



Universidad del Azuay

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Carrera de Derecho

**LA LEGÍTIMA DEFENSA DESDE LA
PERSPECTIVA DE GÉNERO.**

Trabajo de investigación previo a la obtención del
título de Abogada de la República del Ecuador

AUTORA:

DANIELA ANAÍS MARTÍNEZ LEGUÍZAMO

DIRECTORA:

DRA. SILVANA TAPIA TAPIA

CUENCA- ECUADOR

2019

DEDICATORIA

Para Diego.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis dos ángeles que tengo en la tierra,
María Anaís y Pablo, sin ustedes nada sería posible.
A María Paz, por levantarme cada vez y enseñarme tanto.

A la Doctora Silvana Tapia, por la dedicación y
el esfuerzo que le ha puesto a lo largo de este camino.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación constituye un análisis de la legítima defensa desde una perspectiva de género. Institución que se vuelve problemática cuando las mujeres víctimas de violencia doméstica crónica, actúan en defensa de sus propios derechos lesionando o incluso dando muerte a su agresor, sin que exista confrontación. Frente a este fenómeno, fue necesario analizar cualitativamente la sentencia que justificó el actuar de la mujer sobreviviente de violencia, excluyendo la antijuridicidad a través de esta causa de justificación. Se exige que en futuros casos similares se dé una aplicación de la legítima defensa, tomando en cuenta los criterios de las teorías jurídicas de género.

ABSTRACT

The present research work carried out an analysis of the legitimate defense from a gender perspective. This institution becomes problematic when women victims of chronic domestic violence act in defense of their own rights by injuring or even killing their aggressor without confrontation. For this reason, it was necessary to make a qualitative analysis of the sentence that justified the action of the female survivor, excluding the illegality through this cause of justification. An application of self-defense with the criteria of legal gender theories is required for future cases.



Translated by
Ing. Paul Arpi

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN	III
ABSTRACT	IV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.- LA LEGÍTIMA DEFENSA	3
1.1. La legítima defensa en la teoría general del delito y en el Código Orgánico Integral Penal.....	3
1.1.1 Antijuridicidad.	4
1.1.1.1. La legítima defensa	6
1.1.1.1. 1. La agresión.	8
Agresión ilegítima.	9
Agresión actual	10
1.1.1.1.2. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.	12
1.1.1.1.3. Necesidad de la defensa.....	13
1.2. Crítica a la legítima defensa desde las teorías de género	15
1.2.1. La actualidad de la agresión: desde una mirada de género.....	16
1.2.1.1. La violencia doméstica como forma de tortura y su relación con la legítima defensa	19
1.2.2. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.....	27
1.2.3. Necesidad de la defensa	28
1.2.4. Breve referencia al “síndrome de la mujer maltratada”	30
1.2.4.1. Aumento de tensión:.....	31
1.2.4.2. Incidente agudo de agresión:.....	32
1.2.4.3. Amabilidad, arrepentimiento y comportamiento cariñoso:.....	33
CAPÍTULO 2.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO No 17721-2016-0233.....	36
2.1. Análisis de la aplicación de las teorías con enfoque de género en la práctica judicial, respecto a la legítima defensa efectuada por mujeres víctimas de violencia de género.	36
2.1.1. En cuanto a los hechos.	36
2.1.2. Análisis del Tribunal de Casación.....	38
2.1.2.1. Agresión actual e ilegítima.....	41

2.1.2.2.	Necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión	43
2.1.2.3.	Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.....	44
2.2.	La discriminación de género en las sentencias como reiteración de violencia.....	45
CAPÍTULO 3.- LAS BUENAS PRÁCTICAS EN EL JUZGAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO PARA UNA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.		
3.1.	La mujer y el acceso a la justicia.....	50
3.2.	La situación durante el proceso	54
3.3.	La protección después del proceso	59
CONCLUSIONES		63
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		68

INTRODUCCIÓN

La discriminación que se ha ejercido sobre la mujer desde el inicio de los tiempos se ha ido perpetuando hasta la actualidad, aquello ha provocado que esta desigualdad de los sexos se verifique en diversos ámbitos, siendo uno de ellos la rama de las ciencias jurídicas. Esto se ha podido observar desde la creación de las normas y en la aplicación de las mismas por los operadores de justicia llegando a plasmarse la violencia de género dentro de la administración de justicia como tal.

Es por ello que el discurso feminista busca nuevas soluciones con la finalidad de alcanzar la tan anhelada igualdad de los sexos, frente a ello se ha propuesto analizar las distintas instituciones jurídicas desde una perspectiva de género, es decir, dejando atrás la concepción androcéntrica del derecho y tomando en cuenta la situación propia de la mujer.

Partiendo de aquello, en este trabajo de investigación se analiza la legítima defensa desde una perspectiva de género, es decir, se toma esta institución jurídica desde su punto de vista tradicional y se analiza adecuando su interpretación y requisitos en cuanto quien se defiende ha sido víctima de violencia doméstica, pues en la actualidad tanto las normas internacionales como nacionales exigen que los operadores de justicia realicen una debida interpretación de la norma desde una verdadera perspectiva de género, ya que si bien el Estado es el principal garante de los derechos de las mujeres, es común que el mismo no actúe de manera debida cuando de violencia doméstica se trata, produciendo así que se llegue a configurar el conocido “ciclo de violencia”, y haciendo que todos los mecanismos estatales sean ineficaces, frente a ello la mujer quien no solo

está siendo maltratada por su pareja, sino que también ha sido desprotegida y olvidada por el Estado, como un acto de desesperación y con la finalidad de terminar con las agresiones, suele atacar a su pareja cuando generalmente se encuentra desprevenido, o utilizando mecanismos que ésta considera que son idóneos para terminar con él, es ahí donde se busca aplicar la institución de la legítima defensa, tomando en cuenta las razones específicas por las que la mujer decidió actuar y tomar la justicia por sus propias manos.

Por lo tanto, no solamente se pretende, sino que se exige que el Estado quien no actuó en defensa de la mujer cuándo ésta era víctima de violencia, sí la proteja al momento en la que la misma decide defenderse y que su situación sea analizada desde una perspectiva de género.

CAPÍTULO I.- LA LEGÍTIMA DEFENSA

1.1. La legítima defensa en la teoría general del delito y en el Código Orgánico Integral Penal

El Ecuador es un país constitucional de derechos y justicia a partir del cual para regular aquellas conductas contrarias a ley y que vulneran bienes jurídicos requiere de una intervención a través del poder punitivo, y para evitar la arbitrariedad en su aplicación el legislador ha determinado claramente cuáles son los límites para el reproche.

Partiendo de la teoría general del delito, se entiende que la misma funge como sistema de filtros que permitirá determinar la forma de cómo se debe aplicar la ley penal en cada caso en concreto (Encalada, 2015).

Doctrinariamente se ha llegado al consenso de que el delito es un acto, típico, antijurídico y culpable, lo cual también recoge el Código Orgánico Integral Penal, desde ahora COIP, en su artículo 18.

De tal manera que dichos elementos considerados como las categorías dogmáticas del delito, serán aquellos filtros para poder limitar al ius puniendi, es decir, para poder determinar si una persona es responsable de un acto considerado como reprochable, será necesario que a través del proceso penal se realice un análisis de cada una de estas categorías dogmáticas, y únicamente una vez que se haya comprobado que se cumplen con todas ellas y que no existen causas que las justifiquen se podrá imponer una pena.

En efecto, dentro de estos “filtros” se encuentran: el acto entendiéndose este como cualquier conducta humana que se produzca ya sea por acción u omisión, la tipicidad, misma que resulta ser una consecuencia del principio de legalidad, puesto a que

consiste en la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley, la antijuridicidad, que será analizada con posterioridad, y la culpabilidad que supone que el autor de la infracción penal cuenta con las facultades físicas y psíquicas para poder actuar conforme a derecho y por ende se le pueda conminar una pena.

En lo que respecta a la tercera categoría dogmática, antijuridicidad, es menester detenerse en su análisis puesto a la importancia que tiene dentro de este trabajo de investigación.

1.1.1 Antijuridicidad.

Cuando la acción realizada efectivamente se subsume en los preceptos legales, habrá que proceder a determinar si ésta es antijurídica, desde el punto de vista de sus dos acepciones tanto formal cuanto material.

Las discusiones doctrinarias sobre la antijuridicidad formal y material han sido extensas y variadas. La antijuridicidad formal supone que la conducta típica es contraria a lo establecido en la ley o a aquello que se encuentra prohibido. Pese a ello la antijuridicidad formal no basta para considerar que un acto es contrario a la ley penal. Donna ya ha establecido, que este concepto no responde el por qué el hecho cometido puede ser contrario al Derecho Penal, y es a consecuencia de aquello que ha surgido el concepto de la antijuridicidad material (Donna, 2008).

La antijuridicidad material refiere que la conducta que ha sido desvalorada por el Derecho Penal, ha lesionado o puesto en riesgo bienes jurídicos protegidos tanto por la Constitución como por la Ley (Donna, 2008), es decir, se entiende que la acción es materialmente antijurídica cuando esta es considerada como una conducta socialmente dañosa (Zaffaroni, 2002).

A nivel legal, el COIP hace estrictamente referencia a la antijuridicidad material, tal como se define en el artículo 29:

“Artículo 29.- Antijuridicidad - Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, *sin justa causa (énfasis añadido)*, un bien jurídico protegido por este Código” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014, pág. 39).

Tal como se desprende de la lectura del código es dentro del marco de la antijuridicidad material donde se debe determinar si realmente la conducta es antijurídica, o si existe una causa de justificación que elimine la antijuridicidad y convierta al acto en jurídico (Encalada, 2015).

Efectivamente existen dos concepciones distintas de la estructura normativa de la justificación, es decir, por una parte, existe una norma prohibitiva que impide la materialización del acto, pero a su vez existe una norma permisiva y es en la cual descansan aquellas causas de justificación.

Doctrinariamente no ha existido un consenso en cuanto a las causas de justificación, por ejemplo, para Donna las causas de justificación son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, la colisión de deberes y el consentimiento (Donna, 2008). Zaffaroni (2002) por su parte recoge únicamente a las dos primeras.

Desde el punto de vista legal, nuestra legislación, ha determinado que las causas que justificarán la conducta típica son la legítima defensa y el estado de necesidad, además de aquellos casos en los que se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014, pág. 40).

Debido a que en esta investigación se centrará específicamente en la legítima defensa, se prescindirá del análisis de las otras causas de justificación, aceptadas tanto a nivel legal como doctrinario.

1.1.1.1. La legítima defensa

La legítima defensa al ser una de las causas de justificación que eliminan la antijuridicidad, permite que, si bien se ha cometido una infracción, no se pueda aplicar una pena al justiciable, ya que, pese a que este ha lesionado un bien jurídico, su actuar se encuentra amparado y permitido por la misma norma.

Desde la doctrina esta causa de justificación ha partido de dos vertientes opuestas, una subjetiva y otra objetiva, ya sea que el objeto se encuentre en la protección de los derechos objetivos o subjetivos, criterios provenientes desde Roma y Grecia. Para los romanos la legítima defensa era un derecho individual y limitado, en el sentido de que se circunscribía a la vida y la integridad física. Por el contrario, para el derecho germánico la legítima defensa encontró su fundamento en una perspectiva colectiva de defensa (Mir, 2004).

De tal manera, quienes siguieron a la corriente germana, es decir, para los objetivistas, la legítima defensa descansa en una concepción de tipo social o colectivo. Fueron Hegel y sus seguidores, quienes decidieron darle este carácter a la legítima defensa, considerando que:

“(…)la legítima defensa sería la negación de la lesión al derecho que implica la agresión injusta y, por ende, conforme al principio de que la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa se impondría como reafirmación del derecho, operando de este modo como sucedáneo de la pena” (Zaffaroni, 2002, pág. 472).

