

PUBLICACIONES
AD·HOC

Doctrina

Legítima defensa ejercida
por víctimas de violencia de género:
Aproximaciones iusfilosóficas
y dogmáticas de su procedencia
en supuestos especiales

AGUSTÍN T. MÁRQUEZ

8

9|2020

LEGÍTIMA DEFENSA EJERCIDA POR VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: APROXIMACIONES FILOSÓFICAS Y DOGMÁTICAS DE SU PROCEDENCIA EN SUPUESTOS ESPECIALES

■ AGUSTÍN T. MÁRQUEZ ■

Diplomatura en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Católica de Santa Fe)

1. *Introito a la temática*

En esta oportunidad, trataremos de esbozar de forma concisa, las directrices o lineamientos básicos a tenerse en cuenta en aquellos casos donde se tornaría operativa la causa de justificación estipulada en el art. 34, inc. 6° del C.P. argentino —conocida como legítima defensa— en aquellos supuestos donde, quien ejecuta dicha acción típica

justificada es una víctima de violencia de género o, en otras palabras, es una persona que se encuentra sometida a este contexto violento en razón del género.

Además, cabe destacar que, para poder lograr dicho esbozo neurálgico del presente artículo académico, utilizaremos como derrotero los componentes esenciales conceptuales

tanto de la legítima defensa como también de aquellas particularidades que no se pueden dejar de lado cuando se elucubra la violencia de género enfocada desde un prisma socio-jurídico. Por su parte, también nos valdremos de los elementos brindados por la victimología en estos factos con relevancia jurídico-penal.

Por último solo nos restaría aglutinar los componentes lógico-conceptuales utilizados, para así poder concluir con una opinión más acabada del tópico traído a colación.

2.1. Componentes dogmáticos básicos de la legítima defensa

Para dar un buen puntapié inicial a este periplo analítico de este instituto jurídico tan conocido en el ámbito —principalmente en el universo penal— es necesario avizorar cómo lo trata nuestra legislación vernácula —esto nos permitirá poder circunscribir mejor el objeto de análisis

escogido en esta ocasión—, y para ello, debemos situarnos en el Código Penal, en su art. 34, inc. 6º, párr. 1º. Dicha normativa reza lo siguiente: “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”.

Dejando impreso o plasmado los requisitos o circunstancias esenciales insoslayables para la procedencia de dicha causa de justificación, consideramos de suma valía y necesidad, ejercer la hermenéutica correspondiente de cada una de ellas —adelantamos que *a posteriori*, las circunstancias o requisitos que escudriñaremos con mayor amplitud son los previstos en los subincs. a) y b), ya que, según nuestro entendimiento, son el eje primordial de los fundamentos a brindarse sobre su procedencia en casos especiales— como también

pondremos énfasis en la importancia que detenta la existencia e identificación del o de los derechos subyacentes a protegerse o defenderse con la ejecución de la conducta típica justificada.

Comenzaremos por el abordaje —de manera somera e introductoria— de qué es una causa de justificación; proseguiremos por dilucidar qué es precisamente la legítima defensa; luego pasaremos a observar y desarrollar los requisitos tipificados en los respectivos subincs. a), b) y c) de la presente regulación normativa citada y, ulteriormente, retrocederemos a la primera parte del inc. 6º, para ejercer la exégesis pertinente respecto de en virtud de qué derechos puede tornarse operativa la legítima defensa.

Una causa de justificación en la órbita jurídica es —como ya lo hemos dicho con antelación en otro trabajo doctrinario¹— aquella

que representa la faz negativa de la antijuridicidad, ya que si bien la conducta realizada puede ser típica —suponiendo que se lleve a cabo una acción o hecho tipificado por la legislación penal vigente como delito—, no la torna contraria al ordenamiento jurídico. Por lo cual, dicho facto está amparado en la misma norma, lo que —siguiendo el criterio unitario que detenta la antijuridicidad— no contrariaría la totalidad del ordenamiento jurídico, *ergo* no sería pasible de responder en ninguna de las ramas restantes del derecho. Parafraseando lo antedicho, una causa de justificación —o las causas de justificación en general— es una especie de permiso que —con perdón de la tautología— ante ciertas circunstancias justificaría dicho proceder del ejecutor. En virtud de lo que hemos expresado apriorísticamente, es dable preguntarnos ¿qué

¹ MÁRQUEZ, Agustín T.: “Exceso en las causas de justificación: Importancia de la elucubración dogmática extrapolada a la praxis forense”, en *Revista de Pensamiento Penal*, link [http://](http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48450-exceso-causas-justificacion-importancia-elucubracion-dogmatica-extrapolada-praxis)

www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48450-exceso-causas-justificacion-importancia-elucubracion-dogmatica-extrapolada-praxis

significa que un hecho esté permitido por el ordenamiento jurídico? Muy bien, para precisar la respuesta a este interrogante, debemos partir de la base de que un hecho se encuentre permitido no quiere decir que este alentado por el ordenamiento jurídico, sino que este no lo reprueba, lo cual, conduce a concebirse que dicho hecho se encuentra habilitado. Para darle aún mayor precisión al tratamiento de la permisibilidad de acciones en el ordenamiento jurídico, juzgamos correcto repreguntarnos ¿qué comportamientos están permitidos por el derecho? Para resolver esta incógnita, haremos propias las ideas del Dr. Prof. Ricardo Carlos María Álvarez,² quien cita con precisión la clasificación hecha por Von Wright en relación con los permisos. Estos pueden agruparse en permisos o permisiones débiles y

fuertes. El primer grupo —permisiones débiles— aglutina aquellas conductas que nunca estuvieron o no están prohibidas por el ordenamiento jurídico, ya que —como bien lo manifiesta *in voce* el Dr. Álvarez— “gozamos de un estatuto de libertad previo a la ley”, lo que nos permite que nos desenvolvamos en ese ámbito de libertad. Por otro lado, el segundo grupo —permisiones fuertes— engloba aquellos comportamientos que en principio están prohibidos, pero que en virtud de otra norma encuentran una habilitación para desarrollarse. Como es obvio, el grupo de permisiones que nos interesa en este momento es el segundo, es decir, el de las permisiones fuertes.

