciones estatalmente asumidas para crear un acceso a la justicia con igualdad y no discriminación mediante mecanismos de análisis, protección y defensa de la mujer.

De esta manera la investigación llega a plantear una comparación entre la interpretación tradicional y una interpretación con un enfoque de género de los requisitos de legítima defensa. Por medio de diferentes sentencias en las cuales se ha aceptado la aplicación de la legítima defensa y otros en los cuales se rechaza al considerar que falta uno o varios de los requisitos necesarios. Además, se considera el punto de vista probatorio en diferentes casos con antecedente de violencia permanente y en los cuales se llegó a calificar la aplicación de la legítima defensa.

## **5 SECCIÓN I: Consideraciones generales**

### **5.1 Concepto de legítima defensa y problemática sobre su alcance**

La defensa ha sido considerada como parte del comportamiento humano que evita o repele un ataque o daño injusto por el instinto de conservación. En la vida primitiva del ser humano se

presentaban grandes dificultades para su subsistencia tanto en la naturaleza como en su relación con otros individuos. Desde este momento de la historia aparecería la figura de la legítima defensa, sin embargo, “la figura de la legítima defensa como tal aparece legislado tiempo después, cuando aparece el Estado como una organización político-jurídico” (López, 2016, p.15). Entre sus primeras apariciones como parte de la legislación lo podemos encontrar en el derecho romano y el derecho canónico.

En el Derecho Romano a pesar de que la legítima defensa no se encontraba conceptualizada a detalle, se identifica su aplicación con Cicerón, quien escribió su conocido discurso “*Pro Milone*”, a favor de su amigo Tito Annio Milón, quien fue acusado del asesinato de Clodio Pulcro en la Vía Apia. Marco Tulio Cicerón afirmó que la legítima defensa es una ley natural y no civil, tiempo después fue mencionado por Ulpiano en el Digesto en el interdicto *Deviet de vi armata*, el mismo que significa “es lícito rechazar violentamente la violencia por lo que es lícito rechazar las armas con las armas” (García, 1980, p.416). Más tarde, la legítima defensa aparece legislada en la Ley de las Doce Tablas al mencionar en la Tabla segunda *De los juicios y de los Delitos* en el numeral tercero la posibilidad de matar al ladrón aprehendido en la noche con presencia de testigos, mientras que en el numeral séptimo existe también la posibilidad de matar al ladrón aprehendido en el día siempre que este se haya defendido con armas igualmente con presencia de testigos (Flores, 2020, p.8). Dicha distinción resulta ser trascendente debido a la relevancia de la hipótesis que se planteaba, al señalar que la persona se encuentra en presencia de un mayor peligro para su vida en la noche o cuando el potencial peligro se defendiese con armas resulta más dificultoso oponerse de la agresión.

Los juristas romanos consideraban que la legítima defensa es un resguardo para proteger a la persona, sus bienes y su honor por lo que afirman que “*Vim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt*” (Von, 2018, p.119) que significa que todas las Leyes y todos los derechos permiten rechazar la fuerza con la fuerza. Llegando también a ser relevante el potencial peligro que implicaba el momento en el cual se descubría al ladrón siendo la esencia de la legítima defensa proteger a la víctima.

La legítima defensa es una institución de importancia en el derecho penal que justifica la agresión de quien recibe una agresión injusta, se basa en dos principios fundamentales que son: la protección individual y el prevalecimiento del derecho. Siendo así, en la circunstancia planteada en esta investigación es necesario tomar en cuenta el riesgo que significaría convivir de forma permanente con un potencial peligro a la espera de recibir una agresión. Tomando en cuenta que la legítima defensa como menciona Rafael Oyarte (1998) “es el estado de aquel que, por

encontrarse en la necesidad de defenderse de un acto de agresión, comete un acto en principio prohibido por la ley” (p.39).

Para el Derecho Canónico la figura de la legítima defensa constituía un *ius naturale violentiae per vim repulsio* (Flores, 2020, p.10) es decir un derecho natural que se aplicaría como última alternativa frente a una agresión antijurídica. Razón por la que se dio la “necesidad de establecer limitaciones a esta defensa, lo cual se consiguió con la *moderamen inculpatae tutelae*, reconocida en el pasaje de la defensa privada de la Suma Teológica de Santo Tomás” (Guerra, 2018, p.2). En dicha expresión es legítimo y permitido resistir la fuerza con la fuerza, siempre y cuando el acto que genere la afectación al bien jurídico sea por un ataque ilegítimo, que se conceptualiza en derechos propios o ajenos que han sido injustamente violentados. Además, se reconoce que existe un peligro actual, el cual es necesario e indispensable impedir, ya que el Derecho Canónico concibe a la legítima defensa como aquella que se lleva a cabo para salvar la propia vida. Por lo cual, lo legítimo de esta figura solo se configura cuando se reúne los requisitos ordenados por la ley. En la actualidad, se reconoce a la legítima defensa como una causa de justificación del acto reprochable penalmente, y que impediría que la conducta sea calificada como antijurídica.

Luis Jiménez de Asúa (1953) por su parte establece que la legítima defensa es "El repudio a la agresión ilegítima, actual o inminente del atacado en contra del agresor. Sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla" (p. 26). El autor concuerda con varios elementos esenciales para reconocer la licitud de la legítima defensa, los cuales son la agresión actual, la necesidad de la defensa y su racionalidad.

En la mayoría de la doctrina se considera que “el fundamento de la legítima defensa tiene dos dimensiones que se complementan las cuales vienen a ser un plano individual y otro supraindividual” (Roxin, 1997, p. 286). Donde el plano individual se refiere a una autoprotección por la cual el ciudadano ejerce, por su cuenta, la tutela de bienes que han sido lesionados o se encuentra en eminente peligro. Mientras se considera supraindividual ya que excede el ámbito de los bienes que le pertenecen a quien se defiende.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) en su artículo 30 establece como causa de justificación de la antijuridicidad penal a la legítima defensa frente a un ataque ilícito, lo cual significa que no existe infracción penal al justificarla, inhibiendo así la responsabilidad de aquel que repele al injusto. El artículo 33 Código Orgánico Integral Penal, establece los requisitos esenciales sobre los cuales se puede determinar si aplica o no la legítima defensa para defender

un derecho propio o ajeno siendo estos: I. La existencia de una agresión actual e ilegítima. II. Necesidad racional en la defensa. III. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho (COIP, 2014, art.33). Sin embargo, dichos requisitos requieren ser analizados con una mayor profundidad ya que pueden llegar a limitar el alcance de esta figura excluyente de responsabilidad en casos particulares, como son los de violencia permanente contra la mujer, donde surge la siguiente interrogante: ¿Se debe aplicar la legítima defensa como causa de justificación de la responsabilidad penal en casos de violencia permanente contra la mujer?

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2013) en el juicio no. 1095-2013 Chamorro y Fuentes con motivo lesiones aprueba la existencia de “dos expresiones de legítima defensa las cuales son la premeditada y la refleja” (p.10). Se considera premeditada cuando existió una posibilidad de reflexión sobre la magnitud de contrarrestar aquella agresión. Por otro lado, se considera que la legítima defensa es refleja cuando es instantánea, sin que medie el discernimiento o predisposición de contrarrestar. De la misma manera la Corte mencionó la existencia de licitud de la conducta de quien causa un daño por el hecho de que todo individuo tiene derecho de defender el bien jurídico en contra del cual se está atentando. Se exige la concurrencia de los tres requisitos establecidos en el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal para alegar la existencia de una legítima defensa. Finalmente surge la necesidad de probar que existió una agresión ilegítima como también la existencia de un peligro real y actual en contra de un bien jurídico protegido.

La idea de legítima defensa tiene como objeto proteger bienes jurídicos propios o de otros, los cuales se encuentran en un peligro actual o que acaban de ser afectados, sin ceder ante el injusto, otorgando así licitud a la acción para repeler el daño a los bienes jurídicos protegidos y descartando algún tipo de responsabilidad penal para quien defendió su derecho o el de terceros.

## **5.2 Concepto de violencia, violencia de género, violencia contra la mujer y violencia permanente**

El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA, 2019) estableció que “65 de cada 100 mujeres han experimentado algún tipo de violencia a lo largo de su vida” (p. 17). Desde marzo hasta fines del 2020, se registraron 89.725 llamadas relacionadas con violencia de género, según el ECU 911, y la cifra podría ser mucho más alta porque muchas mujeres no tienen acceso a la posibilidad de denunciar (UNFPA UE, Press and information team of the Delegation to Ecuador, 2021).

Agustín Martínez Pacheco (2016) establece que “el núcleo de la violencia es un adjetivo que califica determinadas formas de relaciones sociales” (p. 31), por lo cual se puede presentar en todo tipo de relaciones como son: familiares, laborales, sexuales, etc. Esta investigación se centrará sobre todo en la violencia en relaciones intrafamiliares. Siendo así, es menester mencionar a Monserrat Sagot (2000), quien define a este tipo de violencia como “un espacio delimitado por un entorno de intimidad a través del maltrato y sufrimiento” (p.55). Por otra parte, Slavoj Žižek (2009) establece un concepto más amplio de violencia el cual “surge en situaciones en las cuales se utiliza un medio de fuerza física o de otro recurso con la intención de dañar a otros” (p.20). Dicho concepto acepta la existencia de otras formas más sutiles de coerción, las cuales producen relaciones de dominación y explotación, como también incluye la amenaza de la violencia por lo cual en muchos casos no son visibles para quienes la sufren.

Además, Nancy Scheper-Hughes y Philippe Bourgois (2004) indican que por la multiplicidad de formas en las cuales se puede presentar la violencia dificulta obtener una definición única de esta, por lo que violencia puede ser “todo o nada, legítima o ilegítima, visible o invisible, necesaria o inútil, sin sentido o gratuita, pero también altamente racional y estratégica” (p.1-2). Lo cual quiere decir que la violencia se presenta en un contexto social y cultural ya que depende de este que se considera violencia.

De los conceptos mencionados es posible señalar sus características más importantes con la finalidad de identificar la existencia de violencia de una manera generalizada, sobre todo por el hecho de que se presenta en las distintas relaciones sociales. En mayor medida en aquellas que tienen posibilidad alguna de crear una relación de subordinación, estableciendo como resultado un daño “el cual puede ser recibido por una o varias personas; o la intencionalidad de causar dicho daño; con el propósito de obligar a la víctima a dar o hacer algo que no quiere” (Pacheco 2016, p.4).

La violencia tiene diversas modalidades, las mismas que atentan contra los derechos humanos de cada persona y su integridad física, emocional y vital. Aquí podemos resaltar la clasificación dada por la Ley Integral 348 de Bolivia para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia expedida el 9 de marzo de 2013, misma que define varias de estas modalidades de violencia, y las cuales se resalta algunas de las dadas por el artículo 7 del mencionado cuerpo normativo:

- **Violencia física:** “Toda acción que ocasiona lesiones y/o daño corporal, temporal o permanente empleando o no fuerza física, armas o cualquier otro medio” (L. 348, 2013, art.7).

- **Violencia económica:** “Acción u omisión que al afectar los bienes propios ocasiona daño o menoscabo de su patrimonio, valores o recursos” (L. 348, 2013, art.7).
- **Violencia psicológica:** “Conjunto de acciones sistemáticas de desvalorización, intimidación y control del comportamiento, tienen como consecuencia la disminución de su autoestima, depresión, inestabilidad psicológica, desorientación e incluso el suicidio” (L. 348, 2013, art.7).
- **Violencia sexual:** “Conducta que ponga en riesgo la autodeterminación sexual, en toda forma de contacto o acceso carnal, genital o no genital, que amenace, vulnere o restrinja el derecho al ejercicio a una vida sexual libre segura, efectiva y plena, con autonomía y libertad sexual de la mujer”. (art.7)

El Estado Ecuatoriano en su búsqueda para prevenir, eliminar y sancionar todas las formas de violencia contra las mujeres expidió en el Registro Oficial Suplemento 175 de 05 de febrero de 2018 la Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres (L. OIPEVM) la cual establece definiciones con una mayor amplitud a las mencionadas *ut supra* en su artículo 10, las cuales son:

- **Violencia física:** Todo acto u omisión que produzca o pudiese producir daño o sufrimiento físico, dolor o muerte, así como cualquier otra forma de maltrato o agresión, castigos corporales, que afecte la integridad física, provocando o no lesiones, ya sean internas, externas o ambas, esto como resultado del uso de la fuerza o de cualquier objeto que se utilice con la intencionalidad de causar daño y de sus consecuencias, sin consideración del tiempo que se requiera para su recuperación. (art.10)
- **Violencia psicológica:** Cualquier acción, omisión o patrón de conducta dirigido a causar daño emocional, disminuir la autoestima, afectar la honra, provocar descrédito, menospreciar la dignidad personal, perturbar, degradar la identidad cultural, expresiones de identidad juvenil o controlar la conducta, el comportamiento, las creencias o las decisiones de una mujer, mediante la humillación, intimidación, encierros, aislamiento, tratamientos forzados o cualquier otro acto que afecte su estabilidad psicológica y emocional. (art.10)
- **Violencia sexual:** Toda acción que implique la vulneración o restricción del derecho a la integridad sexual y a decidir voluntariamente sobre su vida sexual y reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza e intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares y de parentesco, exista o no

convivencia (...) el abuso o acoso sexual, la esterilización forzada y otras prácticas análogas. (art.10)

- **Violencia económica y patrimonial:** “Es toda acción u omisión que se dirija a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos y patrimoniales de las mujeres” (L.OIPEVM, 2018, art.10).