Pese a que esta corriente llegó al punto de considerar a esta causa de justificación no como un acto de necesidad, sino más bien como un deber jurídico, o como un servicio que se debe prestar a la sociedad, es necesario mencionar que la idea fundamental que será trascendental en este trabajo de investigación, y que ya se lo introdujo por los germanos, es el hecho de entender a la legítima defensa como una reafirmación del derecho, que ha sido lesionado.

Ferrajoli al hablar de los derechos fundamentales, establece que son:

“(…)todos aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 2007, pág. 19).

En base a ello, se entiende que la pretensión de la norma como instrumento de regulación de conducta es efectivamente la prevalencia del derecho tanto objetivo como subjetivo, y que se relaciona de manera directa con la expectativa positiva, en otras palabras, autorizar que un ciudadano se defienda de otro bajo ciertas condiciones y en tanto haya sido agredido de manera injusta previamente.

La corriente subjetivista o romana, por su parte tiene un origen de orden contractualista, es decir, consideran que existe una suerte de obligación, tanto por parte del individuo como del Estado, de tal manera que si el derecho estatal NO puede proteger al individuo, este no tiene la obligación de seguir obedeciendo al Estado, ya que si el Estado no puede tutelar al individuo tampoco puede exigirle obediencia. Sin embargo, desde este criterio no habría límite alguno, es decir, no importaría el daño que se pueda ocasionar por motivo de la defensa (Mir, 2004).

Desde la doctrina, se han generado de los más variados criterios alrededor de estas dos posiciones, sin embargo, lo cierto es que ninguna de las teorías mencionadas pueden aplicarse en su sentido más puro a la legítima defensa, pues únicamente cabe la posibilidad de que quien actúa en base de la legítima defensa lo haga con la finalidad de proteger los bienes jurídicos que el Estado no ha sido capaz de hacerlo, así como ha establecido Zaffaroni: “Su fundamento no puede ser otro que el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el estado no puede proporcionarla en el caso concreto con parecida eficacia” (2002, pág. 488).

Sin embargo, han sido ambos aspectos tanto objetivo (colectivo) como subjetivo (individual), los que se encuentran como fundamento de la legítima defensa. El elemento colectivo es el fundamento específico de la legítima defensa, mismo que le diferencia del estado de necesidad; mientras que el elemento individual es el que le otorga la potestad al particular de actuar a nombre del Estado, cuando este no puede hacerlo (Mir, 2004).

A nivel legal, el COIP en su artículo 33 ha establecido que: “existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno” (Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2014).

En definitiva, la legítima defensa es “la lesión de bienes jurídicos ajenos en defensa de los suyos propios o de terceros” (Monroy, 2002, pág. 344). Siempre que concurren los siguientes requisitos:

1.1.1.1.1. La agresión.

La existencia de una agresión es el requisito esencial de la legítima defensa, entendiéndose a esta como un acto de la voluntad humana; según la jurisprudencia española la agresión es el acometimiento físico contra la persona, sin embargo, también

es necesario tomar en cuenta que existen otro tipo de agresiones que no únicamente hace referencia a bienes materiales, sino que pueden afectar a bienes inmateriales, como por ejemplo, el honor.

De cualquier forma, la agresión deberá provenir siempre de una actividad humana, de tal manera que en la doctrina han surgido diversos criterios en cuanto a lo que la agresión significa, así por ejemplo para Maurach y Zipf la agresión es: “la amenaza humana de lesión de un interés jurídicamente protegido” (Maurach & Zipf, 1994, pág. 537).

Es preciso sin embargo recalcar, que la legítima defensa por principio de legalidad en la ley penal ecuatoriana opera mediante un resultado material, es decir, únicamente cuando exista una agresión, descartando la puesta en riesgo de determinado bien jurídico (mera actividad). Una vez determinado que la base de la agresión será la conducta humana, es necesario establecer el hecho de que, dentro del contexto de la legítima defensa, la agresión deberá ser actual e ilegítima.

Agresión ilegítima.

La ilegitimidad de la agresión equivale a que la agresión ha sido antijurídica, es decir, es necesario que la agresión se haya realizado sin que exista una razón válida vulnerando un bien jurídico protegido sea del titular que ejercer la defensa o de un tercero.

Hirsch por su parte, considera que la agresión ilegítima es: “toda conducta humana mediante la cual se amenaza lesionar un interés jurídicamente protegido. Por conducta humana se quiere significar que debe repelerse la amenaza de lesión de un acto voluntario (un comportamiento de libre arbitrio), excluyendo los meros actos reflejos” (Hirsch, 2011, págs. 205-206)

La ilegitimidad de la agresión presupone la verificación de un actuar típico del agresor, es decir tanto objetiva como subjetivamente debe existir un acto típico, esto es adecuación a los elementos material del injusto y al mismo tiempo conocimiento y voluntad de que ellos se manifiesten, sin tener razón de justificación y esté al mismo tiempo en condiciones de reprochabilidad; a partir de esta configuración de una agresión con relevancia penal, se analiza su ilegitimidad.

Agresión actual

Según este requisito, y de acuerdo a las doctrinas tradicionales, la persona deberá estar siendo agredida en el mismo momento de su reacción, pues efectivamente si la norma permite la defensa ya sea a favor de una persona o de un derecho es trascendental que todavía exista esta posibilidad de defensa. Este requisito lograría diferenciar a la defensa de la venganza, pues el individuo únicamente está autorizado para realizar lo primero, ya que la sanción le corresponderá al Estado (Mir, 2004).

Sin embargo, dentro de la misma doctrina penal, han surgido posiciones que extienden el concepto de actualidad, es decir, no consideran que la agresión se extingue al momento de su consumación, sino que sigue existiendo mientras se siga manteniendo la lesión al bien jurídico protegido, de tal forma que cabe la posibilidad de defenderse del ladrón que huye con el botín (Tapia, 2008), inclusive cuando la acción como tal se encuentre consumada.

Es por ello que uno de los conflictos doctrinarios fundamentales en cuanto a este aspecto, se encuentra en la necesidad de determinar el principio y fin de la agresión, es decir, desde cuándo y hasta cuando quien es agredido tiene el derecho de defenderse. Nos detendremos en este punto y en las consideraciones doctrinarias al respecto debido a la particular importancia que revisten para nuestras preguntas de investigación.

Para Zaffaroni (2002), la acción defensiva puede efectuarse mientras siga existiendo una situación de defensa, en este sentido, cabe la legítima defensa, incluso cuando existan actos meramente preparatorios, o en su defecto puede inclusive extenderse hasta después de la consumación, así establece como ejemplo el autor que “puede afirmarse que defiende legítimamente su patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla casualmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo” (Zaffaroni, 2002, pág. 481).

Roxin (1997) por su parte también considera que se puede actuar en legítima defensa mientras la agresión continúe, es decir que pese a que el delito se encuentre formalmente consumado podrá alegarse legítima defensa cuando la agresión aún no se encuentre agotada, regresando así al ejemplo del ladrón que huye con el botín, puesto a que considera que si bien el hurto se encuentra consumado, la agresión se sigue prolongando mientras no ponga el botín a buen recaudo, de manera que el propietario podrá alegar legítima defensa si dispara al ladrón en su pierna con la finalidad de recuperar lo hurtado (Roxin, 1997). Cabe que nos preguntemos, según desarrollaremos más adelante, si estas consideraciones que toman en cuenta la posibilidad de que los efectos de una agresión puntual se extiendan más allá del acto en sí, pueden fundamentar una nueva forma de entender a la legítima defensa cuando esta ocurre en contextos de violencia continuada y crónica.

Por tanto, la actualidad de la agresión resulta una premisa ambigua de interpretación, en tanto el legislador no determina claramente cuáles son los límites de tal adjetivo, sin embargo, el desarrollo doctrinario ha expuesto argumentos que denotan que la continuidad de la agresión se debe interpretar a partir del momento en que la agresión se verifica hasta los instantes en los cuales quien ejerce defensa legítima está en

condiciones y a través de medios de alcance inmediato para repeler la misma, lo cual obliga a verificar este presupuesto en cada caso aplicado.

1.1.1.1.2. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Este es un requisito específico de la legítima defensa que presenta varios inconvenientes. Realizando un análisis breve se podría concluir que el mismo consiste en que quien se defiende y alega legítima defensa, en ningún caso podrá haber sido quien haya provocado la agresión, puesto a que a partir de esta disposición prohíbe al que alega esta causa de exclusión de antijuridicidad generar el mínimo incidente que devenga en una agresión porque en tal supuesto la misma deberá ser denegada.

Pese a ello, el requisito expresamente habla de falta de provocación **SUFICIENTE**, siendo un conflicto ya analizado y casi resuelto por la doctrina, de manera que en ningún caso puede entenderse como provocación aquellos actos comunes de la vida en general, además que la provocación deberá ser anterior a la agresión y no debe haber llegado a convertirse en agresión per sé. De esta manera, si la agresión es el resultado normal de la provocación, se podría denegar la legítima defensa, caso contrario, la misma será totalmente admisible. Igualmente, se considerará un abuso del derecho y por lo tanto, se inadmitirán aquellos casos en los que la provocación se realizó con la finalidad de poder acogerse posteriormente a la legítima defensa (Tapia, 2008).

Estos dos requisitos, resultan ser los dos más problemáticos, puesto a que ni siquiera en la doctrina penal existe unanimidad, así, por ejemplo, no hay un consenso en cuanto a qué se debe entender por “actual”, es decir, hasta qué momento de la agresión se puede entender que una persona podrá defenderse y que su conducta estará justificada por la legítima defensa. Asimismo, los autores no han llegado a establecer con exactitud

cuándo la provocación será suficiente como para que la legítima defensa pueda ser aplicada como causa de justificación.

1.1.1.1.3. Necesidad de la defensa.

La necesidad de la defensa es un requisito *sine qua non* de la legítima defensa, que supone que únicamente se podrá ejecutar el acto con el propósito de defenderse y en ningún caso podrá ir más allá de ese fin determinado (Donna, 2008).

A este requisito habrá que entenderlo desde una doble perspectiva, debido a que por una parte se refiere a la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta), y a su vez también trata de la necesidad del medio defensivo que ha sido utilizado en el caso en concreto (necesidad de la concreta defensa), diferencias que han provocado ciertas consecuencias (Mir, 2004). En lo que respecta a la necesidad abstracta de la defensa, si no existe ningún tipo de necesidad para defenderse no cabe analizar la legítima defensa completa (que elimina totalmente la pena) ni siquiera la eximente incompleta (que atenúa la pena del delito), debido a que falta un requisito esencial de la misma. Por el contrario, si existiendo la necesidad de defenderse la defensa resulta ser excesiva se podrá analizar la legítima defensa incompleta.

Resulta indispensable además analizar la diferencia entre el exceso extensivo y el intensivo; el primero surge cuando la defensa se extiende más tiempo del que dura la actualidad de la agresión, debido a que el ataque ha cesado o el mismo ha dejado de ser inminente, eliminando así la legítima defensa tanto completa como incompleta, mientras que el segundo, por el contrario, supone que la agresión sigue siendo actual, sin embargo, la defensa en sí misma podría haber sido menos lesiva, lo cual permite el análisis de la legítima defensa incompleta.

De cualquier forma, la defensa deberá ser racional, lo cual deberá determinarse ex ante, es decir, esto implica que será necesario retrotraerse al momento mismo en el que se ejecutó la acción para poder determinar si la defensa era necesaria, así como también la necesidad de los medios que han sido empleados, de tal manera que, si la acción de defensa es requerida ex ante, entonces las consecuencias producidas también se encontrarán justificadas, así Mir Puig (2004) pone como ejemplo:

“La defensa será racionalmente necesaria cuando la mujer clavó el cuchillo de cocina al ladrón que había forzado la puerta y se abalanzaba sobre ella con una navaja, aunque luego se compruebe que había en el lugar un jarro con el que hubiera podido golpear al intruso sin producirle la muerte. La urgencia del momento no permite esperar un examen frío de todas las posibilidades (énfasis añadido)” (pág. 436).