Prosiguiendo con el desarrollo de este lacónico artículo, debemos ahondar, en uno de los aspectos medulares del presente trabajo, que es precisamente la legítima defensa como tal. Como ya hemos dicho a modo de presentación, esta causa de justificación, se encuentra prevista en nuestro

² ÁLVAREZ, Ricardo C. M.: “Especialización en Defensa y Garantías. Módulo 2. Antijuridicidad”, minuto 2:00 a 3:10. Video consultado el 20/8/2020, disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=vUi69oWBAqc>

Código Penal, en su art. 34, inc. 6º, donde contiene o indica las circunstancias en las cuales se tornaría procedente —si no existen dichas circunstancias en el caso concreto, el acto defensivo no será legítimo, lo que conducirá a que no se encontrara justificado por el ordenamiento jurídico.

Entrando en materia podemos decir que la legítima defensa es como tal una causa de justificación, la cual se torna procedente —por lo menos en nuestro ordenamiento jurídico— cuando es utilizada para hacerle frente a una agresión ilegítima, empleando un medio racional-necesario para impedir o repeler la agresión en cuestión y que a su vez, quien se defiende no ha generado una provocación suficiente para que —*prima facie*— el agresor ejecutara dicha conducta lesiva. Por su parte, Fontán Balestra conceptualiza a esta justificante como, la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima y no provocada de un bien jurídico, actual

o inminente, amenazado por la acción de un ser humano.³

Hecha esta conceptualización, nos circunscribiremos a escudriñar las circunstancias que permiten que dicha justificación se torne procedente. Para ello trataremos de desentrañar el alcance y las precisiones a tenerse en cuenta de los requisitos que —como hemos dicho en reiteradas oportunidades— tornan legítima a la reacción defensiva ejercida en el caso concreto.

2.1.1. AGRESIÓN ILEGÍTIMA

Seguiremos las enseñanzas dejadas por el maestro alemán Hans Welzel —y confiaremos en la traducción al español que los juristas chilenos Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez han hecho de su obra *Derecho penal alemán*— cuando enuncia:

³ GENTILE BERSANO, Fernando: *Derecho penal. Parte General*, Librería Cívica, Santa Fe, 2019, p. 216.

Por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana. Por principio, la agresión debe ser una conducta positiva, no un puro “no hacer nada”; pero también es agresión la realización de un delito de comisión por omisión, por ejemplo no llamar a un perro bravo. Para el concepto de agresión es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana (...) [Cabe aclarar que] contra agresiones provenientes de los animales procede el estado de necesidad.⁴

De lo expuesto *ut supra*, se desprende que la agresión debe ser en principio una conducta

humana y agresiva. Además es correcto que agreguemos que ella debe ser antijurídica y actual.

a) *Conducta humana*

Como lo hemos indicado con antelación, la acción que posibilita a que se materialice una reacción defensiva —justificada— para impedirla o repelela debe ser —dicha acción— una *conducta humana*, por ende se descarta la agresión proferida por animales —contra estos ataques procede la causa de justificación del estado de necesidad, valga la redundancia, justificante—. Esta conducta humana debe tener los elementos constitutivos de la acción o conducta que constituyen el primer estamento de la teoría del delito, es decir, que debe ser voluntaria y exteriorizada⁵ —se descarta toda conducta involuntaria, v. gr.

⁴ WELZEL, Hans: *Derecho penal alemán*, 11ª ed. alemana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed. castellana, Santiago de Chile, 1997, p. 101.

⁵ TERRAGNI, Marco A.: *Tratado de derecho penal*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 513.

los actos reflejos, ya que, según nuestro entendimiento es dable que se torne operativa una actuación bajo las reglas del estado de necesidad, y dependiendo de la ponderación de males que colisionan, vislumbraremos en el caso concreto si es justificante o exculpante.

b) *Conducta agresiva*

Ya hemos mencionado que la conducta debe ser humana, en el sentido antes dado, y también debe ser agresiva. Es lógico tener en cuenta que una conducta humana agresiva debe desplegar un ataque, el cual —como bien lo indica el profesor Zaffaroni— implica “(...) la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión”.⁶ En virtud de esto podemos avizorar, que una conducta agresiva será aquella que es voluntaria, por ende, las

acciones humanas dolosas e imprudentes con representación serán consideradas agresivas por el simple hecho de ser voluntarias. Lo mismo rige —como bien lo plantea Welzel en el extracto que hemos transcrito *ut supra*— para las omisiones impropias o las comisiones por omisiones.

c) *Conducta antijurídica*

A su vez, la conducta humana agresiva debe ser antijurídica, es decir, que debe contrariar el ordenamiento jurídico en su conjunto, atendiendo al carácter unitario que detenta la antijuridicidad —lo que queremos dejar en claro con esto es que entendemos como conducta antijurídica no solo aquellas que vilipendian solo el universo jurídico-penal vigente, entiéndase las conductas tipificadas como delitos, sino también, aquellas que vapulean otras ramas del derecho—. Parafraseando lo antedicho, podemos tomar la ideología compartida por Welzel,

⁶ ZAFFARONI, E. Raúl: *Tratado de derecho penal. Parte General*, t. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 597.

Stratenwerth, Jescheck y por supuesto, por Zaffaroni, quien es quien cita a estos autores, al manifestar que “es agresión antijurídica (...) toda conducta que afecta bienes jurídicos sin derecho”.⁷

d) *Actualidad de la agresión ilegítima*

En último lugar, la agresión humana, agresiva y antijurídica debe ser actual. Entendemos que este acápite del presente trabajo doctrinario es uno de los más importantes, o que en él podremos plasmar componentes que tributarán a erigir el meollo de la disyuntiva planteada.

La actualidad de la agresión ilegítima debe ser enfocada desde el prisma legal, es decir, debemos remitirnos a la normativa vigente que estructura la legítima defensa. En ella encontramos los verbos *impedir* y *repeler*, marcando

los límites temporales.⁸ Dicho de otro modo, podemos expresar que, el plazo en el cual oscilará la actualidad de la agresión —es decir, el lapso en el que la reacción defensiva será legítima si cumple con los demás condimentos jurídicos necesarios para su procedencia— iniciaría desde que haya una amenaza inmediata —analizada *ex ante* por el agredido— hasta que ella cesara.

Antes de inmiscuirnos con mayor firmeza en el análisis propiamente dicho de la actualidad de la agresión, es necesario elucidar, qué implicancia o qué relevancia jurídica detentan los verbos *impedir* y *repeler*. El primero alude a la idea de imposibilitar que la agresión se concrete en obrar, mientras que el segundo refiere a rechazar o hacer cesar el curso lesivo dominado e iniciado por el agresor.⁹

Retrotrayendo o enderezando nuevamente las riendas del

⁷ Ídem, p. 599.