Al respecto la normativa agrega otros tipos de violencia contra la mujer los cuales son:

- **Violencia simbólica:** Es toda conducta que, a través de la producción o reproducción de mensajes, valores, símbolos, iconos, signos e imposiciones de género, sociales, económicas, políticas, culturales y de creencias religiosas, transmiten, reproducen y consolidan relaciones de dominación, exclusión, desigualdad y discriminación, naturalizando la subordinación de las mujeres. (art.10)
- **Violencia política:** “Cometida por una persona o grupo de personas, directa o indirectamente, en contra de las mujeres que sean candidatas, militantes, designadas o que ejerzan cargos públicos, defensoras de derechos humanos, lideresas políticas o sociales, o en contra de su familia” (L.OIPEVM, 2018, art.10).
- **Violencia gineco-obstétrica:** “Se considera a toda acción u omisión que limite el derecho de las mujeres embarazadas o no, a recibir servicios de salud gineco-obstétricos” (L.OIPEVM, 2018, art.10).

De las definiciones mencionadas podemos resaltar que en la normativa ecuatoriana a diferencia de la normativa boliviana respecto a violencia física agrega a la omisión que pueda producir daño o sufrimiento, así como también acepta la violencia física que no cause lesiones internas o externas. De la misma forma considera como violencia psicológica toda conducta abusiva que pueda afectar su estabilidad emocional, dignidad, prestigio, integridad física o psíquica así también se incluyen a las amenazas que tengan como finalidad intimidar a quien se busca proteger.

En 1994 en Ecuador se crearon las Comisarías de la Mujer y en 1995 se emitió la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia conocida como la Ley 103, en la cual el Estado asume un rol a través del sistema de justicia al reconocer a la violencia intrafamiliar como un problema que trascendía la vida privada hacia la esfera pública, así como la existencia de tres tipos de violencia; la física, psicológica y sexual.

Al respecto el Código Orgánico Integral Penal (2014), ubica a la violencia en un marco intrafamiliar en su artículo 155 titulado violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar

como “toda acción que consista en maltrato físico, psicológico o sexual ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar” (art.155).

Se considerarán miembros del núcleo familiar “al cónyuge, pareja en unión de hecho, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación” (COIP, 2014, art.155). Dicho artículo acepta como formas de violencia a la violencia física, la cual es definida en el mismo cuerpo normativo por el artículo 156 como aquella que cause lesiones; igualmente menciona a la violencia psicológica en el artículo 157 como aquella que “cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones” (COIP, 2014, art.157); finalmente, menciona a la violencia sexual la cual es definida por el artículo 158 cuando se “imponga a otra y la obligue a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas” (COIP, 2014, art.158).

Las formas de violencia en el ámbito intrafamiliar contra la mujer establecidas por nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), se extiende más allá de la integridad personal a valores constitucionales como el derecho a la dignidad de la persona reconocido por el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE); el derecho a la integridad física y moral por incurrir en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante garantizado por el artículo 48 de la CRE.

En este punto es importante establecer una diferencia entre términos claves como es la violencia de género y violencia contra la mujer.

En primer lugar, la violencia de género, según ONU Mujeres (2018) “hace referencia a actos dañinos dirigidos contra una persona o un grupo de personas en razón de su género” (p.23). Razón por la cual podemos identificarla como aquella violencia que es ejercida tanto por hombres y mujeres para mantener o alcanzar poder entre los sexos constituyendo una violación fundamental del derecho de igualdad entre hombres y mujeres. Esto, debido a que la construcción social y cultural de roles entre hombres y mujeres que se ha mantenido históricamente, ha sido fuente de inequidad, violencia y vulneración de derechos, al establecer estereotipos en ambos sexos como el de la mujer sumisa emocional y el hombre que no debe llorar.

Esto es visible ya que, a pesar de existir casos de violencia por parte de mujeres contra hombres, como es el caso de Fernando Pastorizzo en Argentina, quien fue víctima de violencia, tanto física como psicológica por cinco años; y que posteriormente fue asesinado por su pareja

Nahir Galarza “muchos no se atreven a denunciar por lo cual las denuncias son mínimas al temer ser avergonzados por la sociedad debido al estigma social que hoy en día aún existe tanto para la mujer como para el hombre” (Delgado, 2022, p.3). La Ley Orgánica 1/2004 (2004), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género España, en el artículo 1.1 define a la violencia de género como una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art.1.1).

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) en su resolución 48/104, la violencia contra la mujer termina siendo definida como “todo acto de violencia de género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico contra la mujer” (art.1). Reconociendo de esta manera que existe violencia en la vida pública y privada de la mujer, como también reconoce a las amenazas como formas de coerción. De esta manera se llegaría a conceptualizar a la violencia contra la mujer como aquella que se produce por el hecho de ser mujer y por ende se encuentra dentro de la violencia de género la cual viene a ser la concepción más extensa y general, mientras que la violencia contra la mujer una de sus especies. Cualquier forma de violencia contra la mujer es una forma de violencia de género que da como resultado una violación a los derechos humanos.

La Organización Mundial de la Salud (2003) considera como violencia permanente al uso intencional de la fuerza o de poder, que se mantiene en un mismo estado o situación, “la cual puede ser de hecho o una amenaza, contra uno mismo u otra persona, que cause o tenga probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones” (p. 5).

La permanencia es una característica que se da por el hecho que la situación de violencia se mantiene. El Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer indican que “existe una inminente y permanente agresión en contextos de violencia contra las mujeres” (OEA, 2018). Por lo cual podemos identificar que la conducta violenta del agresor puede ocurrir en cualquier momento por cualquier circunstancia dando como resultado que la mujer víctima de esté continuamente a la espera de una agresión. Al hablar de permanencia es importante mencionar el llamado ciclo de la violencia desarrollado por la psicóloga norteamericana Leonore E. Walker en su obra *“The Battered Woman Syndrome”* o en español “El Síndrome de las Mujeres Agredidas” publicado en 1979. Aquí se identifica de una mejor manera el estatus de permanencia que llegan a vivir muchas mujeres, al establecer que la violencia contra las mujeres aumenta de

forma cíclica. Donde debido al daño causado por el agresor, al mujer no concibe la manera de terminar con este ciclo.

### Figura 1

#### *Ciclo de la Violencia*



Nota: Información tomada de Walker, 1979, p.55.

La primera fase es la llamada de fricción o acumulación la cual se caracteriza por un “aumento gradual de la tensión y fricción de los conflictos” (Walker, 1979 p.55). Aquí la pareja se enoja sin motivo comprensible o aparente, generalmente, ocurren incidentes de agresión menores, pero no en forma explosiva, por esta razón la víctima cree poder manejar la situación y busca formas de evitar que la tensión aumente.

Más tarde se produce la “fase de estallido de violencia o fase de agresión” (Walker, 1979 p.55). Esta fase es el resultado de la tensión acumulada e incontrolada, en este punto la agresión es visible y más brutal que en la etapa anterior, es cuando estalla la violencia con agresiones físicas, psíquicas y/o sexuales, aquí la mujer tiene el poder de denunciar para terminar con la agresión, sin embargo, no lo hace ya que el temor impide que tome acciones legales para romper el círculo.

La última fase es un reinicio, el cual se lo llama “Luna de miel o fase de calma” (Walker, 1979 p.57). Aquí, se produce una reconciliación, es cuando el agresor busca manipular de forma

efectiva a su víctima, haciéndola creer que la violencia ha desaparecido y que esta arrepentido, en este punto realiza promesas que el estallido no volverá a suceder; a pesar de esto, la luna de miel termina reiniciando el ciclo, lo cual produce que la violencia y agresiones sufridas continúen y vayan en aumento.

El círculo de la violencia es importante, ya que ayuda a entender la razón por la cual las víctimas soportan las agresiones y el maltrato vivido; además, se comprende por qué se encuentran a la espera de una próxima agresión, ante lo mencionado es indispensable crear “compromisos a las instituciones públicas, entre ellas el sistema de justicia penal para que actúe con la debida diligencia en la investigación de denuncias; la protección, justicia y reparación a las víctimas de este tipo de agresiones” (Comité de la CEDAW, 1992).

### **5.3 Necesidad de estudio normativo con enfoque de género**

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994), publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 153, de 25 de noviembre de 2005, en su artículo 3 establece el “derecho que tiene toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (art.3). Se establece la necesidad de aplicar una perspectiva de género en la legislación interna, ya que existe violencia contra la mujer en todas las esferas y en diversas formas. Al respecto varios estados que han suscrito y ratificado mencionado instrumento internacional como por ejemplo México, Chile y Ecuador han dictado normas internas respecto a la violencia contra la mujer y a la aplicación de perspectiva de género sobre todo en el ámbito del derecho penal debido a las consecuencias que llega a producir los diferentes tipos de violencia en la sociedad.

Entre los avances normativos en este ámbito se resalta a Chile el cual, a pesar de no contar con una normativa específica respecto a violencia contra la mujer, el pleno dicto la llamada Ley 20.066 en el año 2005 respecto a al maltrato habitual como una de las formas de violencia intrafamiliar el cual equivaldría a violencia permanente. De la misma forma como respuesta a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos aplicando el derecho penal se ha tipificado el delito de femicidio en varios países como Ecuador desde el año 2014 cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), al igual que la Ley 20.480 de Chile. No obstante, otros países como en el caso de Argentina no lo han llegado a tipificar como delito si no como un agravante al delito de homicidio, a pesar de ello, esto sigue siendo un avance a la ampliación de los derechos de las mujeres.

Sin embargo, mencionadas normas internas no llegan a solucionar el problema de fondo que viene a ser la violencia contra la mujer, por lo cual es relevante manifestar lo establecido por la recomendación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (2017) publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 153, del 25 de noviembre de 2005, la cual busca la incorporación de medidas o planes de acción que los Estados deben llevar a cabo con el fin de cumplir con los requisitos establecidos en dicho instrumento jurídico. De estos fines normativos, de garantizar las obligaciones estatalmente asumidas, es de donde surge el concepto de perspectiva de género como “una medida en la esfera de la prevención, la protección, el enjuiciamiento y el castigo centrado en la víctima o superviviente teniendo en cuenta la situación particular de las mujeres afectadas por las formas interrelaciones de discriminación” (CEDAW 2017, p. 12). Por su parte la Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres de Ecuador define en su artículo 7 al enfoque o perspectiva de género con lo que “permite comprender la construcción social que deben ser modificados a favor de roles y prácticas sociales que garanticen la plena igualdad de oportunidades entre personas diversas y de una vida libre de violencia” (Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, 2005, art.7).

Esta perspectiva de género ha sido asumida de manera expresa en varias legislaciones como la legislación mexicana en la sesión del 7 de marzo del año 2018, donde la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aprobó la propuesta del Ministro Arturo Zaldívar en el Amparo Directo en revisión 6181/2016, mismo que ordena que en “casos en los que las mujeres que sufren violencia doméstica enfrentan cargos penales por agredir a sus victimarios los juzgadores deben tomar en cuenta dicha violencia” (Amparo Directo 6181, 2016) de esta manera llegarán a ser juzgadas con perspectiva de género. En concordancia el Ministerio de la mujer y poblaciones vulnerables de Perú (2017) establece al uso de un enfoque de género como necesario e indispensable al ser una “herramienta analítica y metodológica para examinar la realidad y las relaciones sociales” (p. 16). Esto porque busca la construcción de relaciones de género equitativas y justas al reconocer la existencia de otras discriminaciones y desigualdades como en el caso de esta investigación. Dicha desigualdad se presenta en la legislación ecuatoriana al no considerar la aplicación de la legítima defensa en casos especiales pero que se presenta en la realidad de muchas mujeres que viven en nuestra sociedad, las cuales son reguladas por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que en sus relaciones personales viven situaciones permanentes de violencia.

La exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 del 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género España, en su apartado II menciona que los

poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género debido a que constituyen un ataque a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación. De esta manera, “los poderes públicos tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, incidiendo en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas” (p.2).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fernández Ortega y otros del estado de México en la sentencia emitida el 30 de agosto del año 2010 indicó en el párrafo 124 que “las mujeres víctimas de violación además del daño físico también experimentan complejas consecuencias de naturaleza psicológica y social” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010, párrafo 124). Sobre esto se puede decir que el grave sufrimiento es inherente a la violencia, incluso si no existen pruebas de lesiones físicas o enfermedades. Al respecto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer respalda que los órganos que son encargados tanto para aplicar y vigilar tratados internacionales como mandatos de procedimientos especiales requieren un enfoque que tome en cuenta cuestiones de género para así comprender el grado de dolor y sufrimiento experimentado por las mujeres. De lo mencionado podemos tomar como referencia al Código Penal de Chile del año 1875, el cual en su artículo 10 indica quienes están exentos de responsabilidad penal, exactamente en su numeral 9 establece: “El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable” (C.P, 1874). Al respecto Correa (2016) indica que el miedo insuperable se configura cuando “la situación de terror nubla la capacidad de raciocinio de quien actúa” (p.12). En el contexto del cual estamos hablando que es de violencia contra la mujer podemos considerar que debido al daño psicológico y moral que ha sufrido quien en un primer momento fue la víctima, esta se encontraría en un estado de miedo insuperable, razón por la cual los actos realizados para evitar futuras agresiones estarían justificados por el estado psicológico en el que se encuentra debido al historial de agresiones de las cuales ha sido objeto por quien fue en su momento su agresor.

El Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia y al ratificar normas de derecho internacional de derechos humanos se encuentra obligado internacionalmente como menciona el artículo 11 de la Constitución en su inciso tercero. Dichos tratados y convenios internacionales cuentan con jerarquía constitucional establecida en el artículo 425 de la Constitución por lo cual crea una necesidad de cambios sustanciales respecto a la aplicación de la ley y de la administración de justicia con una perspectiva de género en casos particulares para así poder garantizar su cumplimiento.

## **6 SECCIÓN II: Aplicación de la legítima defensa en casos de violencia permanente contra la mujer**

### **6.1 Primer requisito esencial: existencia de una agresión actual e ilegítima**

Para alegar y determinar la aplicación de la legítima defensa como ha sido mencionado en esta investigación es menester que concurren las tres circunstancias o requisitos determinados por la normativa establecidos en el COIP en su artículo 30. Siendo el primer requisito para que se configure la legítima defensa la existencia de una actual agresión ilegítima, es decir que realmente exista un hecho agresivo, el mismo que deberá ser ilegítima. Este requisito es el que lo diferencia de otras causas de justificación como por ejemplo del estado de necesidad, al requerir que exista dolo en la conducta de quien cause la agresión.

Para analizar este primer requisito es necesario establecer la definición de agresión la cual cuenta con distintas posiciones doctrinales semejantes por lo cual su conceptualización no presenta un mayor problema. Para Oyarte (1998) una agresión es definida como “un ataque contra el derecho de otro” (p.165). Por su parte Velásquez (1962) considera que la agresión es “todo ataque o acometimiento por vías de hecho contra intereses jurídicamente protegidos” (p. 257). Esta expresión para Francisco Muñoz y Mercedes García (2007) puede ser entendida también como “acción de puesta en peligro de algún bien jurídico” (p. 321). Por lo cual se considera agresión a un ataque contra bienes jurídicos de interés protegidos por el Estado.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el juicio no. 1095-2013 Chamorro y Fuentes con motivo lesiones destaca el hecho de que quien repele una agresión no tiene necesariamente que estar lesionado, porque “la agresión no siempre es física, sino que existen agresiones verbales y morales” (Corte Nacional de Justicia 2013, p.12). De manera que la agresión alude a un concepto más general en el cual la presencia de un daño no está íntimamente relacionado a la magnitud de éste, en concordancia con los tipos de violencia de las cuales son víctimas las mujeres.

Sandoval (2013) hace referencia a la característica ilegítima de la agresión como lo injusto definiéndolo como aquello que “contradice al ordenamiento jurídico en su conjunto” (p.34); es decir, la agresión se establece de esta forma ilegítima al no estar permitida por el ordenamiento jurídico en general. Así también, es ilegítima al ser un acto contra *ius*, es decir contraria al derecho del que lo ejecuta y de aquél contra el cual se dirige. Por tanto, no existe razón alguna para que deba ser soportada por quien la sufre. Mejía (1998) considera que para que dicha conducta revista de un carácter delictivo es importante que “lesione o ponga en peligro sin derecho y sin razón alguna un interés jurídicamente tutelado por la norma” (p.41). Con lo cual se entiende que dicha

ilegalidad o antijuridicidad no debe ser puramente formal, sino material, lo que significa que produzca una efectiva puesta en peligro o daño a bienes jurídicos.

Es importante mencionar que existe una discusión en la cual se busca determinar si la agresión sufrida debe provenir de la actuación de un ser humano o de cualquier ser viviente. Al respecto se toma lo dictado por Reyes Echandía (1974) donde señala que “la agresión únicamente puede provenir de un comportamiento humano, ya que, si el ataque proviene de un animal o de una cosa nos encontraríamos en la causal de justificación de Estado de Necesidad” (p. 256). Esto debido a que no todos los seres vivientes son racionales, lo cual implica que no tienen la capacidad de realizar conducta alguna por lo cual no se llega a constituir una agresión, la cual es necesaria para la legítima defensa. Además, que la figura del estado de necesidad no constituye objeto de análisis en la presente investigación, así como en la circunstancia especial que se trata no existe cabida para dicha discusión. Por lo que autores como Salome Mejía y Cristhian Lizcano (1998) consideran como agresión a “un comportamiento humano de conductas activas como también omisivas” (p.35), las cuales pueden llegar a producir un daño en uno o más bienes jurídicamente protegidos, siendo así cualquier ser humano el sujeto activo de este tipo de agresiones.

Para muchos doctrinarios la agresión puede ser actual cuando es inminente, por lo cual está sucediendo en el momento en que se ejerce la acción defensiva o cuando es una agresión continua. Cuando se hace mención a una agresión continua los autores hablan sobre la existencia de actualidad en una agresión permanente, la cual suele evidenciarse de una manera más ejemplificativa en el caso de delitos de comisión permanente como viene a ser un secuestro en donde quien es secuestrado puede reaccionar legítimamente en contra de sus captores ya que la situación de agresión esta activa y presente. Sin embargo, es necesario mencionar que las agresiones continuas además de ser aquellas que surgen de la comisión de un delito permanente también son aquellas que “se dan en el marco de una situación de peligro latente como resultado de agresiones reiteradas y sistemáticas” (Correa, 2016 p. 35). Maggiore y Bettiol Giuseppe (1965) consideran que la existencia de un peligro latente es cuando existe “la posibilidad de un resultado nocivo o la probabilidad de un daño; así pues, supone un peligro actual y por ende inminente” (p. 408).

De la misma manera Luzón Peña, Diego (2002) indica que la “agresión ilegítima no es solo aquella que lesiona un bien jurídico, sino también aquella que la pone en peligro” (p. 23). Por lo que podemos entender que este peligro es concreto y que el mismo peligro ex ante es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno lo cual es tangible en los casos de violencia contra la mujer por su característica de permanencia. La Ley 20.066 (2005) de

Chile en su artículo 7, por otra parte establece la presunción de una situación de riesgo cuando exista intimidación de causar daño y que incurran además circunstancias como: “drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias de violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas, o antecedentes psiquiátricos que denoten características de personalidad violenta” (art.7). Dicha situación es considerada como un riesgo inminente de sufrir un maltrato para una o más personas, el cual es constitutivo de violencia intrafamiliar. Así mismo presume una situación de riesgo inminente cuando haya existido anteriormente una situación de intimidación.

Lozano (1961) al referirse a la actualidad de la agresión establece que “Se requiere, que se obre en el presente, dentro de la urgencia y ante el peligro” (p.247). Además, agrega y sostiene que “es preciso observar que el concepto de actualidad debe entenderse durante todo el espacio de tiempo en que dura o subsiste el peligro” (Lozano, 1961, p.249). De la misma manera Sandoval en su libro *Legítima Defensa* (2013) entiende a la actualidad de la agresión como “aquella que ya comenzó y que continúa o subsiste” (p.251). Esto es aceptado en el presente trabajo investigativo debido a que al ser la violencia contra la mujer permanente esta se encuentra en un real, inmediato y actual peligro ya que las agresiones que sufre continúan ya que como fue mencionado en esta investigación la mujer se encuentra dentro del llamado ciclo de la violencia, por lo cual la agresión persiste y no termina, encontrándose esta circunstancia especial dentro del límite establecido por nuestra normativa para determinar la existencia o no de una legítima defensa. De la misma manera Zaffaroni (2002) “acepta la subsistencia en el tiempo de las lesiones al bien jurídico” (p.62); aceptación que tiene sentido ya que la finalidad de la legítima defensa no es evitar delitos sino proteger derechos y bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Siendo importante relacionar el reconocimiento de esta subsistencia de lesiones con la actualidad de la agresión en casos particulares. Como se mencionó anteriormente la particularidad que se trata la cual es de violencia contra la mujer cuenta con sus características específicas como es la existencia de una agresión de carácter permanente lo cual es aceptado también por Mejía y Lizcano (1998) al mencionar que es legítimo cualquier conducta defensiva por parte del agredido “en tanto subsista o persista tal estado de permanencia” (p.39). Al caracterizarse la agresión por la permanencia es idóneo recurrir a la figura de legítima defensa, en vista que existe una conducta que atenta permanentemente contra la víctima. Y es así como en los casos de violencia permanente contra la mujer ocurren dos elementos. El primero es encontrarse expuesta a agresiones reiteradas y continuas las cuales le dan el calificativo de permanencia a dichas actuaciones por lo cual como consecuencia a esto se desencadena una situación de peligro latente con la posibilidad de causar un daño inminente el cual llega a afectar sus bienes jurídicos protegidos. Siendo así y tomando

como referencia lo mencionado por María Correa (2016) estos elementos que se encuentran presentes en los casos de violencia contra la mujer componen la “gran agresión” (p.20), la cual es actual en el sentido de la legítima defensa.

Como es evidente, ante agresiones pasadas, a pesar de ser ilegítimas, no cabe la figura de la legítima defensa debido a que no cumplen con el requisito temporal de actualidad de la agresión. Ya que, en las agresiones ya sufridas, el daño ya está hecho, llegando a entenderse como un exceso extensivo por lo cual, se trataría de un acto de venganza, que no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

Como se mencionó los casos en los que existe inminencia del ataque equivale al ataque mismo, por lo cual, en la circunstancia planteada de violencia permanente contra la mujer, quien se defiende no tiene que esperar a que el ataque se produzca efectivamente para repelerlo.

## **6.2 Segundo requisito esencial: necesidad racional en la defensa**

El segundo requisito para la aplicación de la legítima defensa se centra en la acción defensiva; la razón de esto se debe a que quien en un primer escenario era considerada como la víctima ha contraatacado para repeler la agresión, pero debe hacerlo cumpliendo con la condición de necesidad racional. Para determinar el cumplimiento de necesidad racional en la defensa, primero es menester mencionar las perspectivas doctrinales existentes respecto a este segundo requisito de aplicación.

Algunos autores como Cuello Calón (1952) consideran que “la agresión que cumpla con todos los requisitos de la legítima defensa justifica la reacción de quien se defiende” (p.34), siendo la discusión de este segundo requisito la necesidad de defensa de forma subjetiva. Según Gil (2006) el elemento subjetivo de esta justificación se refiere a “la presencia de conciencia y voluntad de realizar una acción dirigida a defender el interés” (p.82). Esta parte de la doctrina en este requisito considera la existencia de la intención de la defensa siempre y cuando los motivos sean legítimos de quien estaba siendo agredido “para que su reacción sea considerada legítima” (Mejía, 1998, p.59).

Lo cual no es muy factible tanto en el tema probatorio de mencionada intención en la defensa con motivos legítimos, como la posibilidad de que se produzca un exceso en dicha defensa.

Luzón Peña (2002) sostiene que “la ley no exige que el individuo proceda según un ánimo de defensa particular, lo que debería existir es voluntad de defensa” (p.600). Otra parte de la doctrina y en la cual se basa nuestra legislación es aquella que considera indispensable determinar el alcance de la necesidad en la defensa por medio de una condición de racionalidad en la misma.

Al ser el núcleo de esta investigación los requisitos establecidos en artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), la segunda división doctrinal mencionada es sobre la cual se analizará el alcance de este segundo requisito de la legítima defensa.

La necesidad de la defensa se da sólo cuando es contemporánea a la agresión y persiste mientras dura esta agresión, además es la única vía de defensa para repeler o impedir el daño al bien jurídico protegido. Como se indicó el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece en este requisito la condición de racionalidad.

Cuando se habla de necesidad racional del medio empleado, en un primer momento, se refiere a la nula existencia de otros medios para la defensa del derecho, lo cual en palabras de Jiménez de Asúa (2018) es “la imposibilidad de actuar de otra forma” (p.32). Esto quiere decir que quien se defiende no puede usar otros medios con características menos lesivas para su defensa, lo que provoca que la víctima en un primer momento no tiene a su alcance otro medio o instrumento para defenderse. Siendo así indispensable tomar en cuenta el peligro, al cual se enfrenta como los medios a disposición para repeler el ataque. En este punto, la doctrina establece que la acción defensiva será necesaria cuando además de ser el único medio para la defensa, este debe ser idóneo, es decir suficiente y útil para detener o evitar el ataque además de ser racional. Se refiere al uso del medio más idóneo para repeler la agresión, “determinando la intensidad real de la misma” (Andrade, 2022 p.355). Aquí se considera como medio defensivo idóneo aquellos que son objetivamente eficaces para eliminar el peligro, este medio suele ser “relativizado por el hecho de que la víctima no debe correr ningún riesgo” (Andrade, 2022 p. 356). Debido a que la persona agredida no está llamada por ningún tipo de obligación a enfrentar riesgos, a pesar de que la defensa necesaria incentiva al uso de diversos medios de conducta menos lesivas y más benévolas para los bienes jurídicos del agresor, cuando se presenten circunstancias o eventos en los cuales no encuentre un medio menos lesivo es posible tomar medidas o actuar de forma más intensa siendo estas idóneas mientras que quien ejerza su defensa no corra ningún peligro innecesario.