Es por ello, que, si bien se pretendería que al momento de defenderse se utilice el medio menos lesivo a los bienes jurídicos, esto no será posible en todas las circunstancias, puesto a que debido a la necesidad que tiene una persona de defenderse no puede reflexionar con respecto cuál será el medio más propicio para hacerlo, además de que para la valoración de la necesidad racional, deberá tomarse en cuenta, entre otros elementos, el modo, tiempo, lugar, características psicológicas del autor (Tapia, 2008).

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, es el evidente resultado de la doctrina sobre todo alemana y argentina, de tal manera, establece como requisitos para que sea admitida la legítima defensa: la agresión actual e ilegítima, la necesidad racional de la defensa y la falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho. Se puede observar que lo establecido por el COIP no es más que un rezago de lo que ya preveía el Código Penal, mismo que determinaba que los requisitos para que la legítima defensa se admita eran: actual agresión ilegítima, necesidad racional del medio

empleado para repeler dicha agresión y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende (Congreso Nacional del Ecuador, 2009).

1.2. Crítica a la legítima defensa desde las teorías de género

La institución de la legítima defensa al igual que el derecho en general, desde sus inicios y hasta la actualidad han tenido una perspectiva o mirada masculina, es decir, dentro de un mundo que ha sido creado por y para los hombres, no se han considerado las necesidades y circunstancias específicas que definen a la mujer, y a consecuencia de aquello se han creado normas que regulan únicamente las relaciones que surgen entre los varones e incluso normas que han sido absolutamente discriminatorias para la mujer, así por ejemplo en el código civil de 1930 incluso se privaba a la mujer de uno de los derechos constitucionales básicos como lo es el derecho a la defensa en juicio así en el artículo 130 se establecía: “Sin autorización escrita del marido no puede la mujer casada parecer en juicio, por sí, ni por procurador, sea demandando o defendiéndose” (Código Civil, 1930, pág. 23); este tipo de realidades ha provocado que las feministas exijan la creación de normas que incluyan a la mujer como titular de derechos y que por ende la proteja tomando en cuenta sus exigencias y necesidades particulares en el contexto de su histórica subordinación política.

Como se pudo observar en la sección anterior, en la misma doctrina penal tradicional convergen criterios y concepciones contrarias entre sí en lo que respecta a los requisitos de la legítima defensa, sin embargo, pese a que varios de ellos podrían facilitar la aplicación de esta causa de justificación en los casos de las mujeres que lesionan o matan a sus maridos, eso no implica que los doctrinarios lo hayan analizado desde una perspectiva de género o tomando a la mujer y sus características como centro de sus estudios, es por ello que resulta indispensable analizar qué es lo que han establecido las

teorías jurídicas de género en cuanto a los requisitos que tradicionalmente se han impuesto para que pueda excluirse la antijuridicidad mediante esta causa de justificación, para lo cual es necesario la redefinición de los conceptos que tradicionalmente se han impuesto.

No obstante, desde otro punto de vista, que podría ser compatible con la teoría del delito de corriente principal, se considera que una persona que realiza un acto reprochable tiene conocimiento de que el mismo es contrario a la ley, es decir, conoce de su antijuridicidad, de manera que lo único que quedaría por resolver es si este acto le puede ser imputable o no. Frente a esta categoría dogmática (culpabilidad) surge la teoría del estado de necesidad disculpante, misma que establece que existen casos en los que no se le puede exigir a una persona que se abstenga de cometer un acto, típico y antijurídico, porque eso resultaría un sacrificio excesivo que no se le puede exigir (Muñoz, 1990), por ejemplo, cuando una madre con la finalidad de defender a su hijo apuñala a su marido que es el agresor. De manera, que esta causa de justificación supone una ponderación de bienes, es decir, se permitirá el sacrificio de un bien jurídico con la finalidad de salvar a otro de igual valor, situación que dentro de la legislación ecuatoriana es perfectamente aceptable y pese a que exista un acto que debe ser sancionado, no se aplicará tal sanción, pues existe una causa de justificación.

1.2.1. La actualidad de la agresión: desde una mirada de género.

Partiendo del primer requisito, la agresión actual e ilegítima, como bien se dijo, para que exista una defensa, tradicionalmente se ha considerado como necesario que haya existido una agresión la cual se traduce en una conducta humana, que pueda lesionar a bienes jurídicos ya sea materiales o inmateriales. En el ámbito conyugal, como se ha verificado en varios casos existen constantes actos de violencia contra la mujer, de índole físico, psicológico y sexual que se extienden por largos periodos. Es bien conocido que

el agresor realiza estos actos, muchas veces como castigo por no haber cumplido la mujer con determinadas órdenes, pero sobre todo con la finalidad de mantener su control y superioridad sobre ella, lo cual es el resultado de conductas adoptadas de una sociedad netamente patriarcal (Correa, 2016).

Una vez que estas agresiones se han perpetrado ya se cumple con la primera parte de este requisito, es decir, con la existencia de la agresión, sin embargo, lo que ha resultado problemático para el derecho penal y ha sido criticado por las teorías de género es la cuestión de la actualidad, pues lo que sucede dentro del hogar es que nos enfrentamos a una reacción defensiva, que surge como consecuencia de una agresión NO actual.

Elena Larrauri, haciendo un análisis de las mujeres que son víctimas de violencia doméstica y que matan a sus maridos, ha establecido que muy difícilmente las mismas consiguen beneficiarse de la eximente de la legítima defensa, precisamente por la dificultad que presenta la exigencia de la actualidad de la agresión, puesto que se entiende a la misma como que el ataque debe estar produciendo en ese momento, sin embargo, lo más probable será que las mujeres esperen que tal agresión cese de algún modo para defenderse. Además, establece la autora, que en caso de hablar de agresión inminente, exige la necesidad de que los jueces deban considerar el conocimiento específico que tenía la mujer para que la misma en base a sus experiencias previas pueda haber considerado la inminencia de la agresión, pese a que la misma no haya sido actual (Larrauri, 2002).

Otras autoras como Adrian Howe han seguido la misma línea de interpretación de la legítima defensa desde la perspectiva de género, pues la autora considera que la posibilidad de defensa es sumamente restrictiva para las mujeres que se defienden, ya que estas al no poder confrontar al agresor buscarán otros mecanismos para defenderse

disminuyendo el riesgo, por ejemplo, cuando se encuentran dormidos (Howe, 2002), siendo entonces imposible hablar desde la perspectiva tradicional, que existió algún tipo de agresión en ese momento por parte del agresor y cayendo nuevamente en el carácter restrictivo y sexista de la norma, tal como fue mencionado con anterioridad.

Sin embargo, ha sido la misma doctrina la que ha establecido, que, la actualidad puede presentarse en tres manifestaciones distintas, i. que sea inminente, ii. Que esté en curso iii. Que sea continuada. En el primer supuesto se entiende que la violencia es inminente en los casos en los que es probable que el simple peligro al bien jurídico se convierta en lesión al mismo. El segundo supuesto no resulta para nada problemático, ya que se entiende que la violencia se está produciendo en ese mismo momento y en cuanto a la tercera manifestación de la actualidad de la agresión, se entiende que la lesión a los bienes jurídicos se extiende en el tiempo. Es precisamente esta última manifestación la que resulta de trascendental importancia en este trabajo de investigación, puesto que, tratándose de violencia doméstica, debido a la convivencia y/o relación de intimidad, la agresión que se ejerce es continuada, misma que se caracteriza por ser un conjunto de agresiones sistematizadas que se extienden en el tiempo y que son un peligro para los bienes jurídicos. La reiteración de estos actos realizados por el agresor, significan que los mismos seguirán ocurriendo y además pone en un grave peligro la vida de la mujer, es por ello que autoras como Correa (2016) han propuesto que las agresiones continuadas sean consideradas como agresiones actuales en el marco de la legítima defensa, o bien mientras subsiste la defensa, pudiendo así configurar el primer requisito de la misma y desvirtuar aquellos criterios erróneos que han determinado que en este tipo de violencia no existe actualidad de la agresión, puesto a que no existe confrontación

Bajo estos presupuestos, si hacemos un análisis de la violencia doméstica se verifica que la agresión es actual, por cuanto ésta evidentemente es inminente, tal como se ha demostrado que sucede con el ciclo o circulo de violencia, que será analizado con posterioridad, ya que las agresiones de diversa índole no se dan de manera aislada sino que se reproducen cíclicamente en el tiempo, pasando de ser simples peligros a los bienes jurídicos y convirtiéndose en daños reales a la integridad física, sexual y psicológica de la mujer, siendo así que esta reproducción de violencia tal como fue explicado, la convierte en continua, de manera que es necesario dejar en el pasado la idea común y tradicional de que estamos frente a la violencia actual, únicamente cuando el acto violento se está produciendo, sino que es necesario entender a la misma desde sus diferentes manifestaciones, ya que solo así se podrá comprender el por qué las mujeres víctimas de violencia doméstica buscan mecanismos idóneos para poder defenderse y no siempre lo harán en presencia de una agresión actual, considerada desde un criterio tradicional.

1.2.1.1. La violencia doméstica como forma de tortura y su relación con la legítima defensa

Es necesario hacer mención a un enfoque sumamente interesante y que se ha admitido para justificar la actualidad de la agresión y demás requisitos en casos de legítima defensa. Actualmente a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se considera a la violencia doméstica como una forma de tortura, Rhonda Copelon, autora que planteó esta teoría, determinó la necesidad de dejar atrás el criterio clásico de la tortura, pues se ha entendido a la misma como la invasión física brutal del cuerpo, sin embargo, esta concepción complica los objetivos fundamentales de la tortura moderna, debido a que al considerar a la brutalidad física como el requisito sine qua non de la tortura, provoca que se ignore los daños psicológicos y a la dignidad humana que se puede provocar a una persona (Copelon, 1997). Según la autora, la tortura supone la existencia de cuatro elementos: 1. Dolor y sufrimiento físico y mental severos; 2.

Infligidos en forma intencional; 3. Para propósitos específicos; 4. Con alguna participación oficial, ya sea pasiva o activa (Copelon, 1997), situaciones que se producen en el ámbito de la violencia doméstica y que por ende, ha permitido considerar a la misma como tortura. Un caso real y paradigmático discutido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el de Maria de Penha Maia Fernandez vs. Brasil, caso en el cual se condenó a Brasil por no haber tomado las medidas necesarias para sancionar a Marco Antônio Heredia Viveiros, quien constantemente había agredido a su esposa María da Penha Maia Fernandes y que como último acto de violencia disparó a María con un revolver mientras ella dormía, esto produjo que deba someterse a varias de operaciones para terminar por ocasionarle paraplejia irreversible y otros traumas físicos y psicológicos. El Estado Brasileño fue sancionado puesto a que no respondió frente a las múltiples denuncias que fueron presentadas por la víctima y por la tardía administración de justicia, convirtiéndose así en cómplice de los fatales resultados para la vida de María.

De igual manera, es necesario ejemplificar los casos de extrema violencia que pueden llegar a vivir las mujeres dentro del hogar, para lograr entender cuál es el contexto de violencia física, psicológica y sexual que estas pueden experimentar y las razones por las que se la ha equiparado con la tortura:

“Durante el primer año juntos, Jim no permitía que Molly saliera de casa, que abriera las persianas o hablara con los vecinos. Jim inventaba historias de que Molly tenía romances con cualquier persona que a él se le ocurriera, existían golpes y Molly pensaba que era culpa del alcohol.

Para el siguiente año las agresiones físicas eran más frecuentes. Jim golpeaba a Molly sin razón alguna, luego le decía que se levantara y a veces la volvía a tumbar, y esto seguía hasta que ella no podía levantarse más. Al principio, Jim ocasionalmente se

disculpaba, aunque aún culpaba su violencia a algo que ella había hecho u olvidado hacer. Molly se quedó porque Jim le amenazaba con matar a su familia, y ella le creyó. Empezó a tener dolores de cabeza y mareos constantes. Sabía que debía hacer algo, pero le bastaba con sobrevivir hasta el día siguiente.