⁸ TERRAGNI: Ob. cit., p. 515.

⁹ Ibídem.

desarrollo del presente ensayo, analizaremos más detalladamente qué implica que una agresión sea *actual*. Va a ser actual cuando se desenvuelva en el plazo o transcurso mencionado *ut supra*. Algunos entienden que su actualidad lleva consigo la inminencia; otros entienden que la actualidad alude a la agresión que se encuentra en curso, y que es pasible de una reacción defensiva que la repela. A su vez, ella puede ser inminente cuando el ofensor ostentara en sí mismo una decisión irrevocable de dar comienzo a dicha conducta agresiva. Contra esta agresión inminente podrá efectuarse una reacción defensiva tendiente a impedir su desenlace.¹⁰

Pondremos énfasis primordialmente, en el *cuándo* inicia la posibilidad de defenderse más que en el *hasta cuándo*, ya que esto nos servirá como artillero constitutivo para nuestra conclusión. Zaffaroni pregona

que el comienzo del *iter* defensivo ocurre desde que se hace ostensible o se exterioriza la voluntad de agredir, en aquellos actos en que el agente tiene los medios idóneos para dicho cometido, es decir, que puede materializar la agresión en cualquier momento —esto genera o provoca un peligro inmediato para los bienes jurídicos en juego de quien será la víctima de dicha agresión.¹¹

Otro aspecto a destacar, que servirá para precisar aún más la actualidad requerida de la agresión, es que debemos tener presente que —como argumentadamente lo propugna Zaffaroni— “el hombre halla su sentido en el tiempo y conforme a la comprensión del tiempo se comprende a sí mismo y al mundo: cuando conforme a esta comprensión temporaria la agresión es inminente, no importa que no lo sea en sentido temporal”.¹²

¹⁰ GENTILE BERSANO: ob. cit., p. 218.

¹¹ ZAFFARONI: ob. cit., pp. 603 y 604.

¹² *Ibidem*.

A lo vertido en el párrafo anterior, queremos agregarle y dejar sentado que concebimos a la actualidad de la agresión no solo en un sentido prístinamente temporal sino *contextual*. En otras palabras, quien reacciona frente a la agresión, debe hacer un análisis *ex ante* atendiendo a todas las circunstancias fácticas que detenta en el momento en que ejecuta el acto defensivo con miras de salvaguardar sus derechos o bienes jurídicos en juego.

En virtud de expuesto *a priori*, podemos entender —al igual que lo hace el jurista Viñas— que en los delitos continuados¹³ —que por supuesto ofenden derechos de las víctimas— se tornaría operativa una defensa legítima para proteger los derechos afectados de la víctima —no olvidemos que la legítima defensa debe ser utilizada para proteger bienes jurídicos o derechos y no para prevenir

delitos— ya que la actualidad de la conducta lesiva se mantendría vigente hasta que se cumpla el último acto constitutivo dañino del plan criminal del autor.

2.1.2. NECESIDAD DE RACIONALIDAD DEL MEDIO EMPLEADO

Como sostenía —y aún lo debe seguir haciendo— en sus clases el Dr. Néstor Oroño, “la letra de la ley es sabia, porque habla de *necesidad racional* y no de *proporcionalidad*” —entendida esta última como un mero análisis igualitario-cualitativo, es decir, si el agresor ataca son un cuchillo, el defendido solo puede reaccionar con un cuchillo—. En idéntico sentido analítico se conduce Zaffaroni, ya que indica que, si bien se debe atender a la necesidad del medio lesivo empleado, dicha necesidad no puede salirse de los andariveles de la racionalidad.¹⁴ Por su parte, Bacigalupo entiende que

¹³ VIÑAS, Raúl: *Derecho penal. Parte General*, t. I, Nova Tesis, Rosario 2007, p. 465.

¹⁴ ZAFFARONI: ob. cit., p. 590.

la reacción defensiva será racional cuando sea idónea o adecuada para impedir o repelar una agresión ilegítima. Para echarle mayor luz a esta cuestión, citaremos textualmente las ideas del mencionado jurista:

La relación entre la agresión y la acción necesaria para impedirla o repelerla, por tanto, debe ser tal que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. No se debe confundir la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión.¹⁵

Hechas estas aclaraciones sobre la racionalidad que debe detentar la necesidad, tildamos correcto explayarnos precisamente sobre la necesidad del empleo del medio utilizado para impedir o repeler la agresión. Para esto, nos valdremos de lo compartido por los juristas alemanes Hilgendorf y Valerius, ya que creemos que es oportuno tomar sus enseñanzas, porque los dispositivos legales del país alemán, que regulan este instituto jurídico guardan cierta similitud con las exigencias previstas en nuestra ley vigente. Dicha regulación se encuentra en el StGB, en su § 32, y reza lo siguiente: “1) Quien cometa un hecho que sea imperioso para ejercer una legítima defensa no actúa antijurídicamente; 2) La legítima defensa es la defensa necesaria para repeler una agresión actual antijurídica contra sí mismo o contra un tercero.”

Como bien dice dicho texto legal foráneo, la defensa debe ser necesaria, es por ello que, estos autores mencionados comprende que la necesidad de

¹⁵ BACIGALUPO, Enrique: *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 369.

la defensa transita por tomar en cuenta los hechos objetivos y las circunstancias concretas del caso individual, analizadas de manera *ex ante* desde el prisma de un tercero objetivo y prudente.¹⁶

2.1.3. FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE POR PARTE DE QUIEN SE DEFIENDE

No nos extenderemos en demasía en este punto, ya que creemos que no podremos dejar sentados ciertos componentes dogmáticos para luego recoger en el tratamiento del meollo del presente ensayo. No obstante, podemos decir que, cuando la ley indica que no debe existir provocación por parte del que reacciona frente al estímulo agresivo del agente, alude a que este no haya sido el generador o el causante de la conducta del agresor, es decir, no debe

haberla iniciado.¹⁷ Cabe destacar que la ley no solo estipula como óbice a la procedencia de este instituto la provocación por parte del defendido, sino que esta —la provocación— debe ser *suficiente*, es decir, debe ser apta o idónea para generar en el agresor una reacción iracunda o lesiva para con el provocador. V. gr., no sería provocación suficiente, que una persona entone un insulto a modo de broma, y que dicho impropio chistoso genere la producción de un curso causal lesivo por parte del insultado, provocándole la muerte al primero en cuestión.