Autores como Mejía y Lizcano (1998) establecen que las agresiones “pueden ser evitadas al acudir a la autoridad del Estado” (p. 39). Lo cual podría ser considerado cierto hasta determinado punto, sin embargo, debemos tomar en cuenta que la violencia contra la mujer al ser una circunstancia especial, cuenta también con sus características especiales, las cuales son determinantes frente a otros tipos de agresiones. Suele ser el mismo agresor el que le impide recurrir a otros medios a través de amenazas, intimidación y violencia. En este caso la mujer no cuenta con distintos medios menos lesivos para defenderse sin ponerse a ella misma en peligro.

María Correa (2016) en su artículo sobre la legítima defensa en situaciones sin confrontación establece que “no se coligen otros medios que pueda emplear la mujer, como por ejemplo huir, dado que no reportan mayor utilidad” (p. 34). Esto se debe a que en caso de huida o fuga mencionado por Correa esta conducta no constituye de ninguna forma un medio defensivo ante la agresión que se presenta, esto porque en palabras de Maggiore Giuseppe (1965) “no asegura la protección del bien jurídico en peligro ya que puede ser ineficaz e inútil” (p.413). A lo cual Sisco (1949) agrega que no se puede imponer la obligación de huir a quien fue agredido por el injusto ya que esto significaría “obligarlo a sacrificar un bien como es el honor y la reputación, con la finalidad de salvar otro bien que es la vida o la integridad” (p. 205).

Cuando el ataque es inevitable produce la necesidad de tener un comportamiento a la defensiva lo cual impide que se tome una actitud diferente. Para establecer esta inevitabilidad, Mejía (1998) menciona que “es necesario realizar un análisis de la situación en conjunto” (p. 63), como es la situación de peligro y los medios con los cuales se cuenta para repeler el ataque.

La racionalidad del medio empleado se refiere a la adecuada utilización de este en relación a los bienes en peligro o afectados, lo cual exige que exista una proporcionalidad en dicha defensa del derecho sobre el medio con el cual se repele la agresión para proteger el bien jurídico. La necesidad racional está establecida de forma taxativa en legislaciones de países como Chile e Italia; así también la encontramos en la Ley 11.179 de Argentina, en el artículo 34 del Código Penal de la Nación Argentina. En concordancia, la Ley Colombiana 599 (2000), en su artículo 32 inciso sexto establece: “Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión” (art.32). La proporcionalidad significa que la acción defensiva no debe ser ni excesiva, ni insuficiente con respecto al ataque, estableciendo de esta manera un límite sobre la reacción del agredido para su defensa.

Para Muñoz Conde (2007) esta proporcionalidad se produce en dos ámbitos, el primero trata de la “proporcionalidad en la especie lo que viene a ser el objeto del cual se hace uso para repeler la agresión” (p.325), ya que no se puede usar ningún objeto que pueda darle alguna ventaja o superioridad, en relación a su atacante; y “el segundo se refiere a la proporcionalidad en la medida de la agresión” (p.325). Una vez que la agresión sea necesaria esta debe ser de acuerdo a la agresión para que exista una justificación plena, caso contrario sería considerado como un exceso intensivo, provocando que el eximente este incompleto. El alcance y contenido de esta defensa se relaciona íntimamente con el peligro latente o agresión a la cual se está enfrentando. Siendo así, “el tipo de agresión va a fundamentar la existencia de los demás requisitos de

configuración de esta causa de justificación” (Correa, 2016, p.55). Por lo cual la proporcionalidad en la medida de la defensa se encuentra en la violencia del ataque, que es analizado dependiendo de la situación de las partes y a las circunstancias concretas del caso.

La mujer está en un status de subordinación respecto a su agresor por los episodios de violencia constante y permanente de la cual es víctima, es indispensable un análisis basado en una serie de criterios para determinar si el medio empleado es racionalmente necesario para el caso concreto, con lo cual se determina si se configura la legítima defensa o no. Siendo estos criterios los siguientes:

**Criterio Objetivo:** Este criterio trata de la “comparación entre el bien jurídico protegido que se encuentra en peligro y el medio empleado para repeler la agresión” (Mejía, 1998, p.70). Por lo cual se debe tomar en consideración el medio usado por el atacante.

**Criterio Subjetivo:** En este criterio se da la “posibilidad al ofendido de ser quien determine la legitimidad de su reacción” (Mejía, 1998, p.70), debido a que es quien puede establecer si la reacción era idónea de acuerdo a la situación en la cual se encontraba. Este criterio es acertado por la necesidad de una proporcionalidad entre la respuesta defensiva y el peligro como agresiones causadas. Sin embargo, la mejor forma de valorar la proporcionalidad es a través de un análisis del caso concreto por lo cual surge un tercer criterio.

**Criterio Individualizador:** Lo que se busca es analizar cada caso de acuerdo a las circunstancias que lo rodean debido a que cada caso es diferente por el historial de agresiones o por los bienes jurídicos puestos en peligro. Al respecto, autores como Jiménez (2022) al respecto menciona que “una mujer, un hombre, un niño o un adulto mayor no se encuentran en una igualdad de condiciones para defenderse” (p.14). Sé considera esencial tomar en cuenta este criterio, además Reyes y Mesa (1962) sostienen que en los casos de violencia contra la mujer es indispensable “tener en cuenta la personalidad del agredido y del agresor” (p.219). Con el criterio individualizador se analizan las condiciones en las cuales la víctima busca repeler la agresión, los medios que tenía a su disposición y las circunstancias por las cuales reaccionó de tal forma. Para determinar la proporcionalidad para la aplicación de una figura como es la legítima defensa es necesario usar tanto por el criterio objetivo, subjetivo y sobre todo individualizador.

Por lo que, debido a la situación de angustia, sufrimiento causado por una agresión ilegítima no puede ser aceptada la idea única de que su defensa debe ser mediante el mismo instrumento y al mismo bien jurídico atacado, sobre todo porque los derechos y bienes jurídicos afectados son varios.

Lo que se busca prever con este segundo requisito es que no se justifique por el ordenamiento jurídico un exceso en la defensa, lo cual es punible, con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal, en nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 31. Este exceso se produce al sobrepasar los límites requeridos para que opere la causa de justificación de la legítima defensa incumpliendo así con una defensa idónea. Debido a la desproporción en la necesidad de la defensa ante la agresión actual e ilegítima, lo cual no cumple con el mencionado “*moderamen inculpatae tutelae*”, que significa “la nula proporcionalidad entre la violencia y la reacción” (Lizcano, 1998, p. 74). Es comprensible que muchos casos sobre mujeres que viven en ciclos de violencia la cual se vuelve permanente y en su defensa dan muerte a su agresor no se les ha aplicado la legítima defensa como causa de justificación; sin embargo, cada caso debe ser examinado con los criterios de proporcionalidad. Maggiore (1954) menciona que se debe realizar un examen concreto “no solo con los medios que debió usar, sino con los que tenía a su alcance para defender los bienes jurídicos sacrificados y puestos en peligro” (p. 271). Raquel Regueiro (2012) menciona también que “al analizar las circunstancias especiales y los factores que determinaron el exceso se puede llegar a la conclusión de que el agredido tenía la creencia verosímil de que su reacción era necesaria para repeler el ataque” (p.67).

### **6.3 Tercer requisito esencial: falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho**

La legislación penal ecuatoriana desde el Código Penal de 1938 hasta el actual Código Orgánico Integral Penal de 2014 menciona que para dar lugar a la invocación de la legítima defensa es indispensable como un tercer requisito que quien se defiende no sea el causante de la agresión por provocar la misma. Esta provocación llega a estar íntimamente relacionada con el primer requisito de aplicación de la legítima defensa debido a que se refiere a una situación *ex ante* respecto a la agresión ilegítima que produce una violación al bien jurídico protegido por el Estado.

“La provocación implica una conducta que da ocasión a un ataque” (Maurach, 1994, p.458). Velásquez (2009) afirma que la provocación es “incitar a uno que ejecute una cosa, irritándolo de cualquier forma para que se enoje” (p. 764). Para descartar la aplicación de la legítima defensa se requiere la existencia de un vínculo directo entre la provocación y la agresión. Siendo así, que quien alega la legítima defensa no debe haber participado en ningún acto o conducta que pueda llegar a ser provocativo y que pueda haber dado origen a la agresión.

Así pues, a pesar de que la provocación puede presentarse de diversas formas, Zaffaroni (2006) menciona que deben cumplir dos condiciones para descartar a la legítima defensa, siendo la primera condición “que sea una cuestión decisiva para ocasionar un comportamiento antijurídico” (p.491). Es decir, que busque causar la agresión ilegítima y como segunda condición que “sea suficientemente provocadora” (Zaffaroni, 2006, p. 491), entendiendo como provocación suficiente un comportamiento idóneo que busca ocasionar una agresión de cualquier tipo o como lo menciona Sisco (1949) es “apto para producir el ataque del provocado” (p.213). Al respecto Mir Puig (1995) con la finalidad de verificar la existencia de una provocación suficiente que excluya la legítima defensa menciona que esta cuenta con ciertas características como “*ser adecuada, indispensable y que haya sido usada como un mecanismo para dar lugar a la reacción del provocado*” (p.456). No obstante, diferentes autores como Garrido Montt y Velásquez (2007) consideran la posibilidad de que exista una provocación no suficiente ya que esta puede “presentarse incluso de manera imprudente” (p.78) por consecuencia de alteraciones emocionales en las relaciones entre personas.

Por lo mencionado sobre alteraciones emocionales es que Roxin (1997) considera que “quien se encuentre con ánimo excitado puede llevar a cabo agresiones sin haber sido provocado” (p.644), siendo esta perspectiva sobre la cual se fundamenta este análisis respecto a que no se requiere la presencia de una provocación sea suficiente o imprudente expresada de cualquier forma para que se pueda alegar legítima defensa como menciona el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Por lo que, es aplicable la legítima defensa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano cuando “quien se defiende no haya provocado la agresión de una manera suficiente” (Andrade, 2014, p.357), como viene a ser el caso de violencia permanente contra la mujer, donde la mujer no provoca las agresiones, ni una situación de riesgo ante un ataque, por lo cual, y su actitud es guiada por un ánimo defensivo.

Sin embargo, a pesar de lo mencionado este tercer requisito no está contemplado en todas las legislaciones al no considerarlo fundamental para determinar la aplicación de la legítima defensa. Siendo así, entre las legislaciones que no contemplan este requisito está la legislación colombiana la cual en su Código Penal (CP) específicamente en su artículo 32, inciso sexto considera justificado aquel “quien obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión” (CP, 1890, art.32). Artículos similares al mencionado podemos encontrarlos en las distintas legislaciones penales, en las cuales no se considera la falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho como un requisito esencial para la legítima defensa, esto debido a que en palabras de Mejía (1998) “el provocador no ha iniciado ningún ataque al no

llega a constituir una agresión” (p.50) por lo que el en ese caso se admitiría que el provocador pueda defenderse contra quien reacciona con una agresión que si se constituyó.

#### **6.4 Análisis de sentencias de casos de violencia permanente contra la mujer**

##### **6.4.1 Sentencia a la causa RUC N° 1901157164-9, RIT 35-2021. (Chile).**

###### **Recurso de Nulidad ante Delito de Homicidio Simple**

**Dependencia Judicial:** Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta

**Juez:** Integrada por el Ministro Presidente Eric Darío Sepúlveda C. y las Ministras Virginia Elena Soublette M., Myriam Del Carmen Urbina P.

**Accionante:** Ministerio Público, representado por el fiscal Alberto Gallegos en representación de la víctima Vidal Ccoscco Baca

**Acusada:** Gabriela Mamani Anaya

###### **Antecedentes de la Sentencia a la Causa Ruc 1901157164-9, Rit 35-2021**

Hugo León Saavedra en calidad de Defensor Penal Público de Migrantes y Extranjeros en Antofagasta representando a Gabriela Mamani Anaya, interpone recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada por la primera instancia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta RIT 35-2021 el 07 de junio del año 2021. En la cual se condenó a Gabriela Mamani Anaya a la pena de cinco años y un día por ser la autora del delito de homicidio simple en grado frustrado contra Vidal Ccoscco quien era su pareja. El homicidio simple se encuentra previsto y sancionado en el artículo 390 del Código Penal chileno.

Los hechos de la causa objeto de análisis tanto de primera instancia como del recurso de nulidad presentado por la defensa de la acusada ocurrieron el 26 de octubre del año 2019, donde Gabriela Mamani Anaya de 27 años, clavó un cuchillo en el corazón a su ex pareja Vidal Ccoscco Baca provocando una herida a la altura del tórax, misma que casi termina con su vida. Una vez perpetrada la conducta típica Gabriela Mamani dio aviso a la policía, por lo cual fue detenida, y a razón del proceso que se seguía en su contra pasó casi dos años en prisión preventiva.

En primera instancia se estableció que existían suficientes elementos probatorios sobre la constitución del delito de homicidio simple frustrado, tipificado en el artículo 391 numeral 2 del Código Penal. Su conducta de acuerdo a su defensa sería justificada por una legítima defensa como causal de justificación establecida en el ordenamiento jurídico, a lo cual se presenta el recurso que será analizado.