Un año más tarde, Jim estaba tomando bastante más. Acusaba a Molly de tener romances y luego comenzaba a golpearla. Insistía en tener relaciones sexuales prácticamente todas las noches, y esto con frecuencia implicaba también violencia. Molly siempre exhibía moretones, marcas de dientes y raspaduras. Jim también exigía sexo después de golpearla, lo cual era especialmente doloroso cuando Molly estaba herida. Empezó a agradecer los momentos de inconsciencia como un refugio. Molly simplemente vivía con temor de la ira de Jim y trataba de evitar todo aquello que pudiera desencadenarla. Pero no había nada que pudiera hacer.

Molly se quedó embarazada en agosto. Jim empezó a salir con otras mujeres y le hablaba a Molly acerca de ellas, jóvenes, bellas, sin estrías, sin hijos. Decía que abusaba de ella sexualmente por su edad; ya no era virgen y se lo merecía.

Un día Jim llegó a casa y encontró a Molly en el jardín hablando con una vecina. Comenzó a golpear a Molly con los puños, lanzándola contra los gabinetes y electrodomésticos, tirándola al piso, halándola para que se levantara y golpeándola de nuevo. Tiro todo lo que era movable de la cocina, diciendo una y otra vez “no puedo confiar en ti”. Luego Jim arrastró a Molly hasta la sala y le exigió quitarse toda la ropa. Luego la quemó junto con la otra ropa de ella que se encontraba en el closet, diciéndole que no la necesitaría si iba a ser una prostituta. Le gritó y le gritó por haber estado afuera, mordiéndola, pellizcándola, halándole el cabello, pateándola en las piernas en la espalda. Molly contuvo el aliento rezando para que terminara pronto. Esta vez pensó que podría

morir. Después de aproximadamente una hora, Jim pareció cansarse. Molly se arrastró hasta el baño y trato de dejar de temblar. Pero Jim entró allí súbitamente y la acusó de tratar de ocultar algo, diciendo que eso demostraba que ella le había sido infiel. La empujó hacia adelante sobre el lavamanos y la violó analmente, golpeando su cabeza contra el espejo mientras lo hacía. Molly comenzó a vomitar, pero él continuó. Luego agarró las tijeras y comenzó a cortar el cabello largo y hermoso de Molly, raspándole el cuero cabelludo con las cuchillas, arrancándole, el cabello a manotadas, sacudiéndola violentamente y diciendo “¿Cómo te parece que te ves ahora? Ahora nadie te mirará ¿cierto? ¡Ahora nadie te va a querer!” Ella nunca había experimentado tanto dolor. Al día siguiente, Jim dijo a Molly que ella nunca debía salir de la casa otra vez, por ninguna razón. Molly estaba sangrando, vomitando, muy golpeada y no podía caminar, pero a Jim no parecía preocuparle ninguna de sus heridas. Le advirtió que “perdería” a Kevin si alguna vez le volvía a desobedecer. Después de esto, Jim permaneció más en la casa y llamaba a Molly con frecuencia cuando tenía que salir. Molly se sintió enferma durante meses. Se movía lentamente y solo trataba de cuidar a Kevin.

Pasó el tiempo y las agresiones continuaban. Jim decía que ella no estaba sintiendo suficiente dolor y la golpeaba más duro, pero Molly permanecía callada pensando. “El podrá poseer mi cuerpo, pero trataré de no permitirle que posea mi mente”. Aun así, se quedaba, agotada, enferma, no sabiendo a dónde ir. Jim estaba tan enloquecido ahora que ella no creía que pudiera irse con el bebé sin que alguien resultara asesinado” (Copelon, 1997, págs. 111-113).

Este solo es un claro ejemplo, de la violencia que puede vivir una mujer dentro de su hogar, violencia que como se pudo observar no se da en un solo acto, o dura un

corto periodo de tiempo, esta es una de las realidades que viven distintas mujeres día a día y que les provoca la idea de que la única forma de terminar con el sufrimiento es matando a su agresor o en su defecto pretenden defenderse del mismo pese a que no exista confrontación.

Al entender a la violencia doméstica como una forma de tortura, en cierta forma facilita la aplicación de la legítima defensa en los casos de las mujeres que agreden a sus parejas, puesto a que no se puede exigir ningún tipo de deber de tolerancia (Capilla, 2015), y además porque para las víctimas la violencia que sufren siempre es inminente, así por ejemplo en el precedente del Supremo Tribunal de Justicia de San Luis in re “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”, sentencia Nro. 10/12 del 28 de febrero de 2012 emitida por el Tribunal de Tucumán-Argentina, estableció:

“En un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra entrampada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza”(pág. 15).

Además, el mismo Tribunal estableció que la actualidad de la agresión perdura en casos de violencia doméstica, puesto a que la actualidad también viene dada de la brutalidad física y sexual que vive la mujer, viviendo en un constante peligro, puesto a que la misma no sabe cuándo terminará la agresión.

En base a los ejemplos expuestos, se verifica que dentro de la violencia doméstica existen actos en contra de la integridad física de la mujer, ya que es común que

el varón la golpee, con bofetadas, patadas, con toda clase de objetos, o que utilice artefactos para generarle dolor como cuchillos, cigarrillos. Además, también suelen realizarse actos en contra de su integridad sexual, igualmente golpeándolas durante el sexo, a través de la inserción de instrumentos o animales en la vagina, violándolas o inclusive obligándolas a tener relaciones sexuales con otras personas o con animales. Ciertas mujeres son mutiladas sus genitales o son golpeadas hasta generarles incapacidades, el aborto, mutilamientos y la muerte (Copelon, 1997). Es imposible en la actualidad negar que en la vida cotidiana se generan actos que vulneran brutalmente la integridad física de la mujer, criterio por el cual, se cumple con parte del primer requisito establecido por la autora, el dolor y sufrimiento físico.

Sin embargo, no basta únicamente el sufrimiento físico, sino que para que se configure la tortura también es necesario que exista un daño de tipo psicológico, tal como se ilustró en los ejemplos, mismo que se configura por humillaciones, angustia, amenazas de muerte, estrés, manipulación para terminar con la voluntad de la persona torturada, entre otros, que también se presentan en el ámbito de la violencia doméstica, de hecho para algunas mujeres en ciertos casos resulta peor la violencia de tipo psicológico que la física, puesto a que las coloca en una situación de temor severo y permanente, por lo que intentan evitar realizar cualquier tipo de acto que pueda despertar la ira del agresor y además caen en estados de depresión, ansiedad y pasividad, pues estudios han determinado que la mujer permanece pasiva y no abandona el hogar, porque se culpa a sí misma de la violencia, y por ello se siente impotente de hacerlo (Copelon, 1997).

El maltrato físico y psicológico debe haberse producido de manera intencional, siendo contrario a la voluntad de la víctima, esto se ha verificado en distintos casos de tortura, cuando los torturadores inclusive han sido preparados y entrenados para torturar.

En este caso la autora considera que tratándose de violencia doméstica el agresor no actúa de manera intencional, sino que lo hace impulsivamente. Sin embargo, a nivel legal estos actos no se encuentran justificados y, por lo tanto, el agresor, deberá ser declarado culpable. Sostiene, además, que el centrarse en la intención del torturador se ignora el sufrimiento de la víctima, otorgándole el perdón al agresor y negándole a la víctima el reconocimiento de sus derechos, lo cual únicamente pretende la despolitización de la violencia doméstica (Copelon, 1997).

Todos estos actos de violencia, están dirigidos a obtener un fin en concreto, que generalmente es la intimidación, obtención de información, el castigo, la anulación o disminución de la personalidad o la discriminación, sin embargo, a nivel internacional poco o nada ha importado cual es el propósito de la tortura, pues únicamente basta con que el Estado emplee o permita la tortura, para que esto sea considerado como una ofensa a la dignidad humana. Al igual que la tortura la violencia doméstica cuenta con sus propios mecanismos que pretenden la subordinación de la víctima, por ejemplo, se generan interrogatorios como las comunes preguntas de ¿Dónde o con quien estuviste?, ¿Me estás engañando?, ¿Quién te visitó?, ¿Por qué quieres trabajar?, ¿Por qué te arreglas tanto?, y un sin número de cuestionamientos que se hacen a la mujer con la finalidad de seguirla oprimiendo y suprimiendo su voluntad como ser humano, pero que a diferencia de la tortura en la que su finalidad es, por ejemplo, la de obtener información, en la violencia doméstica, lo que se pretende es lograr humillar y someter a la víctima. De manera que al igual que la tortura, en la violencia doméstica se utilizarán mecanismos similares para lograr fines específicos y propios de la misma.

Finalmente, termina la autora, por analizar el último requisito de la tortura y que se verifica en la violencia doméstica, que es la injerencia del Estado, ya sea activa o

pasivamente, para ello es necesario distinguir lo que sucede en la esfera pública y en la privada, puesto a que es en esta última donde la violencia de género toma el nombre de violencia doméstica. Para Rhonda Copelon, al hablar de tortura desde un punto de vista estatal, causa menor aflicción que cuando se habla de la violencia que sufre la mujer dentro del hogar puesto a que en la tortura oficial se supone que se excluye el resarcimiento a la víctima por medio del Estado, sin embargo, es dentro de la violencia doméstica donde las leyes son prácticamente inexistentes, y si existen no se las hace valer. En segundo lugar se considera que en la tortura oficial la víctima se encuentra en custodia, mientras que las víctimas de violencia privada no lo están y porque además siempre será mucho más doloroso recibir golpes o maltratos de un ser cercano que de un funcionario público que resulta ser desconocido (Copelon, 1997). En cuanto a ello, dentro del marco de la legítima defensa, surge la interrogante de cómo puede el Estado exigir que no se defienda quien no está siendo defendida por el Estado.

Han sido las doctrinas jurídicas de género las que afortunadamente se han encargado de lograr que en la actualidad se pueda considerar a la violencia doméstica como una forma de tortura, pues hace algunos años, era imposible siquiera intentar considerar esta posibilidad, puesto a que se entendía que esta violencia era de tipo privada, que nadie podría entrometerse en la vida del hogar y sobre todo, era absolutamente normal que fuese el hombre quien se encargara de castigar o sancionar a la mujer cuando esta desobedecía sus órdenes, además de que la violencia doméstica en contra de la mujer, ni siquiera podía ser considerada como un crimen (Douglas, 2008); sin embargo, en la actualidad no solo este tipo de violencia se encuentra tipificada y debidamente sancionada, sino que además se considera que la violencia doméstica es una grave violación a los derechos humanos y por lo tanto, se la puede calificar como una forma de tortura. Bajo estos preceptos se encuentra la importancia de que la violencia doméstica

pueda ser entendida como una forma de tortura, pues la administración de justicia, debe tomar en cuenta el contexto de subordinación y opresión en el cual pueden vivir las mujeres, para así comprender el actuar de las mismas, cuando deciden defenderse.

Efectivamente, al ser la violencia domestica una forma de tortura, facilita la aplicación de los criterios de la legítima defensa, puesto a que no se le puede impedir a una persona que se encuentra siendo víctima de violencia sistemática que se defienda del agresor, puesto a que no se trata de un solo acto que atenta en contra de su integridad física, psicológica y sexual, sino que son una serie de actos sistematizados, que legitiman a la mujer para que pueda defenderse en contra de su agresor.

Es así como la actualidad de la agresión como requisito de la legítima defensa, genera varios inconvenientes al momento de su aplicación, sobre todo cuando se trata de las mujeres que agreden a sus maridos y que no existe confrontación. Lamentablemente los operadores de justicia no tienen conocimiento de las realidades que vive la mujer y tienden a invisibilizarlo o a minimizarlo, creyendo muchas veces que la culpa la tiene la víctima por no abandonar el hogar, sin tomar en consideración las causas de subordinación política, económica y social que esta vive día a día. Sin embargo, tal como fue establecido en la sección anterior, si resultara demasiado problemático el aplicar la legítima defensa como causa de justificación, debido a las dificultades que genera la actualidad de la agresión, podría tomarse en cuenta el estado de necesidad disculpante, en los términos previamente determinados.