2.1.4. DERECHOS PASIBLES DE DEFENSA LEGÍTIMA

Para dilucidar qué derechos son pasibles de ser protegidos por la legítima defensa, es dable reconocer que ha habido un falso conocimiento que ronda sobre ellos, ya que solo

¹⁶ HILGENDORF, ERIC, y VALERIUS, BRIAN: *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed. alemana, trad. de Marcelo Sancinetti y Leandro Díaz, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 95.

¹⁷ TERRAGNI: ob. cit., p. 517.

se consideraban defendibles los bienes jurídicos o derechos de mayor jerarquía, como por ejemplo la vida, la incolumidad física y la libertad. Como hemos dicho, esto es incorrecto ya que, como bien menciona Jakobs, “El alcance de los bienes susceptibles de legítima defensa no se orienta exclusivamente por su protección jurídico-penal; está comprendido, más allá de los bienes jurídico-penalmente protegidos, todo bien jurídicamente protegido, configurado absolutamente (...)”.¹⁸ Dicho en otras palabras, cualquier derecho reconocido por el ordenamiento jurídico es defendible, no solo los que hemos traído a colación al inicio de este acápite —como mal se creía—. Es más, son pasibles de legítima defensa aquellos derechos protegidos por otras ramas del derecho no pertenecientes a la órbita penal.

2.2. Fundamentos iusfilosóficos de la legítima defensa

Consideramos de suma vitalidad utilizar aproximaciones iusfilosóficas para el tratamiento o estudio de la temática en cuestión. Como bien es sabido, la filosofía en general, intenta desentrañar las causas primeras y las razones últimas de las cosas. Por su parte, la filosofía del derecho intenta —por supuesto— encontrar las causas primeras y las razones últimas del derecho. Ahora bien, en este caso ceñiremos aún más el objeto de estudio, y nos dedicaremos a aproximar las causas primeras y las razones últimas de la legítima defensa. En otras palabras, intentaremos dejar plasmadas algunas apreciaciones que serán conducentes para comprender su naturaleza o fundamento y el alcance que puede tener la reacción defensiva en relación con la agresión ejecutada por el agresor.

Comenzaremos por esbozar cuál es el fundamento de la legítima defensa. Para ello intentaremos

¹⁸ JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. alemana, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 458.

determinar qué intenta proteger en última instancia, es decir, si busca salvaguardar el derecho o bien jurídico en peligro que ostenta quien se defiende o si en realidad persigue proteger al derecho en su totalidad, es decir, reafirmar la vitalidad del ordenamiento jurídico.

Abocándonos al último presunto fundamento subyacente mencionado —que la legítima defensa tiene en miras proteger o afirmar la vigencia del derecho, lo que lleva consigo, la protección de la sociedad en su conjunto de forma indirecta— podemos decir, que debajo del cascarón argumentativo que envuelve tal fundamento, hay una corriente utilitarista que lo nutre. Para precisar mejor lo que queremos exponer con lo dicho, es dable dejar en claro que el utilitarismo —a muy grandes rasgos— se cimienta en dos elementos constitutivos que se ponderan mutuamente. Estos elementos son el *placer* y el *dolor*, que son pesados o contrapesados con relación a lo que produzcan a la sociedad en su conjunto.

En términos más claros, lo que queremos dejar sentado es que, una conducta será más útil —por ende, más beneficiosa— cuando genere mayor placer —entendido a este como todos los productos “buenos”, “benévolos” o, valga la redundancia, útiles— que dolor social. Ahora bien, extrapolando esta concepción utilitaria a la faz analítica de la legítima defensa, podemos exponer que la reacción defensiva racional encuentra su fundamento iusfilosófico, en el mayor placer social que genera, ya que, al no cesar ante el ilícito, cumple uno de los fines últimos del derecho penal —enfocado desde una perspectiva afflictiva o punitivista, y no limitadora de la intervención del poder punitivo estatal— que es castigar o repeler delitos, y como en estos casos el Estado llega tarde para cumplir tal función, se lo confiere al particular —limitado por las circunstancias mencionadas con anterioridad— posibilidad de recurrir a las vías de hecho.

Ahora bien, antes de pasar a desarrollar el primer presunto

fundamento mencionado, es dable mencionar que esta puja entre una argumentación ontológica individualista —primer supuesto— o de defensa social —segundo supuesto—, no es nueva —si bien, aún hoy podemos decir que cierta forma se encuentra vigente—, ya que dicha discusión proviene de las “contestaciones” de forma indirecta por parte de Santo Tomás en relación con las expresiones volcadas por San Agustín.¹⁹ San Agustín propugna una visión “social” del fundamento último de la defensa legítima, ya que —siguiendo lo expuesto por Zaffaroni en su obra— ella no puede justificar la muerte del agresor, porque quien reacciona actúa guiado por la razón humana, lo cual lo diferencia de los animales. Además, habrían una ostensible colisión o choque entre la Ley Humana con la Ley Divina.²⁰ Por su parte, Santo Tomás sostenía lo contrario, al manifestar que el agredido —siguiendo la teoría del

“voluntario indirecto”— no pretende matar intencionalmente al ofensor, sino que, enfoca teleológicamente su reacción defensiva a la preservación de su propia vida.²¹ Cabe agregar que, para Santo Tomás, la legítima defensa es un derecho natural subsiguiente.