### **Fundamentos del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta que resolvió la acción en primera instancia**

El tribunal establece que el nexo causal con la acción homicida y el resultado fue la herida cortante y cortopunzante de tipo vital que habría ocasionado la muerte del afectado, de no haber sido por la atención médica recibida. Se califica la conducta en el grado de frustración. Sobre la culpabilidad, se menciona que el sujeto activo actuó de forma dolosa, pero con dolo eventual por las formas que ocurrieron las lesiones, siendo el motivo del ataque discusiones previas que habían llegado a agresiones físicas.

El principal aspecto controvertido en el juicio es determinar si la acusada actuó por su legítima defensa siendo esta una causal de justificación. El tribunal analiza el primer requisito indispensable de la legítima defensa que es la existencia de una agresión ilegítima. Se menciona la definición de agresión establecida por Garrido Montt (2007), siendo “cualquier actividad humana que pone en peligro a la persona o a un bien jurídico defendible” (p.168). El tribunal menciona que el acto típico para repelerlo debe ser en base a una agresión injusta. De acuerdo a los testigos presentados por fiscalía y por parte de la defensa se establece que en los episodios de violencia existía agresiones mutuas. A pesar de que la violencia contra la mujer no puede ser justificada, el tribunal de primera instancia declara que no aplica la causal de justificación para la conducta de la acusada. La temporalidad de la agresión debe ser actual o inminente, por lo que no se acepta el alegato de defensa por encontrarse en un estado continuo de agresión ya que el motivo para la legítima defensa es la intensidad en la agresión lo cual provoca una urgencia para la reacción que salvaría sus bienes jurídicos protegidos. El tiempo indeterminado no constituye por sí solo una agresión ilegítima, sobre todo por el hecho de que “produce duda sobre el marco temporal de mencionado requisito” (Sentencia Rit 35-2021). El día de los hechos la acusada fue agredida por la víctima momentos antes al hecho, esto en base al testimonio de los testigos y la declaración de parte de la acusada. La agresión física se detuvo por la intervención de terceros los cuales gritaron, a lo cual la acusada pudo dirigirse a su domicilio. Tiempo después el ofendido se dirige a casa de la acusada, lugar en el cual empezó a tirar piedras y lanzar amenazas, ante esto la acusada bajo de su habitación, se encontró nuevamente con el ofendido y se produce el ilícito. A criterio del tribunal la agresión por parte de la víctima a la acusada sucedió entre 2 y 3 horas antes del apuñalamiento, por lo que “a falta de agresión actual o inminente, no hay defensa posible” (Politoff, 2009, p.217). El tribunal alega que la acusada pudo elegir otra alternativa como quedarse en el interior de su vivienda en lugar de salir armada a encontrarse con la víctima, por lo cual considera que fue una acción de justicia por sus propias manos lo cual no es amparado y mucho menos justificado por el ordenamiento jurídico.

El tribunal desestima la concurrencia de la legítima defensa como causal de justificación al no cumplir con el requisito de agresión ilegítima actual o inminente, siendo su fundamento de derecho la configuración del delito de homicidio simple en grado de frustrado tipificado en el Código Penal de Chile en su artículo 391 en su segundo numeral, el mismo que tiene concordancia con el artículo 5 de la Ley 20.066. Se decidió declarar a la acusada culpable y autora de conformidad con el artículo 15 primer numeral del Código Penal Chileno.

**Principal cuestión de hecho y de derecho de la parte accionada:**

El ofendido y la acusada mantenían una relación sentimental llena de episodios de violencia de manera verbal, física y psicológica por parte de Alberto Gallegos contra Gabriela Mamani. En primera instancia se llegó a probar la existencia de agresiones puntuales y sostenidas en el tiempo. Así como también instantes previos al ataque contra su pareja en los cuales se constata que Gabriela Mamani habría sido agredida físicamente. A estas alegaciones y hechos debidamente probados el tribunal niega la aplicación de legítima defensa. Interpreta los requisitos de legítima defensa de una manera tradicional, cuando la situación presentada esta llena de circunstancias especiales de violencia permanente contra la mujer. La agresión ilegítima requiere el hecho de poner en riesgo un bien jurídico lo cual ocurrió en todo el tiempo de relación. Así también, las amenazas sobre ser golpeada o que será asesinada son provocaciones que constituyen una agresión.

La necesidad racional del medio empleado trata de que la naturaleza de la circunstancia en la que se produjo la defensa. La misma que debe ser analizada sobre todo desde una perspectiva de género enfocada en el historial de agresiones reiteradas sufridas. Partiendo de esto se menciona que se evidencia la falta de provocación suficiente por parte de la acusada debido a que nunca busco incentivar las agresiones que le provocó el ofendido.

La defensa invoca como primera causa de nulidad de la sentencia en primera instancia al artículo 374 literal e) del Código Procesal Penal de Chile el cual trata sobre la vulneración del principio de razón suficiente, al omitir el requisito establecido en el artículo 342 literal c) del mismo cuerpo normativo que se refiere a la falta de fundamentación. De la misma manera se menciona como causal subsidiaria a una errónea aplicación del derecho conforme al artículo 10 numeral cuarto del Código Penal Chileno, esto respecto a la figura de legítima defensa. El tribunal *a quo* no aplicó la perspectiva de género que era necesaria en el caso de violencia permanente que sufría Gabriela Mamani, para demostrar que si se cumplen todos los requisitos necesarios establecidos por el Código Penal Chileno para declarar aplicable la figura de la legítima defensa.

### **Argumentación relevante para la resolución:**

La Corte de Apelación realizó un análisis crítico y adecuado respecto a las pruebas presentadas como son los informes periciales y las declaraciones de parte, las cuales analizadas en conjunto permiten establecer la existencia del delito de homicidio frustrado.

El análisis realizado se centra en el recurso de nulidad respecto a la primera causal mencionada sobre la vulneración del principio de razón suficiente y falta de motivación desde una perspectiva de género. A lo que declara que la sentencia de primera instancia si realiza un análisis de cada requisito necesario para la aplicación de la legítima defensa ya que analizó todas las pruebas rendidas en el juicio basando así su decisión y respetando el principio de razón suficiente.

La causal subsidiaria de errónea aplicación del derecho sobre la legítima defensa se aclara que, de acuerdo a lo mencionado por el primer tribunal al tratarse de una situación de violencia de género contra la mujer para una correcta aplicación del derecho se requiere un juzgamiento desde una perspectiva de género. La necesidad de dicha perspectiva de género se debe a los diversos estándares internacionales de derechos humanos y conforme a un protocolo de buenas prácticas en el ámbito internacional. La Corte de Apelación hace referencia los avances dados por el Poder Judicial chileno en conformidad con los compromisos internacionales vigentes en especial en lo relacionado al derecho a la igualdad y no discriminación en razón de género. Ante esto se ha implementado y se busca mejorar una igualdad no solo formal sino real para el acceso a la justicia de las mujeres siendo así necesario abordar el caso de discusión con una perspectiva de género. El análisis de legítima defensa no debe tratar solo sobre los hechos del día del acto ilícito sino también requiere una mirada en retrospectiva para determinar la razón del actuar contra derecho, esto debido a que la acusada se encontraba en un ciclo de violencia y maltrato en el cual existía un desequilibrio de poderes.

En sentencia a quo rechaza la causa de justificación al considerar que no existe una agresión ilegítima actual e inminente. Sin embargo, la interpretación con perspectiva de género de los requisitos acepta la posibilidad de que si se configure la justificación debido al fin preventivo general estableciendo una amplitud de los bienes jurídicos que la norma protege. Myrna Villegas (2010) menciona que los casos de violencia permanente contra la mujer “no es siempre necesario un ataque físico *in actum* de parte del agresor para que se acepte la legítima defensa, siendo suficiente la amenaza cierta que anuncie un ataque posterior” (p.53). Toda agresión tiene el carácter de ilegítima cuando es contraria al derecho en general, aun cuando no constituya un delito, por lo que acepta como agresión poner en peligro un bien jurídico, por un “peligro concreto,

*ex ante*" (Villegas, 2010, p.53) el cual es objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno.

Mencionan que sobre la temporalidad de la agresión por la cual desestimó el tribunal anterior, en casos de violencia contra la mujer, esta espera que la agresión se interrumpa para defenderse debido a su inferioridad física por lo que no tiene posibilidades reales de defensa eficaz mientras es agredida. Además, esta temporalidad de acuerdo a la situación de violencia permanente el maltrato subsiste por la reiteración en el tiempo de las agresiones las cuales fueron verificadas con las pruebas presentadas en el juicio. La Ley 20.066, acepta lo mencionado al establecer la figura de maltrato habitual, lo cual configura un estado antijurídico de violencia inminente y latente, capaz de configurar el requisito de actualidad en la legítima defensa.

Los jueces de primera instancia rechazan la legítima defensa al analizar únicamente el primer requisito y considerar la inexistencia del mismo, dictan su sentencia y condenan a la acusada. Por lo cual la Corte analiza también los otros dos requisitos necesarios. Respecto a la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende se menciona que no existe antecedente alguno que pruebe lo contrario para que justifique los ataques de violencia que la víctima profirió a la acusada, no requiriendo este requisito un mayor análisis.

La necesidad racional del medio empleado menciona dos tipos de necesidad. La necesidad en abstracto como aquella relacionada con la actualidad de la agresión, al cual ya fue analizada. Por otra parte, está la necesidad en concreto como aquella que se relaciona con la agresión y la respuesta a esta, exigiendo que se use el medio que provoque el menor daño al agresor. Usando la perspectiva de género en este punto se determina que es necesario atender la realidad en la cual vive la mujer víctima de violencia permanente. Es así que métodos como escapar o llamar a la policía resultan ineficaces. Estableciendo que el medio utilizado por la acusada para defenderse es proporcional a lo exigido por la ley. La razón de lo mencionado es porque la legítima defensa consiste en repeler la agresión no en evitarla. Además, debido a la dinámica de los hechos de violencia por la ponderación de las reales circunstancias en las que se desarrolló la defensa, verificando el requisito de racionalidad en la defensa.

#### **Argumentación jurídica que sustente la resolución del recurso:**

La argumentación jurídica en el fallo es únicamente internacional en lo referente a violencia contra la mujer, ya que Chile no cuenta con una legislación específica para este tipo de casos de violencia. Únicamente recoge la violencia intrafamiliar, a lo cual la Corte acepta que se

crea una situación de desamparo y discriminación a casos de violencia que queden fuera de la esfera intrafamiliar.

La Recomendación General Número 19 de la Oficina de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres (CEDAW) del 29 de enero de 1992 manifestó como consecuencia de la violencia contra la mujer la inhibición de la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades. La Convención Americana Belém do Pará conceptualiza la violencia contra la mujer y establece que la violencia contra la mujer es un concepto amplio que no puede ser relacionada únicamente como un tipo de violencia como en el presente caso violencia intrafamiliar ni como la única forma de presentarse sea la física.

### **Decisión:**

Se acepta la existencia de una agresión ilegítima y actual al verificarse un estado de violencia permanente en la relación. La sentencia rol 648 de Antofagasta de Chile (2021) estableció que la legítima defensa con aplicación de un enfoque de género implica analizar los hechos, pero también “tener una mirada retrospectiva, a fin de poner atención a la raíz del problema que culmina con el ilícito que se sanciona” (Pt 3). Esto se remonta al ciclo de violencia y maltrato del cual ha sido objeto la mujer, quien en el caso se transformó de víctima a victimaria. Se acepta que el actuar de la acusada está justificado por legítima defensa en especial al verificar el historial de violencia permanente y persistente vivido.

De conformidad con las motivaciones precedentes acepta la concurrencia de todos los requisitos de procedencia de la legítima defensa prevista en el artículo 10, numeral cuarto del Código Penal Chileno. Por lo cual acoge el recurso de nulidad en contra de la sentencia del 7 de junio del 2021 dictado por el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta. Declarando inválida la sentencia y absuelve la condena anterior de la acusada Gabriela Mamani Anaya.

#### **6.4.2 Sentencia a la causa N° 69965 S. B. L. S. (Argentina).**

##### **S. B. L.,s/ Recurso de Casación Interpuesto por Particular Damnificado**

**Dependencia Judicial:** Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires.

**Juez:** Dr. Ricardo R. Maidana y Dr. Carlos Á. Natiello

**Accionante:** Gastón Maximiliano Márquez, representado por el Dr. Emiliano Martín Pérez Lozana y el Ministerio Público, representado por el agente fiscal Dr. Hugo Daniel Carrión.

**Acusada:** S.B.L.

### **Antecedentes de la Sentencia a la Causa N° 69965**

Los hechos del caso se remontan al 16 de noviembre del año 2012 en la localidad de Lomas de Zamora en Argentina lugar en el cual la acusada S.B.L., disparo un arma de fuego en contra de su esposo Gastón Maximiliano Márquez. Debido a las lesiones en la zona frontal del cráneo se produjo su muerte. El 9 de diciembre del año 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 avocó conocimiento a la causa y dictó sentencia absolutoria a favor de S.B.L. S, acusada del delito de homicidio agravado por vínculo al considerar que se cumplen los requisitos de la causa de justificación de legítima defensa establecido en el artículo 34 inciso 6 del Código Penal Argentino, fundamentado en la violencia contra la mujer. Sentencia *a quo* a la cual el Dr. Pérez Lozana en representación de la víctima interpuso recurso de casación a la causa N° 69965.