1.2.2. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

Este requisito presenta dificultades en tanto no se lo entienda desde una perspectiva de género, pues las doctrinas clásicas han intentado culpabilizar a la mujer, suponiendo que ésta siempre era quien provocaba a su pareja y además se pretendía

obligarla a que sea sumisa, pasiva, que no actúe frente a las agresiones del marido, y si lo hacía, merecía recibir una sanción. Sin embargo, en la actualidad los estudios han demostrado que el nivel de provocación que se da en la violencia doméstica por parte de la mujer es sumamente bajo para el agresor, pues este ostenta un nivel de superioridad frente a la víctima, y además, como es evidente, se ha dejado atrás la idea retrograda de que la mujer tiene la obligación de soportar los maltratos de su pareja, y por el contrario, se ha hecho énfasis al establecer que la mujer en ningún caso tiene la obligación de soportar maltrato alguno (Del Río, 2016).

Fuera de este contexto, este requisito no presenta mayores dificultades, pues como fue mencionado con anterioridad las mujeres al considerar que es imposible enfrentarse al agresor buscarán mecanismos para defenderse que no incluyan confrontación, de manera que bajo estos presupuestos es inverosímil hablar de provocación por parte de la mujer, porque ni siquiera existió confrontación previa.

1.2.3. Necesidad de la defensa

El tercer y último requisito que exige la legítima defensa en nuestra legislación presenta sus dificultades propias. Como fue establecido en la sección anterior, la necesidad de la defensa habrá que entenderla desde una doble perspectiva. El primer aspecto supone que debe existir esa necesidad de defenderse, lo cual no implica en todos los casos que la agresión se esté produciendo en ese momento, pues como fue determinado al momento de tratar la actualidad de la agresión, en casos de violencia doméstica, la agresión se extiende en el tiempo, de manera que al ser eminente o al tratarse de una violencia continuada es suficiente para que la mujer considere que existe la necesidad de defenderse de su agresor.

Sin embargo, en cuanto al segundo aspecto, la necesidad racional del medio empleado, es el que resulta ser más problemático, porque la mujer al momento de defenderse en caso de que exista confrontación, no estará en las condiciones para poder elegir cuál será el medio más adecuado y que generará menor afección al bien jurídico, lo cual ha sido ya resuelto inclusive desde la doctrina penal tradicional; pero en caso de que no exista confrontación, lo cual es lo más común en violencia doméstica, la mujer generalmente elegirá el medio más lesivo, puesto a que tiene conocimiento de que el hombre es físicamente más fuerte que ella, en base a sus experiencias previas, y además el daño psicológico que se ha causado en las mujeres es tan brutal que no se les puede exigir a las mismas elegir un medio menos lesivo a la integridad física de su agresor, ya que el temor intenso¹ que se ha generado en ellas les impulsa a buscar los medios que les sean más efectivos para defenderse, consecuentemente se entiende que la mujer debe aprovecharse de alguna situación en la que el hombre se encuentre indefenso y que su capacidad de alguna forma esté disminuida (Robertson, 2003). Además, en la actualidad al entender a la violencia doméstica como una forma de tortura, no se le puede exigir a la mujer que tenga que recibir una cantidad determinada de ataques como para justificar la necesidad racional del medio empleado, ni tampoco se la puede limitar a optar por un medio o un resultado menos lesivo (Capilla, 2015).

Se puede observar, que pese a que la legítima defensa desde una perspectiva de género, o la legítima defensa “privilegiada”², se considere un tema aparentemente nuevo, ya ha sido anteriormente analizado desde la doctrina penal tradicional, así Roxin en cuanto a la necesidad de la defensa ha establecido:

¹ No se hace referencia como causa de justificación.

² Nombre que se le ha dado en Argentina, en los casos de mujeres víctimas de violencia doméstica que se convierten en victimarias.

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

Es de esta manera, como se verifica que la necesidad racional de los medios empleados ha sido resuelto desde diversos puntos de vista, esto es, desde la doctrina penal tradicional, así como también desde las teorías jurídicas de género, de manera que no se le puede exigir a la mujer que busque el medio menos lesivo para poder defenderse, así como tampoco se le puede exigir que haga una valoración de proporcionalidad de la defensa, ya que como se ha venido insistiendo, la mujer se encontrará en una posición de subordinación provocada por el agresor y por ende, no se le podrá requerir una conducta diferente.

1.2.4. Breve referencia al “síndrome de la mujer maltratada”

Es en la violencia doméstica donde se generan algunas graves vulneraciones a los derechos humanos, puesto a que, al hablar de la misma, no solamente nos referimos a un tipo de violencia en específico, que generalmente se considera que es la violencia física, sino que debe entenderse como violencia doméstica, a todo tipo de violencia, es decir, violencia física, psicológica, sexual, patrimonial, y toda violencia que está

reconocida en tratados de derechos humanos, incluyendo la Convención de Belém do Pará, a nivel internacional, y en la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, a nivel nacional.

La violencia doméstica se reproduce cíclicamente en el tiempo, es decir, se encuentra constituida por varios actos que se dan a lo largo del tiempo, actos que consisten en los distintos tipos de violencia ya mencionados, y que generan lo que fue denominado por la psicóloga Leonor Walker como el ciclo de violencia, mismo que se produce en tres fases, que variarán en intensidad y duración. Según aquello la primera fase es la de aumento de tensión, seguida por la fase de incidente agudo de agresión y terminando con la fase de amabilidad, arrepentimiento y comportamiento cariñoso o también denominada como calma “amante” o “luna de miel”:

1.2.4.1. Aumento de tensión: La primera fase se caracteriza por agresiones leves, de tipo psicológicas, amenazas e intentos de golpes, fase en la cual la mujer intenta negar su realidad persuadiendo al agresor a través de diversas técnicas que le han resultado efectivas con anterioridad, como ser condescendiente con él, complacerle en lo que le pida, o simplemente permaneciendo fuera de su camino, sin embargo, el varón por el contrario aumenta paulatinamente la opresión, los celos y la posesión sobre la mujer, considerando que, debido a su posición, su conducta es legítima y tiene derecho de corregirla. Sin embargo, pese a la conducta del varón, la mujer no lo confronta, no porque quiera ser maltratada sino porque teme que su ira pueda agudizarse y, por ende, pretende evitar realizar cualquier tipo de acto que pueda enfurecerlo. Generalmente en esta fase, la mujer es quien se siente responsable por el maltrato que sufre por parte de su pareja, tiende a

minimizar su realidad como una forma de autoayuda para poder enfrentarlo y sobre todo vive con la esperanza que con el tiempo su situación mejorará, sin embargo, aquello no sucede, puesto que con el pasar del tiempo la tensión se agudiza, las humillaciones y los incidentes menores son más frecuentes y la ira resultante dura más tiempo, esto es lo que provoca pasar a la segunda fase de este ciclo de violencia (Walker, 1979).

1.2.4.2. Incidente agudo de agresión: Leonor Walker ha establecido que esta fase se caracteriza por una descarga incontrolable de las tensiones acumuladas en la primera fase, y se diferencia de la primera fase porque la pareja considera que estos incidentes son de naturaleza incontrolable, es decir, tanto el agresor como la mujer agredida comprenden y están conscientes de que su ira está fuera de control. Las agresiones ya no son solo de tipo psicológicas o amenazas, sino que a diferencia de la fase uno, en esta fase, la mujer ya es golpeada físicamente por la pareja; el agresor, pese a que intenta justificar su comportamiento ya no logra hacerlo, su ira es tan grande que al final termina sin entender qué fue lo que pasó, generalmente culpa al trabajo, a la tensión o a circunstancias que le molestaron por actos realizados por la mujer en la fase uno. Al parecer el agresor disfruta del dolor de la víctima, si la mujer se queja o intenta defenderse puede sufrir quebraduras de los brazos o también pueden sufrir heridas graves si caen o son empujadas contra los objetos que se encuentren en el lugar, la lastima con la única finalidad de darle una lección y se detiene únicamente una vez que siente que la mujer la ha aprendido.

Esta etapa es la más breve de todas puede durar de dos a veinte y cuatro horas, sin embargo, cuando la víctima sabe que esta fase se acerca le genera varias afecciones

pues esta se pone ansiosa, deprimida, tiene fatiga constante, pérdida de apetito o come y duerme en exceso, etc.

El hombre es el único que puede terminar con esta fase, y una vez que ha concluido el agresor y la víctima entran en una etapa de negación, intentando racionalizar lo sucedido y encontrar una explicación a ello. Las mujeres que han sufrido violencia física intentan minimizar las heridas que han sido provocadas, no acuden a centros de salud a menos de que sus heridas sean tan graves que requieran de atención inmediata, Leonor Walker establece que las mujeres después de tal agresión entran en un colapso emocional que dura de veinte y ocho a cuarenta y dos horas, teniendo como síntomas la depresión, indiferencia y sentimientos de impotencia, razón por la cual tardan en buscar ayuda ya sea médica, psicológica o incluso de asesoría legal (Walker, 1979).

1.2.4.3. Amabilidad, arrepentimiento y comportamiento cariñoso: seguida a la fase dos viene inmediatamente la fase tres, que se caracteriza por el arrepentimiento del agresor de su conducta en las dos fases anteriores, intenta ser cariñoso y es amable con la mujer, le jura a la víctima que no lo volverá a hacer y suplica por su perdón, de hecho está realmente convencido que lo acontecido no volverá a suceder, sobre todo porque considera que ya le ha dado a la mujer la lección que quería y que ella ha comprendido, y por ende, no se encontrará nuevamente en la tentación de agredirla. En esta fase el hombre realmente intenta hacer cambios en su vida para demostrarles a todos los involucrados que es una nueva persona, es por eso que las mujeres que deciden abandonar a sus parejas lo hacen al inicio de esta fase, pues caso contrario, son persuadidas y deciden nuevamente confiar en el agresor, piensan que en ese momento podrán ser felices, pasan de ser mujeres

asustadas, enojadas, heridas a ser mujeres seguras y con confianza en sí mismas. Al inicio, es decir, después de la agresión aguda que ha vivido la mujer, el hombre intenta acercarse a ella por cualquier medio, incluso utilizando a todas las personas sobre las que él tiene poder para que pidan que lo perdone, en ciertos casos inclusive intentan culpabilizarla de las consecuencias que se podría producir si decidiera abandonarlo. Generalmente las mujeres que tienen esa idea tradicional de que el matrimonio es para siempre, aceptan regresar con su pareja, pese a que no estén completamente felices de hacerlo. Sin embargo, si la persona agredida decide perdonar, vive realmente ese sueño del amor y piensa que han logrado superar las barreras como pareja, cree que ese es él realmente y que es el hombre del que se enamoró, de un hombre bueno y que la ama. Es en esta etapa cuando las mujeres se retractan de sus denuncias, de la separación o el divorcio ya que idealizan que su relación de amor y confianza se mantendrá, aunque las mujeres que han vivido con anterioridad otros ciclos de violencia sienten odio y vergüenza hacia sí mismas, pues creen que se han convertido en cómplices de su propia agresión, lo cual es reforzado por la sociedad, su familia, los abogados y los mismos operadores de justicia. Es difícil determinar el tiempo que dura esta fase, solo se ha determinado que es más largo que la segunda fase y menor que la primera, sin embargo, como ya fue establecido, al ser un ciclo, poco a poco esta fase va concluyendo y empiezan a generarse nuevamente incidentes pequeños para iniciar de nuevo con la fase uno, de acumulación de tensión y volver a configurar el ciclo de violencia. Cuando vuelve a iniciar la fase uno, es cuando las mujeres podrían defenderse de sus parejas inclusive dándoles muerte no de manera alevosa o premeditada, sino

porque no quieren sufrir nuevamente violencia y sobre todo porque están convencidas de que es la única manera de terminar con ella (Walker, 1979).