Para comprender con mayor elocuencia lo que quería decir Santo Tomás al tildar a la defensa legítima como un “derecho natural subsiguiente”, consideramos acertado hacer una breve digresión acerca de qué era lo “justo natural” para él, y qué tipos de derechos estaban inmersos. Como punto de partida, lo “justo natural” es aquello que le es debido al hombre por su propio estatuto ontológico, es decir, por el simple hecho de ser hombre. En virtud de esto, se derivan dos tipos de derechos atendiendo al grado de naturalidad. Por un lado, hay derechos Naturales originarios —que a su vez se

¹⁹ ZAFFARONI: Ob. cit., p. 589.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

subdividen en derechos primarios y derivados— que como hemos dicho, se derivan solo y exclusivamente de su naturaleza humana, y por otro lado, se localizan los derechos naturales subsiguientes —aquí, como lo hemos expuesto, se encuentra la legítima defensa— los que si bien le corresponden al hombre por su propio acto de ser y esencia humana, ellos se derivan de los derechos naturales originarios con relación a la existencia de una situación fáctica creada por otro hombre ajeno a él. Ejemplificando lo antedicho, creemos conveniente decir que un derecho natural originario es la vida de una persona puesta en peligro por una conducta humana voluntaria lesiva, y la posibilidad o el derecho de interrumpir o impedir esa agresión es, precisamente, la defensa legítima como manifestación subsiguiente al derecho natural originario de la vida. Esta idea no era sostenida en soledad por Santo Tomás ya que, como enseñaba Maggiorre, era pregonada por Cicerón, el cual concebía dicho

derecho como una ley innata no escrita.²²

Recapitulando, queremos expresar que por parte nuestra, consideramos atinado fundamentar el instituto de la legítima defensa desde una perspectiva individualista, la cual puede tener diversos matices. Según Luis Greco,²³ podemos decir que hay tres grandes grupos de fundamentos últimos del instituto en cuestión. Estos grupos son: a) individualismo clásico, b) dualismo, y c) individualismo moderno. Los grupos a) y c) —ambos no exigen utilizar como medio menos lesivo la retirada del lugar en vez de reaccionar contra la agresión ejercida por el atacante, ya que esto implicaría un desmedro a la libertad del sujeto que se defiende—, nos servirán para explicar y adunar el primer fundamento mencionado con anterioridad —individualista en contraposición al fundamento social—

²² VIÑAS: ob. cit., p. 457.

²³ GRECO, Luis: "Legítima defensa de animales", trad. de Yamila Fakhouri Gómez, en *Nuevo Foro Penal*, 92, 2019, pp. 33-35.

que nos encontramos en deuda hasta el momento, y solo hemos plasmado ciertas ideas sueltas vertidas por Santo Tomás en respuesta a San Agustín, que si bien Zaffaroni entiende que esta contiene —individualismo vs. fundamento social—, proviene de las explicaciones de los dos estudiosos mencionados, creemos que en cierta forma, San Agustín, no representaba o no ha dejado bien impreso, los fundamentos sociales a la legítima defensa, tal y como se los comprende hoy.

Encausando nuevamente el eje a exponer, el grupo a) mencionado por Luis Greco, hace alusión a que el sujeto pasivo de una agresión ilegítima, no tiene por qué retirarse del lugar —si así lo pudiera— porque esto implicaría una ofensa no solo a su libertad de decisión, sino también a su honor caballeresco, por lo cual, la defensa de su derecho debe ser íntegra y no debe atender a cuestiones exógenas sociales o a reafirmar el derecho en general, sino que debe proteger el derecho

individual vapuleado por el agresor dentro de los límites legales establecidos para dicha defensa.

El grupo b) tributa a la idea utilitarista o social impresa *ut supra*, la cual lleva en sí misma un argumento supraindividual que salvaguarda el ordenamiento jurídico-social, o que el derecho no debe cesar ante o frente el injusto o ilícito.²⁴

Por último, el grupo c) responde a una mirada más actual individualista, la cual implica —en muy prieta síntesis— no vapulear la libertad de actuación general que detenta el ser humano.

Además de lo escrito, creemos necesario desarrollar lacónicamente qué bienes o derechos son susceptibles de ser defendidos, donde a su vez la reacción se puede tornar más lesiva que la agresión propiamente dicha —para diferenciarlo del estado de necesidad

²⁴ *Ibídem.*

justificante, donde se deben ponderar males, y solo se puede ejecutar un mal menos lesivos para evitar uno mayor—. Muy bien, siguiendo al iusfilósofo Nino, podemos decir que hay cuatro tipos o clases de bienes. Entre estos podemos mencionar: a) Bienes inherentes a la condición humana de los que el hombre no puede ser privado, ni siquiera mediando su consentimiento, b) Bienes inherentes a su condición humana de los que puede ser privado mediando su consentimiento, c) Bienes de los que, aunque no medie consentimiento de su detentor, puede ser privado si a cambio se lo recompensa o indemniza, y d) Bienes de los que puede ser privado sin indemnización, ya que media una utilidad social.²⁵ El filósofo del derecho citado prosigue su análisis diciendo que, en los supuestos a) y b), procedería legítima defensa para salvaguardar dichos bienes,

aun cuando la reacción defensiva tenga mayor intensidad lesiva que la agresión desarrollada o que se va desplegar, ya que, debe preservarse la inviolabilidad de la persona humana y de sus derechos o bienes básicos. En cambio, lo previstos en los supuestos c) y d) pueden ser protegidos en virtud de los límites del estado de necesidad justificante.²⁶ Por su parte, Nino escudriña más profundamente la cuestión, y entiende que si estos bienes son protegidos por su condición humana de tal, el agresor, a pesar de lo que ha hecho o de lo que hará, puede defender sus derechos o bienes básicos, lo cual, comprende que procedería legítima defensa sobre la reacción defensiva de quien se defiende. Entendemos que esto último es incorrecto, ya que hay provocación suficiente por parte del agresor primario, por lo que no podría defenderse legítimamente en relación con

²⁵ NINO, Carlos S.: *Fundamentos de derecho penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 284.

²⁶ Ídem, p. 285.

la reacción defensiva de quien se defiende.

En virtud de lo expuesto en todo este ítem 2.2, podemos concluir provisoriamente que, nos adherimos a una postura fundamentalista o argumentativa de la razón de ser de la legítima defensa sostenida por el individualismo moderno.

3.1. Componentes estructurales de la violencia de género

Para emprender el comienzo del estudio del presente acápite, tildamos correcto preguntarnos ¿de qué hablamos cuando entonamos el término violencia? Esto nos podría llevar a seguir el hilo jurídico-penal que hemos ido transitando hasta el momento, lo que nos conduciría a entender que la violencia es aquella empleada para doblegar la voluntad de quien se resiste —lo que en derecho penal se conoce como vis absoluta o fuerza física que es sopor-tada por la víctima, y también

encontramos a la vis relativa, en la cual el despliegue agresivo del autor, impacta en la faz psicológica o anímica de la víctima—. Ahora bien, avizorando el texto legal inserto en el código penal argentino, en su art. 78, nos embestimos con la interpretación auténtica que ha efectuado el legislador, extendiendo el ámbito de aplicación de dicho concepto a la utilización de medios hipnóticos o narcóticos.