### **Principal cuestión de hecho de fiscalía al interponer el recurso de Casación**

El representante del damnificado menciona que el recurso de casación a la sentencia de primera instancia se fundamenta en el hecho de que se probó conforme a los diferentes elementos incorporados en el juicio que la acusada fue la autora del homicidio de Gastón Maximiliano Márquez por medio de un disparo mientras esté dormía. Es así que la conducta típica y antijurídica no fue inmediata, sino mediata, analizada y razonada. Además, el accionante del recurso menciona que los episodios de violencia, abusos, diversos tipos de daños y maltratos alegados por la defensa no fueron debidamente probados con los elementos probatorios realizados. El representante de la acción pública alega que el fallo de primera instancia no cuenta con lógica ya que la valoración de las pruebas es arbitraria y no está motivada.

### **Fundamentos de derechos del titular del recurso presentado:**

El representante del ofendido menciona la vulneración de los artículos 80 del Código Penal Argentino referente al homicidio agravado. Por otro lado, el representante de la acción pública entre sus fundamentos de derecho menciona la errónea interpretación del artículo 34 del Código Penal Argentino respecto a la legítima defensa, al considerar que no concurre uno de los requisitos esenciales que viene a ser la agresión ilegítima actual o inminente. La razón se debe a que al encontrarse la víctima dormida se entiende que la agresión había terminado. Se alegó la inexistencia de un mal inminente por lo que la acusada podía tener igualmente otros medios de salida o escape menos dañosos que el acto ejecutado.

### **Principal cuestión de hecho y derecho de la parte accionada en el proceso:**

Los alegatos de la defensa se basan en la violencia de género contra la mujer en el ámbito conyugal de la cual fue víctima S.B.L.S, durante el tiempo en el que se encontraba casada con la víctima y en la noche de los hechos objeto del presente caso. La violencia contra la acusada fue aceptada por Fiscalía en la sentencia *a quo* además que el historial de agresiones fue demostrado con el material probatorio en conjunto presentado en juicio. La defensa alega la causal de justificación contemplada en el artículo 34 inciso sexto del Código Penal Argentino de legítima defensa.

### **Hechos probados relevantes para la resolución:**

En primera instancia los jueces hacen uso de los elementos indirectos suministrados en el proceso para probar los hechos y dictar sentencia. Su fundamento fue el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal de Argentina el cual les sirvió para determinar la existencia de violencia y la constitución de los requisitos para la aplicación de legítima defensa.

Las pruebas relevantes en aquella instancia fueron la declaración de parte sobre la violencia grave en la que vivía la acusada, así también el testimonio de testigos, y un examen psiquiátrico. A pesar de la crítica sobre todo respecto a la declaración de quien fue víctima de violencia y ahora acusada fue analizada en conjunto y se valoró con conocimientos interdisciplinarios para demostrar la credibilidad de la declaración sobre la violencia.

El antecedente de violencia fue el desencadenante para que el tribunal *a quo* encasillara el comportamiento de la acusada dentro de la causa de justificación de legítima defensa. En el fallo del recurso de casación, de la misma manera por medio de los informes médico legales presentados en juicio se pudo determinar que, debido a la intensidad de la violencia, maltratos, agresiones y amenazas sufridas, ciertamente existía un riesgo cierto e inminente para la integridad y la vida tanto de la acusada como de su hija de 45 días de edad, aceptando así los hechos ya antes mencionados.

### **Argumentación relevante para la resolución:**

La Corte de Apelación menciona que en casos de legítima defensa de mujeres víctimas de violencia se debe tomar en consideración adicional a los antecedentes propios del ciclo de la violencia, la circunstancias en las cuales se afecta la vida o integridad por sus agresores. Estas circunstancias son diferentes “a las circunstancias típicas para las cuales se considera en un primer lugar la aplicación de la legítima defensa” (Rosen, 1986, p.34). La razón es que la persona a la cual la mujer se enfrenta es conocido, por lo tanto tiene control sobre esta no solo física por su tamaño y fuerza, también psicológica. Es aquí donde la Corte acepta la utilización de

perspectiva de género para interpretar de manera equitativa los requisitos de la figura de legítima defensa.

Los requisitos de legítima defensa han sido comprobados con los hechos desde el primer fallo, siendo estos que S.B.L.S fue víctima de violencia domestica durante todo su matrimonio, expresada de forma física, psicológica y sexual incluso el día de los hechos. El día del homicidio su hija fue objeto de amenazas de muerte por parte de su marido debido a que Gastón Maximiliano Márquez apunto con la pistola a la cuna en la cual se encontraba su bebé mientras golpeaba a S.B.L.S. minutos más tarde el hombre se quedó dormido, la pistola estaba en el medio de la cama ante lo cual la acusada la agarro y disparo.

En el primer requisito se debe analizar la actualidad e inminencia de la agresión para que sea justificable la conducta por legítima defensa. Ante esto la Corte realiza su análisis desde una perspectiva de género mencionando que la actualidad está presente porque la violencia contra la mujer no son hechos aislados sino una agresión permanente, continua e incesante a sus bienes jurídicos protegidos. En el mismo análisis acepta la posición de Roxin respecto a que “cabe legítima defensa contra agresiones que formalmente este consumada cuando no este materialmente agotada o terminada” (Roxin, 1997, p.621). Esto debido a que se mantiene la situación antijurídica. La agresión en casos de violencia permanente para la victima llega a ser inminente por el estado de temor, preocupación y tensión en la cual vive ya que esta violencia puede expresarse por cualquier circunstancia a lo largo de la convivencia diaria.

Las amenazas también constituyen agresiones ilegítimas sobre todo cuando el “mal anunciado es exteriorizado inequívocamente para provocar un mal inminente” (Larrauri, 2008, p.62). Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de Tucumán (2014) menciona que la violencia doméstica al producirse en la vida diaria de la mujer debe ser considerada como “un mal inminente que *a priori* habilita la materialización de la conducta defensiva” (45).

La necesidad racional en la defensa como segundo requisito fue analizado fuera de la propuesta sobre las diferentes alternativas de lo que pudo o no hacer la mujer en lugar de disparar a su marido. De acuerdo a lo mencionado por el Tribunal de Casación no está apegado a la realidad ya que existe una imposibilidad objetiva y subjetiva de escapar fácilmente del círculo de la violencia. Se rechaza la idea de que por el hecho de permanecer en el lugar en el cual vivía con su agresor, la mujer voluntariamente se somete a la agresión ilegítima ya que esta aseveración contradice todo el ordenamiento jurídico interno de Argentina como internacional por los instrumentos internacionales ratificados por este estado.

Un punto importante respecto a la racionalidad del medio empleado es que el agresor en el presente caso era miembro de la policía, por lo cual contaba con preparación en armas, combate, etc. Tomando en consideración que, por la contextura física de la mujer y el entrenamiento de su pareja, se requería que el hombre se encuentre con sus defensas bajas o desprevenido para obtener una defensa eficaz a la agresión. Es así que el medio utilizado a criterio del Tribunal de Casación es proporcional e idóneo. Generalmente en casos similares de violencia permanente contra la mujer el uso de medidas menos lesivas para el agresor frecuentemente provocaría reacciones más violentas en contra de la víctima.

### **Argumentación jurídica que sustente la resolución:**

El Tribunal de la Corte de Casación Penal menciona las obligaciones internacionales ratificadas y suscritas por la República Argentina las cuales se encuentran expresamente en su artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina. Encontrando aquí la necesidad de cambios al ordenamiento jurídico como también a la administración de justicia respecto a las mujeres con la finalidad de incorporar sus derechos con medidas y planes de acción para cumplir con la “Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación” (CEDAW, 1979).

Es imposible ignorar, minimizar o rechazar los antecedentes de violencia permanente tanto física, psicológica y sexual de la cual fue víctima S.B.L.S, ya que al hacerlo se estaría en contra de la normativa constitucional como también de los derechos humanos por lo que se originaría responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones internacionales asumidas.

Se fundamenta con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará (1994). La cual trata sobre la necesidad de la aplicación de una perspectiva de género para la interpretación de la normativa penal sobre todo en casos de relaciones históricamente desiguales. Su decisión también toma en consideración normativa interna como es la Ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

### **Decisión:**

Se reitera lo dictado por la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán (2014) al “repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando es invocada por una mujer víctima de violencia” (p.54)

Al existir en el presente caso una menor de edad la legítima defensa no está encaminada únicamente a repeler la agresión para precautelar la vida e integridad de la mujer si no también

del aquellos que son más vulnerables. Se acepta que cabe la legítima defensa contra una agresión que aún continúe por lo que en casos de violencia de género es admisible la aplicación de esta figura al tener justamente la característica de la permanencia ya que la conducta ilegítima del agresor hacia su víctima aparece en todo momento y bajo cualquier circunstancia desencadenante dando como resultado una agresión inminente. Se estableció que el medio más idóneo es el más seguro para la víctima, aun cuando sea el más grave. El Tribunal de Casación por lo mencionado rechaza el recurso interpuesto y finalmente acepta que se constituyen todos los elementos requeridos para la aplicación de la legítima defensa por lo cual se deberá cumplir de acuerdo al primer fallo.

### **6.4.3 Amparo Directo 6181/2016. (México).**

#### **Amparo Directo en Revisión 6181/2016**

**Dependencia Judicial:** Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**Ministro:** Dr. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

#### **Antecedentes de la sentencia de Amparo Directo en Revisión 6181/2016**

El caso antecedente trata sobre una mujer la cual fue condenada el 12 de agosto del año 2011, por el delito de homicidio calificado en razón de parentesco al haber privado de la vida a su marido. El motivo de tal conducta se debía al hecho de que ella conjuntamente con sus seis hijos eran víctimas de violencia intrafamiliar. El Juez Sexto Penal de primera instancia de la Ciudad de México condenó a la mujer a veintisiete años y seis meses de prisión por ser autora del delito de homicidio.

A la mencionada sentencia la mujer interpuso un recurso de apelación ante la Segunda Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del entonces Distrito Federal a lo cual el tribunal de segunda instancia modificó su condena respecto a la indemnización de responsabilidad civil que debía cancelar por el daño moral derivado del delito ejecutado. Sin embargo, el 22 de septiembre del año 2016, la mujer presentó una demanda de amparo ante el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito llamado amparo directo 6181/2016, siendo el fundamento principal que la detención de la acusada fue ilegal, para lo cual se dictó una nueva sentencia. El 17 de octubre del año 2016 se interpuso un nuevo recurso en este caso de revisión al amparo directo, siendo la sentencia de este recurso sobre la cual se realizará el presente análisis.

#### **Fundamentos de derecho:**

Como suele suceder en las sentencias analizadas la fuente principal de derecho en la cual se han fundamentado los casos analizados es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el ámbito internacional. Además, se usa la normativa interna como llega a ser en el presente caso la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ambas normativas tienen la función de definir la violencia contra la mujer en el ámbito privado, como el deber del Estado de visibilizar la situación de violencia o discriminación de género en y la controversia jurisdiccional cuando se denuncia una situación de violencia.

El recurso se justifica en el artículo 1 para alcanzar la igualdad de hecho sobre el goce y ejercicio efectivo de los derechos y el artículo 4 de la Constitución General de México sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación. En base a la normativa la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió el recurso a revisión el cual tiene como fundamento principal la no aplicación de perspectiva de género al momento de juzgar a la acusa desde su primera sentencia condenatoria. Además, que se encontraría excluida de responsabilidad penal por la figura de estado de necesidad.

### **Sobre la perspectiva de género**

La Sala menciona la necesidad de que los juzgadores tomen en cuenta el contexto de desigualdad de las mujeres en la sociedad y que se apliquen medidas con perspectiva de género al momento de interpretar, aplicar la normativa y juzgar. Debido a que se requiere un análisis con miras a cumplir estándares internacionales de derechos humanos y de derechos de la mujer. Cuando la mujer vive violentada y agredida de manera permanente es arrastrada a una situación límite como consecuencia de los efectos físicos y psicológicos que las agresiones en el ciclo de la violencia producen.

El historial de agresiones y violencia vivida por la víctima a causa de su marido se remontan al año 2007, lo cual fue comprobado por diversos medios probatorios, al igual que las secuelas de dichas agresiones. Sin embargo, en la sentencia del primer fallo no se tomó en consideración el contexto de violencia existente, así como tampoco se dio una investigación de oficio por los hechos de violencia vividos. A pesar de ser una obligación estatalmente asumida al ratificar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, donde se considera los actos de violencia contra la mujer como actos de violación a los derechos humanos que deben ser investigados de oficio por las autoridades pertinentes.

### **Sobre el estado de necesidad**

El juzgador penal tiene la necesidad de analizar además del tipo de delito, el contexto y las circunstancias especiales en las cuales se lleva a cabo. La acusada se encontraba en un actual, real e inminente peligro, el cual no era posible evitar por otros medios, al ser víctima de violencia permanente. En el caso la mujer no contaba con ningún tipo de red de apoyo por lo que para salvaguardar su vida e integridad lesionó otro bien jurídico que se encontraba protegido por el ordenamiento jurídico. La inminencia del peligro se prolonga por el tiempo al persistir la agresión y la posibilidad de causar un daño, sin conocer la causa que lo provocaría ni el momento exacto en el cual sucedería.

### **Argumento final:**

De conformidad con el informe “La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2014” las mujeres que enfrentan este tipo de violencia enfrentan un peligro de muerte lo cual convierte esta situación en un problema complejo.