Como se ha podido verificar, la violencia doméstica se produce cíclicamente, siendo diversas etapas las que definen la vida en pareja y el estado emocional de la mujer, la cual prácticamente ha sido olvidada por el sistema de justicia y maltratada por un hombre a quien ama y de quien con frecuencia depende económicamente, al igual que los hijos que tenga la pareja. La realidad ecuatoriana no es tan alejada a lo establecido, es en virtud de ello que, en los cinco últimos años, esto es desde agosto del 2014 hasta agosto del 2018 han habido 2202 denuncias por violencia física, 6505 denuncias por violencia psicológica, 158 por violencia sexual y 58 denuncias por violencia económica (Consejo de Seguridad Ciudadana, 2018).

Es por ello que se insiste en la necesidad de que los Tribunales Penales tengan conocimiento de la realidad de subordinación en la que vive la mujer y la razón por la cual, al no hacer uso de medidas eficaces para evitar la violencia en contra de la misma, se debe dar una aplicación de la legítima defensa desde una perspectiva de género.

CAPÍTULO 2.- ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA EN EL CASO No 17721-2016-0233

2.1. Análisis de la aplicación de las teorías con enfoque de género en la práctica judicial, respecto a la legítima defensa efectuada por mujeres víctimas de violencia de género.

Una vez estudiado lo que se entiende por legítima defensa tanto por la doctrina penal más tradicional cuanto por las teorías jurídicas de género, resulta necesario analizar la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia en la causa Nro. 17721-2016-0233, pues este es uno de los pocos casos en los que en el Ecuador se ha pretendido juzgar a una mujer propiamente desde una perspectiva de género.

2.1.1. En cuanto a los hechos.

Los hechos se suscitaron el 6 de enero del 2014, cuando Verónica M. agredió a su conviviente Diego A., con un cuchillo generándole lesiones que le provocaron una incapacidad de nueve a treinta días. Los testimonios tanto de “la víctima” como de la procesada fueron contradictorios, puesto que Diego A., declaró que el día de los hechos se encontraba enfermo de la barriga, por lo que su conviviente procedió a darle de tomar unas aguas preparadas por ella conjuntamente con medicina, por lo cual el lesionado afirmaba que había sido drogado por la misma, ya que Verónica M., después de ello

procedió a atarlo en la cama y lo apuñaló en el pecho, en el brazo y cerca del ombligo, para luego él lograr zafarse de la soga y finalmente encerrarse en el baño.

Verónica M. por el contrario en su testimonio afirmó que ese día Diego A., en una discusión que estaban teniendo procedió a ahorcarla, ella con la finalidad de evitar ser estrangulada llamó con desesperación a su hijo menor de edad, cuando él llegó, Diego A., lo empujó, provocando que cayera de espaldas, y quiso golpear al niño con un candado, Verónica M., para defender a su hijo cogió un cuchillo que sabía que Diego A., tenía en la habitación y lo apuñaló por lo que él la atacó con el candado.

Pese a que ninguna de las dos declaraciones logró demostrarse, los Tribunales de primera y segunda instancia decidieron condenar a Verónica M., por el delito de lesiones, así por ejemplo la Sala consideró como cierto y probado:

“(...) [Diego E.] refiere haber tomado medicación proporcionada por la conviviente procesada; sin embargo, no existe prueba alguna que demuestre que, efectivamente, estuvo bajo algún sedante o efecto toxicológico...”

[La procesada] alega [que el presente caso se adapta o] se trata de una causal de excusa, de conformidad con el artículo 25 del Código Penal, (...) [debido a que las heridas] las ocasionó en defensa de su hijo menor de edad; sin embargo, de la prueba actuada no se desprende que el menor de edad hubiese sufrido algún golpe o herida...”
(Caso Nro. 17721-2016-0233-Recurso de Casación, 2017, págs. 1-2)

Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal decidió casar de oficio la sentencia, pues si bien no se había logrado demostrar estos hechos alegados por Verónica M., si se demostró la existencia de una relación conflictiva entre los sujetos procesales, razón por la cual se realiza el análisis respectivo en cuanto a la legítima defensa

encontrada dentro del margen de la perspectiva de género, y en base a ello absuelven a Verónica M., ratificando su estado de inocencia.

2.1.2. Análisis del Tribunal de Casación

El Tribunal de Casación estuvo conformado por los doctores Jorge Blum Carcelén, Marco Maldonado Castro y en la ponencia la Doctora Gladys Terán Sierra, quienes tuvieron la acertada decisión de casar la sentencia de oficio, pues al parecer la defensa de la procesada desconocía completamente que la legítima defensa puede aplicarse desde una perspectiva de género, ya que no hizo el énfasis requerido en el contexto de violencia crónica en el que vivía la sobreviviente, (Verónica M.), pues eso se pudo verificar en la defensa que realizó inclusive hasta ante la Corte Nacional de Justicia.

Partiendo desde un criterio amplio surge la necesidad de puntualizar la obligación por parte de los Tribunales de realizar un análisis no androcéntrico pues como se ha insistido a lo largo de este trabajo de investigación, las normas al haber sido creadas por y para los hombres no siempre pueden regular y por tanto sancionar adecuadamente a una mujer violentada, pues desconocen las características específicas de la violencia de género. Para un correcto análisis desde la perspectiva de las mujeres, es necesario posicionarse en la realidad que éstas han vivido, tomar en cuenta la subordinación política, económica y social en la que se encuentran de manera sistemática y sobre todo la situación de inferioridad que ha marcado la sociedad en ella.

En el caso en concreto para el Tribunal fue trascendental un solo hecho ya probado en instancias inferiores y que es trascendental para el posterior análisis que realiza, como es que Verónica M., “mantenía una relación conflictiva con su pareja” (Caso Nro. 17721-2016-0233-Recurso de Casación, 2017, pág. 12), lo cual, pese a no haber sido valorado correctamente, es corroborado con el testimonio rendido por la

procesada ante el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, en el cual supo manifestar:

“...el empezó a tener celos tontos, ella llegaba y empezaba a pegarle comenzaba a romper la ropa, hacer lo mismo que tal vez le hacía a la otra, comenzó a escribirle en todo el cuerpo del nombre de ella, morados los brazos, chupones, ponerle la ropa de él, que su autoestima estuvo por el piso y aguantó lo que él le hacía, le parecía bonito que le ponga en el pecho, que estaba mal, que rompía el celular le rayaba el carro, rompía las pastillas, que económicamente le hacía atrasar más y más, y por seguir con él, a veces descuidaba un poco a sus hijas, ella vivía aparte, cuando se dio cuenta un día casi la mata, le ahogó con la almohada, le intentó matar, fue tres veces preso, fue a la comisaría, que las demás veces se aguantaba porque la tenía amenazada que le iba a matar a su hijo pequeño, que una vez al salir de un garaje le apuñaló en la cabeza, que con el estilete, con cigarrillos le quemaba la cama, que ella le dejaba y él le encontraba...” (Caso 17281-2014-2538- Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 2015, pág. 8).

Sin embargo, tal como sucedió en el presente caso, el Tribunal no creyó en el testimonio rendido por Verónica M., pues es sumamente común que los Tribunales no les crean a las mujeres, pues consideran a su testimonio como algo no importante.

Al parecer las dos instancias inferiores tenían una concepción absolutamente errónea, puesto que para los jueces la relación conflictiva fue probada por lo que efectivamente esta existía, inclusive la misma Fiscalía en la fundamentación del recurso de apelación afirmó que existían antecedentes de violencia, tal es el caso que ya existían

dos procesos que Verónica M., había iniciado en la Comisaría de la mujer, uno en Quito y otro en Otavalo, sin embargo, entendieron que no era suficiente o trascendental esta circunstancia, razón por la cual consideraban que no podía hablarse de legítima defensa, además se alegó que Verónica M., habría actuado en defensa de su hijo menor, sin embargo, esto no fue probado, razón por la cual la Sala de Pichincha llegó a la siguiente afirmación:

“(...) lo que sí queda evidenciado por el propio testimonio de la procesada es que mantenía una relación conflictiva con su pareja, que la confrontación no se inicia con el hijo, más bien es con ella misma, ante lo cual, su hijo menor de edad habría tratado de intervenir en su defensa; esto significa que ella no interviene en defensa de su hijo, sino al contrario, su hijo habría intentado defenderla (...)” (Caso Nro. 17281-2014-2538- Recurso de Apelación, 2016, pág. 4)

Posterior a este análisis e interpuesto el recurso de casación, el Tribunal efectivamente decide casar de oficio la sentencia del Tribunal a quo, partiendo propiamente de la existencia de violencia dentro de la relación de los sujetos procesales, lo cual se considera que es absolutamente loable por parte del Tribunal, puesto que como fue especificado con anterioridad, esta situación habría sido irrelevante bajo consideraciones doctrinarias tradicionales, pues de haberlo considerado Verónica M. no hubiese sido condenada por el delito de lesiones.

Es así que teniendo como punto de partida el ejercicio de poder bajo el que vivía Verónica M., el Tribunal de Casación procede a realizar el análisis del ciclo de violencia para poder entender el porqué del actuar y del temor que ella tenía con respecto su conviviente.

Si bien el Tribunal de Casación consideró esta relación conflictiva, es necesario analizar si el mismo lo hizo propiamente desde una perspectiva de género, pues es ampliamente conocido que en la actualidad pese a que los legisladores o jueces anuncian proteger a la mujer, no solo siguen analizando su situación desde un orden androcéntrico, sino que ratifican su subordinación en el intento y consecuentemente su discriminación.

Alda Facio considera que es menester identificar las distintas formas en las que el sexismo se manifiesta en los textos legales, ya sea por medio del androcentrismo, el dicotomismo sexual, etc. (Facio, Cuando el género suena cambios trae, 1992), puesto a que únicamente de esta forma se puede llegar a determinar si es que realmente el análisis se lo hace desde una perspectiva de género.

Dentro de este estudio, resulta necesario detenerse sobre los tres requisitos de la legítima defensa que fueron analizados por el citado Tribunal, pues aquello resulta indispensable para llevar a cabo un análisis crítico dentro de este trabajo de investigación.

2.1.2.1. Agresión actual e ilegítima

Con respecto a este requisito el Tribunal es claro al determinar que la agresión debe entenderse como cualquier acto ya sea físico o psicológico que ponga en peligro bienes jurídicos, lo cual no causa mayor problema con respecto al análisis. Sin embargo, como fue especificado en el capítulo anterior, genera mayor dificultad el momento en el que se hace referencia a la actualidad de la agresión, puesto que es sumamente construir este criterio desde una perspectiva de género que tenga en cuenta los ciclos de violencia a lo largo del tiempo. La actualidad de la defensa que ha sido resuelta desde la propia teoría general del delito y en el código penal, es por ello que el Tribunal consideró que la actualidad de la agresión implica “(...) que ella aún perdure, esto es, que se la haya dado comienzo pero que todavía no termine(...)” (Caso Nro. 17721-2016-0233-Recurso de

Casación, 2017, pág. 18). Sin embargo, este criterio se lo sigue haciendo desde una visión androcéntrica, es decir, para mayor entendimiento del lector, se considera que el adrocentrismo:

“Se da cuando un estudio, análisis o investigación se enfoca desde la perspectiva masculina como central a la experiencia humana y por ende la única relevante haciéndose el estudio de la población femenina cuando se hace, únicamente en relación a las necesidades y/o preocupaciones del sexo dominante masculino” (Facio, Cuando el género suena cambios trae, 1992, pág. 78)

En virtud de ello, el Tribunal cae en el yerro de hacer un análisis “desde una perspectiva de género” en un contexto legal androcéntrico, es decir, el Tribunal recurrió a doctrina que ha sido creada sobre el modelo del hombre como el centro de lo humano, sin tomar en cuenta la doctrina crítica que ya se ha desarrollado para favorecer la igualdad de las mujeres, tomando en cuenta sus especificidades, como fue demostrado en el capítulo anterior. De este modo al hablar de la actualidad de la agresión, no se identificó lo que es el ciclo de violencia, o por qué los bienes jurídicos de la mujer estaban en constante peligro, ni mucho menos la existencia de agresiones continuas, pues únicamente se estableció:

“(…) se ha dicho que la agresión perdura “... en tanto y en cuanto el bien jurídico tenga que ser protegido, o pueda reponerse de inmediato al estado anterior. De esta manera se puede aseverar que en el sub judice se ha cumplido con esta exigencia, puesto que, según lo dijo la Sala de Alzada, la conducta realizada por la procesada fue en el momento mismo que estaba siendo atacada por su conviviente” (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2016, pág. 18).