Ahora bien, encarrilándonos a la faz sociológica, podemos encontrar que se mantiene una línea de razonamiento que va en la misma sintonía que la jurídica —esto no nos llama la atención, ya que, como bien lo expone la profesora Manso Porto, el derecho es un subsistema dentro de una gran sistema llamado sociedad o, con perdón de la tautología, sistema social—,²⁷ la cual es

²⁷ MANSO PORTO, Teresa: "Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal", *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*, nº 2, Dykinson, Madrid, 1999.

concebida o entendida como el conglomerado de conductas humanas ordenadas bajo la finalidad de generar un entuerto *lato sensu* —entiéndase en cualquier aspecto del ser humano— al destinatario de ellas.

Dejando sentadas estas pinceladas de lo que comprendemos por violencia, es oportuno que nos explayemos sucintamente acerca de por qué utilizamos el adjetivo calificativo “género” y no “doméstica”. Esta disyuntiva encuentra su raigambre, en quien será el sujeto pasivo de dicha violencia. En la violencia doméstica puede ser cualquier persona integrante del núcleo familiar, ya que se desarrolla en el *domo*. En cambio, la violencia de género solo puede tener como víctima a una mujer por su sola condición de tal.²⁸ Si bien sabemos que existen otras diferencias, como que la violencia

doméstica se perpetra en un ámbito privado, íntimo y oculto a la sociedad, la violencia de género puede ser en cualquier esfera, ya sea pública o privado. En este caso preferimos avocarnos a quien es única y exclusivamente el sujeto pasivo de dichos actos violentos.

Para precisar aún más qué entendemos por violencia de género, juzgamos indicado tomar pautas generales brindadas por la Convención de Belem do Pará, o también conocida como Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres. Dicha convención indica en su art. 1º que la violencia contra la mujer es “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Por su parte, en el art. 2º, inc. a), especifica qué tipos de violencia pueden tornarse operativas contra la mujer y en qué ámbito se puede desarrollar, por lo cual expresa que

²⁸ Sitio web consultado el 22/8/2020, link <https://confilegal.com/20180830-la-diferencia-la-violencia-domestica-la-violencia-genero/>

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual”.

Consideramos de suma valía lo estipulado en el capítulo II del instrumento jurídico citado, donde se enumeran algunos de los derechos que ostentan las víctimas de violencia de género. Entre ellos podemos mencionar: tener una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3º), que se respete su vida (art. 4º, a), su integridad física, psíquica y moral (art. 4º, b), su libertad y seguridad personal (art. 4º, c), etcétera. Otro aspecto de suma relevancia es el deber que tiene el Estado para con estas víctimas o potenciales víctimas, que consiste en actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y

sancionar la violencia contra la mujer (art. 7º, b), como también de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (art. 7º, d).

3.2. Excurso victimológico de la problemática

Partiremos por mencionar que, para el abordaje de este punto utilizaremos como obra de cabecera, el libro de Hilda Marchiori *Criminología. La víctima del delito*. Con esto no queremos decir que no nos valdremos de otros autores, pero principalmente nos nutriremos de la obra aludida. Ahora bien, es dable aclarar que la victimología es una disciplina que tiene por objeto estudiar científicamente a las víctimas de un delito.²⁹ La

²⁹ MARCHIORI, Hilda: *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, México, 1998, p. 2.

misma, enfocada desde una perspectiva u óptica criminológica clínica, tiene por finalidad atender o prestarle atención a una persona que padece un sufrimiento físico, psicológico o social, producto de una acción violenta o agresiva de tinte antisocial.³⁰

Por supuesto que será víctima del delito aquella persona que soporta, contra su voluntad, los efectos nocivos de una conducta delictiva o de una conducta que contraría el ordenamiento jurídico —antijurídica—. Entendemos que una conducta antijurídica no culpable también causa efectos perniciosos a la víctima, y técnicamente será víctima de un “ilícito penal”, lo cual no excluiría, en última instancia, el dolor soportado por ella por más que sea culpable o no —decimos esto en el sentido de que la conducta desplegada por el agente supere o no el filtro lógico de la *culpabilidad* en la teoría del delito.

Los efectos nocivos que genera o producen los hechos delictivos o ilícitos penales en las víctimas pueden ser identificados desde una mirada tripartita, es decir, podrá producir tres tipos de consecuencias. Estos tipos de consecuencias pueden ser: a) inmediatas-traumáticas delictivas, las cuales pueden implicar sensaciones de vulnerabilidad constante; b) emocionales-sociales, que pueden manifestarse como secuelas traumáticas que tienden a producir en la víctima un sentimiento de pérdida de dignidad, entre otras autopercepciones lesivas para ella; y c) familiares-sociales, estas implican una extensión de las sensaciones estrepitosas que ha sufrido la víctima para con su núcleo familiar.³¹

Al introducirnos aún más en materia, podemos decir que el análisis de los casos de mujeres golpeadas por hombres comenzó poniendo foco en la violencia conyugal, donde, por

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

supuesto, la mayoría eran víctimas las mujeres por su condición de tal. Marchiori dice que esto se debía a la errónea concepción de que “la mujer debía obedecer al hombre”,³² y ante el incumplimiento de este mandato —ya adelantamos, por más obvio que sea, que era un mandato ilegítimo— el hombre la “castigaba” —repetimos, ilegítimamente.

Marchiori indaga de manera más profunda esta triste problemática, y choca con que la víctima que sufre conductas en razón de su género recibe una doble victimización. En primer lugar, porque resiste o soporta los ataques en las diversas modalidades empleadas por el agresor —agresiones físicas, psicológicas, etcétera—, y en segundo lugar, por el Estado o las instituciones abocadas a evitar tales conductas o resultados dañinos, ya que omiten articular o ejecutar las actividades necesarias, enfocadas a fines preventivos o eliminatorios.³³

Otro componente a destacar es el “círculo de violencia conyugal” en el que se encuentran subsumidas las víctimas. Para poder especificar a qué se refiere esto, seguiremos las enseñanzas de Leonore Walker —citada por Marchiori— que ha sido pionera en su tratamiento. Dice esta autora que el “círculo de violencia conyugal” ronda por tres estadios: a) acumulación de tensiones de la pareja; b) eclosión aguda de violencia por parte del golpeador, y c) luna de miel o amor arrepentido. Luego de que se supera el tercer estadio —enunciado como punto c)—, al ser un círculo se vuelve a comenzar por el estadio a), lo cual, genera en la víctima un estado de indefensión aprendido. Dicho estado implica el desarrollo de comportamientos y creencias de que dicha situación o ciclo violento no puede modificarse.³⁴

Por último, creemos que en estos supuestos no tiene cabida ejercer

³² Ídem, p. 37.