Por esta razón el tribunal decide que es necesario la aplicación de una perspectiva de género para eliminar las formas de discriminación estereotipadas que se llegan a producir en la normativa para su interpretación y aplicación, así como también en las prácticas institucionales. De esta manera la autoridad pertinente deberá realizar un análisis integral respecto a las pruebas de oficio para determinar la existencia o no de casos de violencia permanente contra la mujer y sobre todo de las condiciones en las cuales las mujeres víctimas de tal violencia llevan a cabo conductas delictivas para terminar con la agresión.

### **Decisión:**

Se ordena la aplicación del método de juzgar con perspectiva de género. Sobre esta sentencia se establece la base para la justicia efectiva de mujeres que sufren violencia en México y enfrentan cargos penales por agredir a sus victimarios. Dicha perspectiva deberá:

- a. “Identificar las situaciones de poder, desequilibrio y desventaja en la cual vivían las mujeres al momento en el cual ocurrieron los hechos, demostrando de esta manera la violencia permanente quien era víctima.
- b. La prueba presentada en el proceso debe ser analizada y valorada fuera de estereotipos o prejuicios de cualquier índole.
- c. Si el material probatorio es insuficiente para aclarar la situación de violencia se deberá ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar dicha situación. En conformidad con las obligaciones internacionalmente asumidas.

- d. El juzgador deberá analizar su resolución de acuerdo con el contexto de desigualdad y tomando en cuenta los efectos de la violencia causada.” (Amparo Directo 6181, 2016).

## **7 SECCIÓN III: Análisis para una legítima defensa con enfoque de género**

### **7.1 Aspectos problemáticos desde el punto de vista probatorio en casos de legítima defensa con antecedentes de violencia permanente contra la mujer**

La legítima defensa se ejerce ante el hecho sobre el cual se debe configurar los tres presupuestos como viene a ser la agresión actual, sobre la cual es necesario el uso de la fuerza con la finalidad de evitar o repeler los efectos dañosos del acto ilícito de una forma racional, sin que haya existido una provocación antes por parte de quien se defiende.

Al justificar actos prohibidos por la ley y al no existir normativa especial para la práctica de la prueba en casos especiales, como los de violencia permanente contra la mujer, es necesario acudir a normas generales como lo establece el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que establece la carga de la prueba en quien afirma que ha ocurrido el hecho. Las normas de derecho internacional respecto a perspectiva de género son necesarias para la valoración de la prueba al necesitar una valoración diferente a la tradicional. El ex Código de Procedimiento Penal (200) mencionaba que “el objeto de la prueba es demostrar todos los hechos y circunstancias de interés para el caso” (art.84), para lo cual deben “utilizar pruebas que no contradigan la Constitución de la República y la Ley.” (Código Procedimiento Penal, 2000, artículo 84).

Cuando existe violencia permanente contra la mujer la dificultad probatoria esta desde el momento en el cual requiere probar la agresión previa de la cual fue víctima la mujer, sobre todo, se trataba de probar la existencia o no de agresiones físicas, siendo absurdo considerar que para que sea certera la legítima defensa se deban evidenciar golpes cuando la violencia contra la mujer tiene diferentes formas de expresión. En los casos *sub judice*, además de la necesidad de probar los antecedentes de episodios de violencia, la complejidad en la prueba es reflejada en la necesidad de defenderse mediante el uso de la fuerza con la finalidad de evitar mayores efectos dañosos con una mayor gravedad, como por ejemplo la muerte.

Esto se debe a que “es necesario probar que el medio empleado para repeler la agresión fue necesario y proporcional al hecho ilícito” (Oyarte, 1998, p.182). Al respecto se suele discutir las diversas posibilidades sobre las cuales la mujer podría haber actuado para repeler la agresión de manera idónea y menos dañosa para quien era su agresor. Es indispensable traer a colación lo mencionado *ut supra* sobre que la víctima de violencia no tiene que soportar la agresión ilegítima

como tampoco se puede exigir otro tipo de conducta tomando en consideración el contexto de violencia. María Correa (2016) establece que “no se coligen otros medios que pueda emplear la mujer, como por ejemplo huir, dado que no reportan mayor utilidad” (p.28). Además, la legítima defensa es “una medida urgente por la ineficacia inmediata de los métodos de protección, prevención y restauración de aquellos que han sido víctimas de violencia” (Oyarte, 1998, p.181).

El juzgador debe valorar cada prueba presentada y su credibilidad mediante sus conocimientos interdisciplinarios, adicional su interpretación debe ser bajo una perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer. Esto se debe a que, la aplicación de una perspectiva de género al momento de interpretar normas y aplicar las mismas cumplen con la función de “identificar si existen situaciones de poder” (Zaldívar, 2016, Amparo Directo 6181/2016), que pueden llegar a producir un desequilibrio y desventaja. Permitiendo conocer de forma clara la problemática de la violencia con la finalidad de quien ha sido agredido pueda acceder a la justicia de manera equitativa y eficaz.

Para aplicar esta perspectiva el análisis que se debe realizar sobre los hechos y las pruebas, con el objetivo de que estos estén libres de estereotipos o prejuicios que puedan llegar a descalificar la credibilidad de la víctima de violencia durante el proceso penal, por el comportamiento que haya o no tenido la mujer en sus diferentes relaciones interpersonales, produciendo que se asuma de manera tácita la responsabilidad contra quien repelo la agresión. Los prejuicios y estereotipos llegan a afectar la manera en la cual se analiza la prueba por el hecho de que atentan contra la imparcialidad e integridad del sistema judicial. Esto porque dificulta tanto para las víctimas como para el resto de la sociedad reconocer lo que han vivido como violencia ya que la cultura social ha llegado a normalizar las relaciones amorosas marcadas por la sumisión y dependencia.

Al ser las agresiones en el interior del hogar, no existen más testigos directos que el agresor y quienes viven la agresión ante esto la declaración de quien en un primero fue víctima de violencia y ahora es tratada como acusada de un delito contra su agresor, no llega a ser considerada con la importancia que debería. Así pues, que para que la prueba cumpla su finalidad de lograr la certeza de los administradores de justicia con relación a la existencia o no de los hechos que interesan al proceso penal, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad probatoria y el uso de perspectiva de género en la valoración de la prueba. Para que las partes y el administrador de justicia puedan obtener todas las pruebas que sean pertinentes y las mismas sean valoradas objetivamente.

## **7.2 ¿Es necesario aplicar la legítima defensa en casos de violencia permanente contra la mujer?**

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 y como parte de los derechos de libertad se garantiza a las personas una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Estableciendo la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad.

En concordancia la Asamblea Nacional del Ecuador el 11 de julio de 2017, resolvió condenar de forma categórica, todo tipo de violencia que se ejerza en contra de niñas, adolescentes y mujeres del Ecuador. Así como también incentiva a las instituciones de la Función Judicial a fortalecer los servicios de atención para mujeres víctimas de violencia por medio de la formación y capacitación permanente. Sin embargo, las medidas adoptadas han sido insuficientes en el accionar institucional, para prevenir, proteger y atender a las mujeres víctimas de violencia.

Es así que la aplicación de la legítima defensa en casos de violencia contra la mujer se centra principalmente en que el sujeto agresivo sigue cometiendo permanentemente daños a los derechos de quienes son violentados, debido a que crea un estado de violencia en el cual derechos como la vida, libertad y seguridad de la mujer y los hijos se ve constantemente en peligro. Siendo necesario llegar a considerar apto aplicar la figura de la legítima defensa en estos casos de violencia permanente por el hecho de que la violencia contra la mujer como se ha mencionado no se trata de hechos aislados, sino de una situación de agresiones conjuntas a las cuales está siendo sometida la mujer en su vida cotidiana. Siendo para ellas casi imposible salir de dicho ciclo de la violencia por diversas circunstancias entre las cuales se encuentran razones de índole económica, social, psicológica e incluso por causa del propio agresor que le imposibilita salida alguna por medio de más agresiones o amenazas en contra de su vida, de su integridad o de sus familiares.

## **7.3 Propuesta normativa como solución a la problemática planteada**

Como es de conocimiento para todo aquel estudioso del derecho la aplicación de los requisitos mencionados en el caso de legítima defensa debe ser restrictivo al justificar un hecho típico y antijurídico que es entendido como culpable. Por lo cual la propuesta normativa como solución a la problemática planteada no busca transformar de ninguna manera los requisitos ya establecidos, en requisitos generales de no exigibilidad, mucho menos justificar la excesiva autoayuda, la venganza o represalias.

En esta subsección final se busca establecer una solución por medio de una ampliación textual a la normativa del artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal, así como una ampliación interpretativa a la normativa por medio de la perspectiva de género para casos concretos y especiales. Con el objetivo de llegar a una aplicación igualitaria de la “doctrina general de la legítima defensa, para casos en los cuales la mujer maltratada es quien agrede al hombre para defenderse de la violencia” (Larrauri, 2008, p.23).

Carolina Planes (2022) antropóloga especialista en temas de género y miembro de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) menciona que “el derecho penal es punitivo lo cual quiere decir que actúa ex post a la vulneración de derechos” (p.2). Por lo que una ampliación a la norma sobre la aplicación de la legítima defensa aplicando un enfoque de género en los casos de violencia permanente contra la mujer llega a ser necesario. Sobre todo, si se toma en consideración que los requisitos de legítima defensa han sido elaborados para determinadas situaciones o en determinado contexto, por lo que no es admisible que los juzgadores únicamente analicen, interpreten y apliquen de forma tradicional esta conducta ya que existen realidades jurídicas especiales en las cuales se requiere otro tipo de interpretación para su aplicación. Como solución normativa, he añadido dos incisos dentro del artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal. Los cuales son:

### **Tabla 1**

#### *Comparativo normativa actual vigente y propuesta normativa*

<p><b>Código Orgánico Integral Penal Actual</b></p>	<p>Art. 33.- Legítima defensa. - Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Agresión actual e ilegítima.</li> <li>2. Necesidad racional de la defensa.</li> <li>3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.</li> </ol>
---	--

<b>Agregado de propuesta normativa</b>	<p>a. En el caso de existir violencia permanente contra la mujer, se deberá analizar, comprobar y tomar en consideración el contexto de violencia, con la finalidad de que el juzgador conozca el historial de agresiones sufridas como parte de las circunstancias sobre las cuales el sujeto actuó.</p> <p>b. Los requisitos establecidos en este artículo deberán ser analizados bajo una perspectiva de género, cuando existan circunstancias especiales que así lo requieran.</p>
--	--

Nota: Información tomada de Código Orgánico Integral Penal (2014).

El fundamento a la reforma propuesta es que al ser la violencia contra la mujer una de las circunstancias especiales, se requiere un análisis ex ante adicional, por medio de una perspectiva individualizadora de los casos que se pueden presentar al respecto, ya no todos los casos en los cuales existió violencia permanente contra la mujer ameritan de la aplicación de la justificación a su conducta por lo que mencionada ampliación no se busca la vulneración del ordenamiento jurídico o del poder punitivo del Estado.

La obligación de los juzgadores de analizar los casos particulares desde una perspectiva de género no solo con un análisis convencional es un proceso por el cual se “busca integrar la igualdad sustantiva entre géneros” (ONU Mujeres, 2016). Esto con el objetivo futuro de transformar instituciones y normas que pueden llegar a ser discriminatorias o atentar contra la igualdad anhelada. Una vez que se analice la normativa con una perspectiva de género el juzgador tiene la posibilidad de establecer si en realidad existe un daño permanente. Esto con la finalidad de que se tome en cuenta el historial que ha vivido la víctima y así eliminar el injusto.

Finalmente, otro cambio necesario que se ha estado implementando pero que aún no es totalmente eficiente es sobre los procesos en los juicios de violencia de género, en donde se debe evitar la falta de sensibilidad hacia las víctimas de violencia, lo cual suele suceder en la doble victimización o llamada revictimización. Esto sucede al someter a la víctima a revivir en repetidas ocasiones los hechos sufridos o mediante exámenes muy invasivos, lo cual de acuerdo con la Comisión IDH sobre Derechos de la Mujer es inadmisibles. Este avance depende del desarrollo social y de la eficacia del sistema judicial para que la víctima no sea obligada a revivir los eventos

traumáticos al ser escuchada por una sola ocasión su declaración y al recibir el apoyo psicológico necesario del equipo multidisciplinario que deberá atender su caso.

## **8 Conclusiones**

La violencia siempre ha sido y será parte de la realidad de la sociedad. Como resultado el concepto de defensa ante esta violencia es de la misma forma esencial y necesaria, siendo la legítima defensa un avance sobre la simple defensa. Al ser regulada y contemplada por el ordenamiento jurídico se empieza a limitar su aplicación sin eliminar su finalidad que es permitir que quien está sufriendo de una agresión pueda llegar a defenderse. La investigación realizada se centró en una problemática social de violencia contra la mujer. En este contexto se llega a comprobar que es factible la aplicación de la legítima defensa al realizar un análisis con un enfoque de género cuando existan antecedentes de violencia permanente contra la mujer, en razón a las circunstancias especiales por las cuales está constituida, como es el hecho de que se presentan en cualquiera de los espacios en los cuales se relaciona la mujer y que su forma de expresión va más allá a la violencia física, resaltando también el carácter permanente en la agresión.