Por esta razón cabe recalcar la necesidad urgente de que los administradores de justicia logren concientizarse sobre los contextos de violencia y subordinación generalizada de las mujeres, para que puedan realmente hacer un análisis desde una perspectiva de género teniendo en cuenta la posición de la mujer y logrando realmente entender sus necesidades y exigencias particulares.

2.1.2.2. Necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión

Como fue determinado con anterioridad, la necesidad de la defensa desde la teoría general del delito está conformada por dos aristas, una de ellas hace referencia a la necesidad de defenderse de alguna forma y a su vez también trata de la necesidad del medio defensivo que ha sido utilizado en el caso en concreto, este último había sido considerado como la necesidad racional del medio empleado por el anterior Código Penal, sin embargo, actualmente el COIP, como requisito de la legítima defensa considera como la necesidad racional de la defensa. En cuanto a ello el Tribunal de casación fue claro al determinar de que efectivamente cuando se habla de racionalidad, es necesario ponerse en la posición de la persona que se está defendiendo con la finalidad de entender por qué fue utilizado un medio determinado y no otro, en virtud de ello el Tribunal consideró de trascendental importancia dos hechos, el primero que Verónica M. en ese momento estaba siendo atacada tanto física como psicológicamente por parte de su conviviente, y en segundo lugar que inclusive su hijo menor de edad intentó intervenir en defensa de su madre, poniéndose a su vez en riesgo. Estos dos hechos son de suma importancia puesto que el Tribunal ya hace el análisis correspondiente de la mujer como víctima de violencia doméstica, posicionándose en el lugar de Verónica M. para poder entender las razones de su reacción, tal como se estableció al analizar el síndrome de la mujer maltratada, las mujeres víctimas de violencia por parte de su pareja, caen en estados psicológicos graves de manera que cualquier acto violento por parte de su agresor las hace sentirse

especialmente amenazadas. De esta manera el Tribunal procede a analizar el ciclo de violencia con las consecuencias que este provoca en una mujer, además establece que “cuando una mujer alega legítima defensa ejercida contra su pareja, la incorporación de hechos pasados **debe contribuir a evaluar el peligro que representaba la agresión** (énfasis añadido), especialmente, la concepción que tiene quien se defiende, respecto de su agresor” (Caso Nro. 17721-2016-0233-Recurso de Casación, 2017, pág. 23) es en base a ello que el Tribunal, modula el criterio androcéntrico de la norma que margina el contexto en el que viven las mujeres violentadas, sino que por el contrario hace un más correcto análisis del por qué la actuación de Verónica M. se encontraba justificada al momento en el que utilizó un arma blanca para defenderse. Sin embargo, también es necesario preguntarse si efectivamente el Tribunal consideró que existía legítima defensa tomando en cuenta el contexto de violencia en el que vivía Verónica M., o simplemente lo hizo porque efectivamente en ese momento hubo agresiones.

2.1.2.3. Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende

Tal como fue establecido anteriormente, en casos de violencia doméstica, cuando la mujer decide terminar con la violencia ejercida en su contra, no suele existir provocación, puesto a que ni siquiera existe confrontación, sin embargo, en este caso en concreto, se evidencia que sí hubo confrontación entre Verónica M. y Diego A., lo cual no resultó ser problemático para el Tribunal de Casación, ya que consideraron que Verónica M. no provocó en ningún momento a su pareja, sino que por el contrario ella se encontraba siendo víctima de violencia por parte del mismo, razón por la cual este requisito no requiere mayor análisis.

En consecuencia, el Tribunal de Casación procedió a confirmar el estado de inocencia de Verónica M. ya que se comprobó que ésta actuó en legítima defensa de sus

derechos, sin embargo, es necesario recalcar el hecho de que si bien se tomaron en cuenta criterios desde una perspectiva de género para absolver a la procesada, todavía quedan los rezagos del androcentrismo y por lo tanto, se cae en el error de seguir analizando no desde una perspectiva de género, sino por el contrario tomando al hombre como ejemplo de lo humano y queriendo adecuar su realidad a la de la mujer como tal. Pese a ello es sumamente meritorio el que el Tribunal haya intentado considerar la situación de vulnerabilidad de la mujer y así aplicar la legítima defensa como causa de justificación, lo que seguramente habría sido imposible en momentos anteriores del desarrollo doctrinario penal.

2.2. La discriminación de género en las sentencias como reiteración de violencia.

Es ampliamente conocido que la mujer ha sido discriminada históricamente, y que esta discriminación ha sido transmitida por varias generaciones, llegando en la actualidad a considerarse que ciertos actos machistas son completamente normales. Esto no se verifica únicamente en la vida cotidiana en general, sino que se ha visto en la ciencia, en la historia y en el derecho, siendo en este último donde se han dado graves vulneraciones a los derechos de la mujer, ya que al ser la norma sexista, es decir, al haber sido promulgada observando las necesidades y experiencias del varón reafirman su posición de superioridad, así por ejemplo hasta la actualidad en el Código de Sánchez de Bustamante en el artículo 24 se establece: “El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados ...” (pág. 24) de manera que se observa como la misma norma le da esta posición de superioridad al varón frente a la mujer, incluso posicionándola al mismo nivel que los hijos, pues en ningún caso se podía entender que un hogar sea “bicéfalo”, sino que por el contrario si una mujer vive con su

cónyuge automáticamente se convierte en la compañera del “jefe de familia” (Facio, Cuando el género suena cambios trae, 1992).

Desde el punto de vista de la función del derecho se entiende que la misma consiste en “...regular la convivencia entre hombres y mujeres en una sociedad determinada con el fin de promover la realización personal y colectiva de quienes hacen parte de una comunidad, en paz y armonía...” (Facio & Frías , Feminismo, género y patriarcado, 1999, pág. 22) , lamentablemente no se puede alcanzar esta función mientras se siga considerando al hombre como el modelo de lo humano, es por ello que surge la necesidad de entender al derecho y su función social como un “...instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad...” (Facio & Frías , Feminismo, género y patriarcado, 1999, pág. 23)

Esta visión androcéntrica de la norma se transmite también a la administración de justicia, pues como es obvio, los jueces son quienes tienen la obligación de su debida aplicación, misma que debe subsumirse en el caso en concreto para así emitir una resolución, lamentablemente muchas veces lo han hecho también desde una visión androcéntrica y sexista, lo cual en el caso anteriormente analizado, se suscitó en los dos Tribunales inferiores, puesto que los mismos no le dieron un correcto análisis y aplicación de la norma condenando así a Verónica M. por el delito de lesiones.

Consecuentemente, se puede observar como la violencia de género no únicamente se ha reflejado en la norma, sino que eso se ha transmitido a la administración de justicia surgiendo así la necesidad inmediata de que los jueces y Tribunales “se pongan

las lentes del género” (Facio, Cuando el género suena cambios trae, 1992, pág. 14) para así poder tomar decisiones más equitativas.

CAPÍTULO 3.- LAS BUENAS PRÁCTICAS EN EL JUZGAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO PARA UNA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Desde hace varias décadas inició la lucha de las mujeres feministas para reclamar y exigir los derechos que les habían sido negados durante algunos años. Esto ha generado que se promulguen normas y se celebren convenciones internacionales con la finalidad de erradicar la violencia contra la mujer, sin embargo, en muchas ocasiones estas se han ignorado a través de una errónea interpretación y aplicación, pues como se ha venido insistiendo, el derecho y las normas que se han creado generalmente miran hacia los intereses masculinos e incluso quienes tienen la obligación de velar por los derechos de las mujeres siguen teniendo una concepción machista del derecho y de la realidad como tal. Es en virtud de ello, que en este capítulo se recopilarán las diversas recomendaciones que se han establecido a favor de la eliminación y prevención de la violencia en contra de la mujer y la manera de cómo debe llevarse adecuadamente un proceso en aquellos casos de violencia doméstica estableciendo relaciones con la noción de la legítima defensa.

En 1992 el Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, desde ahora CEDAW, estableció lo que se conoce como el estándar de debida diligencia, esto quiere decir, que los Estados no son únicamente responsables por no sancionar debidamente cuando se trata de violencia contra la mujer, sino que también son responsables cuando “(...) no adopten las medidas con la diligencia debida para IMPEDIR (énfasis añadido) la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas” (CEDAW, 2010, pág. 22), esto quiere decir, que los Estados tienen la obligación de adoptar todos

los mecanismos necesarios para prevenir, proteger, sancionar y reparar actos de violencia (ONU MUJERES, 2014).

En virtud de ello, los Estados tienen tres deberes claves para combatir la violencia contra la mujer; estos son: el deber de prevención, el deber de investigar y sancionar y el deber de garantizar una reparación justa y eficaz.

El primero de ellos, esto es, el deber de prevención, consiste en que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas ya sean jurídicas, políticas, administrativas, etc., para proteger los derechos humanos de la mujer y evidentemente evitar las posibles violaciones a los mismos; esta prevención no solo consiste en crear normas que busquen la protección de la mujer, sino que se pretende que se mueva todo el aparato jurídico con la finalidad de fortalecer institucionalmente las instancias judiciales y administrativas, para evitar la impunidad en casos de violencia de género, garantizando una investigación efectiva sencilla, rápida, imparcial y no discriminatoria (ONU MUJERES, 2014), para lo cual es indispensable considerar la subordinación histórica de las mujeres. Por ejemplo, en el caso de la legítima defensa de mujeres que han sufrido violencia doméstica, y para evitar que se produzcan estas situaciones extremas, es necesario que el Estado le brinde protección a la mujer desde el primer momento en que la sobreviviente presenta la primera denuncia y debe auxiliarle con todos los mecanismos posibles, pues es imperativa esta protección hacia la mujer para prevenir una posible defensa posterior que encontraría a la sobreviviente en una situación de mayor vulnerabilidad, además de que, frente a una inacción estatal, no se le puede exigir a la mujer que no ejerza actos defensivos en contra de su agresor.

El deber de investigar y sancionar, por su parte, implica dos finalidades: “prevenir una futura repetición de los hechos y proveer justicia en los casos individuales”

(ONU MUJERES, 2014, pág. 25); efectivamente la investigación permitirá esclarecer las circunstancias de cómo se dieron los hechos e imponer una sanción al o los responsables, lo cual a su vez facilita la imposición de medidas preventivas. Además, que, en el caso de violencia doméstica frente a la inacción del Estado, la mujer cuenta con el derecho a defenderse para evitar la continuación de las agresiones.

Finalmente, el deber de garantizar una reparación justa y eficaz consiste en otorgar a las mujeres víctimas de violencia “... un acceso a los mecanismos de justicia y a una reparación justa y eficaz por el daño que hayan sufrido...” (ONU MUJERES, 2014, pág. 26), con la finalidad de que las reparaciones tengan una perspectiva de género, teniendo un efecto no solo restitutivo sino también correctivo (González y otras vs México, 2009).

Sin embargo, la mayoría de legislaciones nacionales en un determinado momento no contaban ni siquiera con las respectivas normas para proteger a la mujer y garantizar sus derechos, además de que los patrones socioculturales eran absolutamente influyentes dentro de los procesos penales lo cual dificultaba a la mujer el acceso a la justicia. De esta manera sería ilusorio creer que actualmente la situación de la mujer ha cambiado completamente, pues pese a que existen normas que la protege y pretende reconocerle todos sus derechos, todavía siguen existiendo los rezagos de esa mirada androcéntrica del derecho, es en virtud de ello que aún existe discriminación hacia la mujer tanto al momento de acceder a la justicia, durante el proceso y después que este ha terminado.