³³ Ídem, p. 130.

³⁴ Ídem, p. 132.

un estudio a la luz de la victimodogmática, la cual —siguiendo al profesor Jesús María Silva Sánchez— “se basa en los descubrimientos de la Victimología de que ciertas víctimas provocan o favorecen el hecho delictivo, creando una *corresponsabilidad* que influye sobre la calificación jurídico-penal de la conducta del autor, en términos de atenuar su responsabilidad o eximirla totalmente de ella”.³⁵ En virtud de esto, creemos que la víctima de estos tipos de ataques no puede ser *corresponsable* de ellos.

4. Legítima defensa ejercida por víctimas de violencia de género

Consideramos que el tratamiento de este punto 4 tiene una relevancia medular para el

presente artículo académico, ya que —por decirlo en términos coloquiales— es el *corazón* del ensayo. No haremos más que entrelazar los componentes o artilugios conceptuales ya brindados, para así, poder concluir sobre la problemática en cuestión.

Adelantamos que el instituto de la legítima defensa, cuando cumple con los requisitos preestablecidos por la norma, se torna operativo, solamente constatando la existencia de dichos requisitos o circunstancias. Decimos esto porque, por ejemplo, en el supuesto de que un agresor masculino ataca en su hogar a su esposa, novia o conviviente, y ella reacciona inmediatamente protegiendo su vida o su integridad física, lesionando o quitándole la vida al agresor, se tornaría operativa dicha defensa legítima —pedimos disculpa por no introducir detalles más pormenorizados al ejemplo desde el punto de vista fáctico y probatorio, pero excede el presente trabajo.

³⁵ RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS: “Derecho vic-timal y victimodogmática”, *Eguzkilore*, nº 26, San Sebastián, 2012, p. 136. Cita del autor: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M.: “La Victimodogmática en el derecho extranjero”, *Victimología*. VII Curso de Verano. Universidad del País Vasco. España, 1989.

Ahora bien, cabe interrogarnos si ¿podría ser posible que se torne operativo el instituto de la legítima defensa cuando el agresor que se encuentra en un momento de ocio, es sorprendido por la víctima que ha sido agredida en reiteradas oportunidades, donde el nivel o baremo de violencia de cada ataque se intensifica, poniendo estos últimos en peligro la vida de ella, y que a su vez el Estado o las instituciones predispuestas han hecho caso omiso a las solicitudes preventivas y retributivas por par parte de la víctima para con las actuaciones violentas de su agresor, al cual le da muerte utilizando un cuchillo?

La respuesta que podemos ofrecer ante este interrogante, que engloba un caso especial —como lo hemos puesto de manifiesto en el título—, es afirmativa. Creemos que sí puede tornarse procedente la causa de justificación en cuestión.

Por supuesto que *prima facie*, esta respuesta se enfrentaría a óbices argumentativos válidos,

como que “la agresión no detenta actualidad”, “el agresor no está cometiendo ninguna conducta antijurídica en ese momento” o “no se ve vapuleada en ese instante, la integridad física” o “no está poniendo en peligro el derecho o bien fundamental de la vida de la víctima”.

Ahora bien, por nuestra parte creemos que, como bien señala el filósofo del derecho, catedrático en la Universidad de Kiel, Alemania, Robert Alexy, no sabemos de forma certera si hay una sola respuesta correcta, o varias correctas o ninguna correcta, pero, lo que sí podemos llegar a cotejar de forma segura son los argumentos brindados para elaborar dicha solución. Lo que queremos dejar sentado con esto es que no sabemos si el enfoque que brindaremos *infra* es el correcto, o es la respuesta correcta ante dichas problemáticas, pero lo que sí trataremos es de argüir lo mejor posible sobre él porque consideramos que el instituto de la legítima defensa puede

tornarse operativo ante estos supuestos.

Comprendemos que es posible que proceda porque, en primer lugar, la agresión sigue siendo actual. Ahora bien, entendemos que esta actualidad es continua porque, como bien lo señala Leonore Walker, este tipo de violencia es cíclica, *ergo*, es constante, lo cual conlleva a reafirmar su continuidad. Por su parte, podemos entender que de aquí se vierten dos formas de concebir la actualidad, una es desde una óptica “contextual”, entendiendo que la actualidad de la agresión ilegítima no debe ser avizorada desde una faz temporal, sino atendiendo al contexto en sí, con lo cual se puede afirmar que, en este caso, el cual va en correlato con entender al delito de lesiones —reiteradas— como un delito continuado, lo que, como bien lo indica Viñas, es susceptible de comprender que la agresión ilegítima ostenta actualidad. Lo que queremos expresar con lo mencionado es que, si bien el agresor en ese momento

particular no se encontraba agrediendo en su sentido “material” la integridad física de la víctima, o poniendo en peligro su vida, esto sería entendido a *contrario sensu* de lo planteado, ya que la presencia del agresor en el ámbito íntimo, propio de ambos, en el cual se desarrollan la oleada de agresiones por parte de él, y entendiendo a su vez, que dichas agresiones ostentan un carácter cíclico, implica una actualidad agresiva continuada, porque la víctima puede ser revictimizada en cualquier momento, por cualquier circunstancia. El mismo enfoque toma la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “R., C. E. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63.006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, que en dicha resolución expone que:

A partir de esas premisas, la Corte analizó los planteos de la condenada. Así, interpretó que en los casos de violencia de género tanto la agresión ilegítima como la inminencia de la amenaza o lesión —requisitos

que la ley exige para amparar a quien actúa— deben ser consideradas desde una perspectiva de género. En esa inteligencia, dejó establecido que en las uniones de hecho o derecho, la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia — puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia— y su carácter cíclico —si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo.³⁶