El primer requisito además de necesitar la existencia de la agresión ilegítima requiere probar que los bienes jurídicos se encuentren en un peligro actual y real a causa de la agresión. Por esta razón en casos de violencia permanente se llega a la conclusión de que al tener el carácter de permanencia la agresión es actual por el hecho de que los bienes jurídicos siguen encontrándose ante un peligro grave que llega a ser inminente justificando de esta manera la conducta defensiva ilícita.

La necesidad de la defensa es cuando un bien jurídico está siendo agredido o se encuentra ante un peligro de agresión. El carácter de racional por otro lado se refiere a la inexistencia de otro medio menos lesivo para llevar a cabo la defensa. Para determinar si es racional o no la necesidad de la defensa el juzgador deberá analizar la situación de violencia en conjunto y no como hechos aislados ya que en ocasiones otros medios resultaban ser ineficientes o no existían como se evidenció en los casos analizados. Se menciona que el método usado debe ser idóneo y eficiente para llevar a cabo la defensa, entendiendo como idóneo aquel que es útil para eliminar el peligro y detener la agresión. Este elemento está íntimamente relacionado con la proporcionalidad entre la defensa y el bien jurídico que ha sido agredido o se encuentra en peligro.

La falta de provocación suficiente por quien actúa en defensa del derecho se determinó como es lógico pensar que las mujeres que son víctimas de violencia no buscan ser agredidas, no

les gusta los golpes, ni maltratos, ni amenazas. Al encontrarse dentro del ciclo de la violencia, se encuentran encerradas en una situación que se mantiene agresiva permanentemente, sin ser causantes de los estallidos de agresiones.

Finalmente, con la propuesta normativa como solución a la problemática el derecho y la administración de justicia debe mantener una interpretación con perspectiva de género para casos especiales en los que se requiere ir más allá en la interpretación judicial a causa de la necesidad de adecuar el sistema jurídico para llegar a la igualdad, en el cual la víctima real de una situación de violencia no sea olvidada.

## 9 Referencias

- Amparo Directo en Revisión 6181/2016. (2016, 5 de diciembre). Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana. [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2018-02/ADR-6181-2016-180208.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-02/ADR-6181-2016-180208.pdf)
- Andrade, R. V. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I*, Ecuador. Ediciones de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asúa, L. J. (1953). *Tratado de derecho penal*. Jurídicas UNAM <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/25121/22527>
- Asúa, L. J. (2019). *Derecho penal, República, Exilio*. Dykinson. <https://core.ac.uk/download/pdf/288500753.pdf>
- Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. (2010, 30 de agosto). Corte Interamericana de Derechos Humanos (Diego García). <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf>
- Causa N° 69965 S. B. L. S. (2012, 16 de noviembre). Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (Dr. Ricardo R. Maidana y Dr. Carlos Á. Natiello). <https://es.scribd.com/document/317599061/Ver-Sentencia-69965-69966>
- Chamorro y Fuentes juicio no. 1095-2013. (2013, 25 de noviembre). Corte Nacional de Justicia (Wilson Merino Sánchez). [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala\\_penal/2014/R2008-2014-J1095-2013-LESIONES.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2014/R2008-2014-J1095-2013-LESIONES.pdf)

- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Asamblea Nacional. Registro Oficial S. 180. Art. 30, 33, 155, 156, 157, 158.  
<https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
- Código Penal de la Nación Argentina Ley 11.179. (1984). Congreso de la Nación Argentina. Art. 34.  
[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_penal\\_de\\_la\\_republica\\_argentina.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_de_la_republica_argentina.pdf)
- Código Penal. (1875, 12 de noviembre). Congreso Nacional. Art. 10.  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=2022-02-01>
- Código Procesal Penal. (2000, 12 de diciembre). Congreso Nacional de Chile. Art. 374.  
[https://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res40.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res40.pdf)
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW]. (2017, 26 de julio). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. *Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19.*  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Consejo Nacional de la Igualdad. (2014). *La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la encuesta nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres.*  
[https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia\\_de\\_gnero\\_ecuador.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia_de_gnero_ecuador.pdf)
- Constitución de la república del Ecuador. (2008). Asamblea Nacional. Registro Oficial 449. Art. 11, 48, 425. <https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998>
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 9 de junio, 1994, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Correa, M. (2016). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación* [Tesis de pregrado, Universidad Autónoma de Madrid].  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=53790>
- Cuello, E. (1952). *Derecho penal y ciencias penales.* <https://doi.org/ANU-P-1952-30051200513>
- Delgado, K. (2022, mayo 5). Los hombres también son víctimas de violencia física y psicológica, pero las denuncias son mínimas debido a los estigmas según los especialistas. *El Universo*  
<https://www.eluniverso.com/larevista/salud/los-hombres-tambien-son-victimas-de->

[violencia-fisica-y-psicologica-pero-las-denuncias-son-minimas-debido-a-los-estigmas-segun-los-especialistas-nota/](#)

Echandía, A. R. (1974). *La antijuridicidad penal* [Tesis de pregrado, Universidad Externado de Colombia].

Flores, R. J. (2020). *La legítima defensa*. [Trabajo de grado, Universidad Nacional del Altiplano]. Archivo digital.  
[https://derecho.unap.edu.pe/temis/files/original/1/4/MONOGRAFIA\\_LEGITIMA\\_DE\\_FENSA\\_Flores\\_Ruelas\\_Jennifer\\_\[1\].pdf](https://derecho.unap.edu.pe/temis/files/original/1/4/MONOGRAFIA_LEGITIMA_DE_FENSA_Flores_Ruelas_Jennifer_[1].pdf)

Fondo de Población para las Naciones Unidas [UNFPA]. (2021, 24 de marzo). *Violencia basada en género en las fronteras: un problema ahondado por la pandemia*. UNFPA Ecuador.  
<https://ecuador.unfpa.org/es/news/violencia-basada-en-g%C3%A9nero-en-las-fronteras-un-problema-ahondado-por-la-pandemia>

García, H. M. (1980). *La legítima defensa*. [Tesis de grado, Universidad Autónoma de Nuevo León]. Archivo digital. <http://eprints.uanl.mx/612/1/1020124908.PDF>.

Garrido, M. M. y Velásquez, L. E. (2007). *Derecho penal parte general Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.

Gil, A. (2006). *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Rubinzal

Giuseppe, M. y Giuseppe, B. (1965). *Derecho Penal*. Témis.

Guerra, E. R. (2018). Sentido y límites de la inevitabilidad en el estado de necesidad. *Scielo*, 24(3), 67–108. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122018000300067>

Larrauri, E. (2008). *Mujeres y sistema penal violencia doméstica*. Euro Editores.

Ley 20.066. (2005, 7 de octubre). Congreso Nacional de Chile. Art. 5, Art. 7.  
[https://oig.cepal.org/sites/default/files/2005\\_chl\\_ley20066.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2005_chl_ley20066.pdf)

Ley 20.480. (2010, 18 de diciembre). Congreso Nacional de Chile.  
<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1021343>

Ley 599. (2000, 24 de julio). Congreso de Colombia. Art. 32.  
[https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_col\\_ley\\_599\\_2000.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_599_2000.pdf)

Ley Integral 348. (2013, 9 de marzo). Asamblea Legislativa Plurinacional. Art. 7.  
[https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013\\_bol\\_ley348.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_bol_ley348.pdf)

- Ley Orgánica 1/2004. (2004, 29 de diciembre). Legislación Consolidada. Art.1.1.  
<https://www.boe.es/buscar/pdf/2004/BOE-A-2004-21760-consolidado.pdf>
- Ley Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres Ley 103. (2007). Asamblea Nacional. Registro Oficial S. 175. Art. 7.  
<https://fielweb.puce.elogim.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998>
- López, Y. M. (2016). *Evolución de la institución jurídica de la legítima defensa en el derecho penal colombiano*. [Tesis de grado, Universidad Cooperativa de Colombia]. Archivo digital.  
[https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/8823/1/2016\\_evolucion\\_institucion\\_juridica.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/8823/1/2016_evolucion_institucion_juridica.pdf)
- Luzón, D. (1996). *Curso de Derecho penal parte general I*. Universitas.  
<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24751/19612>.
- Martínez, P. A. (2016). *La violencia conceptualización y elementos para su estudio*. Política y Cultura. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26748252001>
- Maurach, R. y Zipf, H. (1994). *Derecho penal Parte General*. Astrea.
- Mejía, S. y Lizcano, C. (1998). *Requisitos de la legítima defensa en la legislación colombiana* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana de Colombia].
- Ministerio de La Mujer Y Poblaciones Vulnerables Perú. (2017). *Conceptos Fundamentales Para la Transversalización del Enfoque de Género*.  
<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dcteg/Folleto-Conceptos-Fundamentales.pdf>.
- Mir, P. S. (1995). *Derecho Penal*. Reppertor.
- Muñoz, C. y García, A. (2010). *Derecho penal parte general*. Tirant lo Blanch.
- ONU Mujeres. (2018). *Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*.  
<https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence#:~:text=La%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%20se,la%20existencia%20de%20normas%20da%C3%B1inas>.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*. United Nations.

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/Convention-CEDAW-Spanish.pdf>.

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (2018, del 3 al 5 de diciembre). Decimoquinta Reunión del Comité de Expertas [conferencia]. *Recomendación General del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres*, Washington D.C., Estados Unidos. <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.249-ES.pdf>

Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2003). *Prevención de la violencia*. <https://www.paho.org/es/temas/prevencion-violencia>

Oyarte, R. A. (1998). *La legítima defensa en el derecho internacional*. Tirant.

Politoff, S., Matus, J. P. y Ramírez, M. C. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno parte general*. Editorial Jurídica de Chile. [https://www.academia.edu/27752045/LECCIONES\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_CHILENO\\_PARTE\\_GENERAL\\_Sergio\\_Politoff\\_Jean\\_Pierre\\_Matus\\_y\\_Mar%C3%ADa\\_Cecilia\\_Ramirez](https://www.academia.edu/27752045/LECCIONES_DE_DERECHO_PENAL_CHILENO_PARTE_GENERAL_Sergio_Politoff_Jean_Pierre_Matus_y_Mar%C3%ADa_Cecilia_Ramirez)

Regueiro, R. D. (2012). *La legítima defensa en el derecho Internacional*. Európolis. [https://iugm.es/wp-content/uploads/2016/07/la\\_legitima\\_defensa.pdf](https://iugm.es/wp-content/uploads/2016/07/la_legitima_defensa.pdf)

Rosen, C. J. (1986). The Excuse of Self-Defense: Correcting a historical accident on behalf of battered women who kill. *The American University Law Review*, 36(11), p. 34. [https://www.academia.edu/27752045/LECCIONES\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_CHILENO\\_PARTE\\_GENERAL\\_Sergio\\_Politoff\\_Jean\\_Pierre\\_Matus\\_y\\_Mar%C3%ADa\\_Cecilia\\_Ramirez](https://www.academia.edu/27752045/LECCIONES_DE_DERECHO_PENAL_CHILENO_PARTE_GENERAL_Sergio_Politoff_Jean_Pierre_Matus_y_Mar%C3%ADa_Cecilia_Ramirez)

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas. [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho\\_penal\\_-\\_parte\\_general\\_-\\_claus\\_roxin-LP.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf)

Sagot, M. (2000). *Ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina*. [https://www.researchgate.net/publication/255961541\\_Ruta\\_Critica\\_de\\_las\\_Mujeres\\_Afectadas\\_por\\_la\\_Violencia\\_Intrafamiliar\\_en\\_America\\_Latina\\_Estudios\\_de\\_caso\\_de\\_10\\_paises](https://www.researchgate.net/publication/255961541_Ruta_Critica_de_las_Mujeres_Afectadas_por_la_Violencia_Intrafamiliar_en_America_Latina_Estudios_de_caso_de_10_paises)

Sandoval, J. (2013). *Legítima defensa*. Temis.

- Scheper, N. y Bourgois, P. (2003). *Violence in war and peace an anthology*. Blackwell  
[https://www.researchgate.net/publication/292248796\\_Violence\\_in\\_War\\_and\\_Peace](https://www.researchgate.net/publication/292248796_Violence_in_War_and_Peace)
- Sentencia causa RUC N° 1901157164-9, RIT 35-2021. (2021, 7 de junio). Corte de Apelaciones de Antofagasta (Eric Darío Sepúlveda). [file:///C:/Users/Dell/Downloads/35-2021%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Dell/Downloads/35-2021%20(1).pdf)
- Sisco, L. (1949). *La defensa justa*. Ateneo.
- Slavoj, Z. (2009). *Sobre la violencia: seis reflexiones marginales*. Paidós.  
<http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/05/ZIZEK-Slavo-Sobre-la-violencia.pdf>
- Velásquez, L. E. (1962). *Lecciones de Derecho Penal*. [Tesis de pregrado, Universidad de Antioquia de Colombia].
- Villegas, M. (2010). Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. *Scielo*, 23(2), 149-174.  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000200008](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200008)
- Von, J. R. (2018). *La lucha por el derecho*. Dykinson. <https://doi.org/M-42573-2018>
- Walker, L. E. (2009). *The Battered Woman Syndrome*. Third
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal: Parte general*. Ediar.  
[https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20\(Ed%202%202006\)%20\(1\).pdf](https://www.zonalegal.net/uploads/documento/Zaffaroni-Manual%20de%20Derecho%20Penal%20Parte%20General%20(Ed%202%202006)%20(1).pdf)