Otra mirada que se puede hacer respecto de que la agresión

detenta actualidad en este supuesto es la que nos ha expresado amablemente el Dr. Javier de la Fuente, en el marco del “III Seminario Latinoamericano de derecho penal”, brindado por Amachaq - Escuela jurídica, de Perú, en la exposición del tema “Legítima defensa en contexto de violencia doméstica”, el cual nos explicó que, en supuestos similares al mencionado, la agresión detenta actualidad, en su sentido temporal, ya que el derecho de la víctima atacado en ese momento, es la libertad psíquica. Esto implicaría argumentar y justificar que la reacción defensiva de la víctima opera dentro de los límites convencionales de la legítima defensa, sin tener que modificar los estándares clásicos interpretativos del instituto jurídico en cuestión, atendiendo al contexto en el que se dan. Es decir, lo que nos quiso dejar en claro el Dr. De la Fuente, es que dicha agresión es actual, porque vilipendia constantemente el derecho o bien jurídico de la libertad psíquica de la víctima de forma material, es

³⁶ Extracto citado textualmente del Centro de Información Judicial, link <https://www.cij.gov.ar/nota-35987-La-Corte-Suprema-atendi-los-argumentos-de-una-v-ctima-de-violencia-de-g-nero-que-hab-a-sido-condenada-por-lesionar-a-su-expareja-actuando-en-leg-tima-defensa-.html>

decir, es una agresión que no cesa y la afecta o lesiona de forma efectiva.³⁷

Desde nuestra humilde óptica consideramos que es más acorde enfocar este supuesto desde la primera mirada, ya que sería respetuoso del enfoque de la problemática desde la perspectiva de género vigente y, además, permite una argumentación más férrea con relación a la razonabilidad del medio empleado, que a continuación detallaremos —lo que implicaría no solo tener en cuenta el desmedro del derecho a la libertad psíquica, sino también la vida y la integridad corporal.

Al adentrarnos en el análisis de si la reacción defensiva esgrimida es razonable —entendida a la conducta desplegada y al instrumento cuchillo utilizado,

como medio—, adelantamos que nuestra postura es positiva, o entendemos que sí es razonable tal reacción. Elucubramos de esta manera porque, como bien lo indicaba Bacigalupo, dicho medio para que sea racional debe ser idóneo para neutralizar la agresión, y en este caso lo es. Por su parte, es oportuno reiterar lo que exponen Hilgendorf y Valerius, al resaltar que la defensa transita por tener en cuenta los hechos objetivos y las circunstancias concretas del caso individual, analizadas *ex ante*. Es decir, desde un análisis *ex ante*, la víctima comprendió que dicho medio —la conducta desplegada y el uso del elemento cuchillo— es idóneo, y a su vez necesario para cortar este ciclo violento del cual es víctima. Otro factor a destacar, que le otorga racionalidad y necesidad a dicho medio empleado, es la ineficiencia estatal, para interrumpir dicho círculo de violencia, lo cual lleva a la víctima a recurrir a las vías de hecho para liquidar la existencia de este delito continuado de lesiones que, en cualquier momento

³⁷ Se puede cotejar la respuesta brindada por el Dr. Javier De la Fuente en el registro fílmico que ha quedado en el sitio web, link <https://www.facebook.com/Amachaq.escuela.juridica/videos/597805434192095/>. A partir de 01:07:50.

podría desembocar en el propio homicidio de la víctima, lo cual pone en peligro dicho bien. De esto se desprende que la reacción defensiva de la víctima sirve para impedir la concreción del menoscabo a su vida y además para repeler el delito de lesiones que ataca su integridad física, y por supuesto, también su libertad psíquica —entendida esta como tranquilidad personal—,³⁸ lo cual implica vivir sin preocupaciones que no son necesarias ni racionales, producidas por un tercero.

Otro aspecto a resaltar, es que, la víctima —entendiendo que la legítima defensa se fundamenta filosóficamente desde una mirada individualista moderna— no tiene por qué irse de su hogar para evitar que continúe dicho ciclo violento, lo que llevaría a requerirle que sacrifique su derecho a la libertad, y —desde la mirada de Santo Tomás— su derecho a defender sus bienes de más alta valía —como lo es en este caso.

5. Palabras finales

Como ya hemos dejado en claro, nuestra postura tiende a conceder la procedencia del instituto de la legítima defensa en estos casos especiales, lo que, según nuestro entendimiento brinda una solución ecuánime y tendiente a cumplir con el análogo principal del derecho que es *lo suyo*, es decir, lo justo. Otra cuestión que queremos dejar sentada en estas últimas líneas conclusivas es que el enfoque que debe hacer el juzgador en estos casos debe ser prudente o sensato, es decir, analizar pormenorizadamente las circunstancias —tiempo, lugar, medios, modalidad y personas—.³⁹ Consideramos sano y justo, lo expuesto por la Cámara de Apelaciones de Rosario —fragmento jurisprudencial tomado de la obra del jurista Viñas que ya hemos citado—, cuando enuncia que la razonabilidad del medio empleado debe ser escudriñada desde el punto

³⁸ VIÑAS: ob. cit., p. 459.

³⁹ Ídem, p. 471.

de vista del sujeto que reacciona, atendiendo a un enfoque *ex ante*, y a su vez al estado anímico que genera el hecho de ser víctima de una agresión, lo cual implica cierta perturbación y desestabilización.⁴⁰

Por último, queremos hacer énfasis en la prudencia jurídica del juzgador, ya que es la piedra angular para resolver estos casos de la forma más justa, la cual implica una virtud del entendimiento práctico que habita dentro del hombre, para dirigirse rectamente en la elección de los medios conducentes al último fin. Rodolfo Vigo señala en su decálogo, precisamente en el quinto mandamiento del juez, que se “Procura la prudencia requerida por la justicia y recuerda que la matriz de

aquella exige, un tiempo necesario para dilucidar argumentos y contrargumentos, capacidad para ponderarlos y humildad para cambiar de posiciones (Prudencia)”.⁴¹ Lo que queremos dejar plasmado con esto es que estos casos complejos —no obstante que hayamos planteado uno, de forma genérica, nos referimos a todos aquellos que detenten similar estructura—, deben ser enfocados desde un prisma prudencial por parte de quienes deciden y, no deben sentir temor de dejar de lado los estándares clásicos para analizar este instituto. A su vez, es conveniente que hagan una interpretación progresiva del texto legal vigente, lo cual los conducirá a brindar soluciones mucho más justas.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ VIGO, Rodolfo L.: *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 18.