3.1. La mujer y el acceso a la justicia.

La interpretación que clásicamente se había dado con respecto a la violencia doméstica tanto por el legislador, los jueces y la policía ha sido que es un tema absolutamente

privado o familiar y que por lo tanto, son asuntos en los que el Estado no puede inmiscuirse; esto ha provocado y dificultado que la mujer pueda acceder a la justicia, entendiéndose a este como un derecho fundamental que consiste en que todas y todos los individuos puedan utilizar las herramientas y mecanismos legales para el reconocimiento y protección de sus derechos (AyudalegalPR.org, 2014); además la influencia de los patrones socioculturales discriminatorios ha quitado credibilidad al testimonio rendido por la sobreviviente pues en varias ocasiones se atribuye tácitamente la responsabilidad de lo sucedido a la misma, “... ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor...” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007), esto produce inmediatamente que exista una inacción por parte de la administración de justicia, razón por la cual en la mayoría de casos relativos a la violencia doméstica se ha imposibilitado que la mujer pueda acceder a la justicia provocando que los mismos queden en la impunidad.

En virtud de ello, sobre todo a nivel internacional se han dado varias recomendaciones con la finalidad de que los Estados al adoptarlas logren la eliminación de la violencia en contra de la mujer. Dentro de tales recomendaciones podemos encontrar las siguientes:

3.1.1. Eliminar la aplicación injustificada de estereotipos de género que en la administración de justicia afectan a las mujeres y niñas, es decir, como ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en la sentencia *González y otras vs México* (2009) es necesario eliminar aquella “(...) pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres o mujeres respectivamente (...)” (párr. 401), sobre todo porque aquello genera una presunción tácita de la responsabilidad de la víctima por lo sucedido (ONU MUJERES, 2014) y las autoridades en vez de

centrarse en los elementos propios del delito, exigen a la mujer que demuestre su “santidad” e inculpabilidad moral para que pueda beneficiarse del acceso a la justicia (Maria da Pehna Maia Fernandez vs Brasil, 2001).

En virtud de ello, para garantizar a las mujeres el acceso a la justicia es primordial eliminar aquellas ideas preconcebidas que posicionan a la mujer en un nivel de inferioridad, pues efectivamente la legislación debe observar las desigualdades entre hombre y mujer, así como las necesidades específicas de cada uno de ellos, y en virtud de aquello entender que la violencia en contra de la mujer es “(...) la manifestación de la desigualdad histórica de las relaciones de poder entre el hombre y la mujer y de la discriminación contra la mujer” (ONU MUJERES, 2012).

Así, por ejemplo, en el caso analizado en el capítulo anterior se puede observar cómo Verónica M., múltiples veces tras un llamado de desesperación intentó acudir a la justicia en busca de ayuda, sin embargo, todas las medidas fueron ineficaces e incluso los precedentes de los procesos iniciados en la Comisaría de la Mujer, por razones meramente procesales, ni siquiera fueron tomados en cuenta por las dos instancias inferiores para justificar el ciclo de violencia que se encontraba viviendo, inclusive el testimonio que rindió en audiencia no fue considerado como verídico, pues el Tribunal en su sentencia estableció que su testimonio no daba credibilidad alguna, además de ello el Tribunal de Primer nivel en su análisis es claro al establecer que quien es “víctima” del ciclo de violencia es Diego A., mas no Verónica M., aludiendo que para el hombre es mucho más complejo acudir ante la justicia por las burlas y humillación que deben soportar al no cumplir con un papel que le ha otorgado la sociedad y en el cual se le concibe

generalmente como el agresor (Caso 17281-2014-2538- Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 2015).

- 3.1.2. Promover la formación y capacitación de los servidores públicos sobre la cuestión de la violencia contra la mujer teniendo en cuenta las cuestiones de género. Efectivamente, uno de los mayores conflictos que se han generado en cuestiones de violencia doméstica y el acceso a la justicia es que las sobrevivientes una vez que deciden terminar con la violencia que las oprime y buscar ayuda en la administración de justicia, se encuentran con funcionarios que no están preparados para socorrerlas; esto doctrinariamente se ha denominado como victimización secundaria, es decir, la mujer no es víctima únicamente cuando se ha cometido el delito, sino que se la revictimiza al momento en el que esta pretende acceder a la justicia, pues se entiende que la victimización secundaria es una forma de violencia institucional que se produce al momento en el que la víctima entra en contacto con el sistema de justicia, recibiendo una mala o inadecuada atención, causándole daños psicológicos, sociales o económicos, por ejemplo cuando se la hace declarar varias veces relatando lo sucedido y reviviendo aquellos momentos (Sergi, 2015). Es en base a ello que la recomendación que se hace para facilitar a las sobrevivientes el acceso a la justicia, es que los funcionarios públicos sean capacitados periódicamente con respecto a cómo debe ser la atención y el acompañamiento a las denunciadas, pues el hecho de que se promulguen normas con una perspectiva de género y se pretenda proteger a las mujeres víctimas de violencia es obsoleta cuando los jueces, policías, fiscales y demás funcionarios no han sido capacitados de esa normativa y sobre todo cuando no son capaces de aplicarla de una manera correcta (ONU MUJERES, 2012). Es entonces donde podemos preguntarnos: ¿cuál hubiera sido el resultado si Verónica

M., al momento de acceder a la justicia los funcionarios públicos hubiesen sido mejor capacitados y eficientes para poder acompañarla durante el proceso ya iniciado por ella e incluso antes del incidente? Probablemente nunca hubiera tenido que “tomar la justicia por sus propias manos”- aunque en realidad estuvo defendiéndose- y obtener los resultados ya relatados.

3.2. La situación durante el proceso

Las dificultades con las que se encuentra la mujer no solamente aparecen al momento de acceder a la justicia, pues evidentemente una vez que se ha logrado presentar la respectiva denuncia surgen otro tipo de conflictos ya dentro del proceso, así por ejemplo se producen retrasos innecesarios para llevar a cabo una adecuada investigación, no se recaban las pruebas necesarias para lograr obtener la veracidad de los hechos, el trato hacia la víctima y sus familiares es inadecuado, etc., lo cual se traduce en tener un menor número de casos en los cuales se inicia la investigación y se continúa con el proceso, en relación con la gran cantidad de denuncias que pudieron haber sido presentadas en su momento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007). El caso analizado en el capítulo anterior encaja perfectamente en lo que se refiere, pues Verónica M., había iniciado dos veces procesos en la Comisaría de la Mujer, uno en Quito y otro en Otavalo y cuando eso fue alegado en la Audiencia de Juicio para demostrar que existía una relación conflictiva y que ella había actuado únicamente en defensa de sus bienes jurídicos y de su hijo, la respuesta del Tribunal de Pichincha fue que ambos casos habían prescrito y que por lo tanto, nada tenían que alegar con respecto a ello, pues Diego A., no había cometido contravención de violencia intrafamiliar alguna (Caso 17281-2014-2538- Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 2015). Este es un claro ejemplo de cómo la justicia en muchas ocasiones no tiene una perspectiva de género lo cual afecta y ha venido afectado a un sinnúmero de mujeres en el Ecuador y Latinoamérica; es en

virtud de ello que se han realizado las siguientes recomendaciones para llevar de una manera adecuada la investigación y el proceso como tal:

3.2.1. Mejorar la oportunidad y oficiosidad de la investigación, pues uno de los problemas más graves es que los casos de violencia doméstica no son investigados como deberían, provocando así que las mujeres dejen de sentirse protegidas por el Estado y lo que es peor aún, provocando que no quieran continuar con el proceso, incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) en su informe “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas” ha establecido:

“En varios países existe un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones en torno a casos de violencia contra las mujeres debido al hecho de que la gran mayoría de estos casos carece de una **investigación** (énfasis añadido), sanción y reparación efectiva” (párr. 124)

También es necesario recordar que en casos de violencia doméstica es común que el agresor amenace a la víctima, ya sea con que le va a matar o hacer daño a ella o a su familia, que va a quitarle a sus hijos, etc., sin dejar de tomar en cuenta que generalmente la mujer depende económica y emocionalmente del mismo, lo cual puede producir que la víctima regrese con su agresor, de manera que las instituciones al no tener una acogida correcta a mujeres víctimas de violencia y no realizar una investigación eficaz provocan que estas no regresen a impulsar el proceso, y los funcionarios frente a ello piensan que no existe interés por parte de la sobreviviente y le adjudican la responsabilidad por no completar diligencias, concluyendo que por lo tanto, no es necesario continuar con el proceso, inclusive muchas veces se producen retardos injustificados dejándolas absolutamente en indefensión. Regresando al caso analizado, como se ha insistido en múltiples ocasiones, esto es lo que sucedió con Verónica M., con

los dos casos iniciados en la Comisaría de la Mujer, pues en ninguno se realizó una correcta investigación, ni mucho menos se dio una debida acogida a esta sobreviviente; este tipo de falencias procesales junto con la falta de medidas de protección y los diversos factores sociales que ponen a la mujer en una situación de subordinación hacen que la sobreviviente quede más vulnerable a ser convencida y manipulada por el agresor, además que las dificultades procesales y la falta de conocimiento de los operadores de justicia para tratar con mujeres que han sufrido violencia provocó en el presente caso que las denuncias presentadas alcanzaran su prescripción.

Remitiéndonos al tema central de esta investigación, la legítima defensa, es necesario hacer la reflexión sobre el hecho de ¿cómo el Estado pretende que una mujer que en varias ocasiones ha acudido a la justicia y no ha encontrado protección, no se defienda después por sí misma cuando se ha agravado la violencia? Evidentemente frente a una deficiente investigación realizada por el Estado, muchos casos de violencia doméstica han quedado en la impunidad, razón por la cual las mujeres sobrevivientes han dejado de sentirse protegidas por quien les debía protección, y es dentro de este contexto que el Estado no puede exigirle sumisión a una mujer frente a una pareja que la golpea, la maltrata y abusa psicológica y sexualmente, como tampoco puede esperar de ella que no actúe en su defensa propia. En virtud de ello para que una investigación sea llevada correctamente debe:

- i. Ser conducida de manera transparente y con suficiente publicidad para garantizar la rendición de cuentas, la confianza pública y el respeto al estado de derecho, así como protegerla de cualquier tipo de colusión e ilegalidad (Kolevi vs Bulgaria, 2009)
- ii. Ser realizada por personas que gocen de independencia e imparcialidad (Kolevi vs Bulgaria, 2009), lo cual se logrará a través del fortalecimiento de la capacidad

institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres por medio de investigaciones criminales efectivas, que tengan un seguimiento judicial consistente, garantizando así una adecuada sanción y reparación, tomando en cuenta que cuando las investigaciones no son llevadas por personal especializado en materia de género se generan vacíos y retrasos lo cual afectará en el futuro procesal del caso (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

iii. Se debe exigir que la denunciante/superviviente en todas las partes del proceso sea debidamente informada, con respecto a cuáles son sus derechos, los mecanismos de apoyo que la acompañan, las medidas de protección que le han sido otorgadas, así como también los detalles relacionados con su caso, como la hora de las audiencias, las diligencias que van a realizarse, etc., (ONU MUJERES, 2012) pormenores que son sumamente importantes, pues la falta de información puede resultar intimidante para las denunciadas.

Si bien es cierto existen un sinnúmero de recomendaciones que los distintos organismos han realizado en cuanto a cómo debe ser llevada una investigación, sin embargo, se considera que los establecidos son los principales para poder obtener resultados dentro de los procesos de violencia doméstica.

3.2.2. Garantizar un recaudo y una protección efectiva de la prueba, ya que, si quienes están a cargo de la investigación de violencia doméstica no actúan diligentemente no podrán obtener las pruebas necesarias para sostener su caso, inclusive los fiscales en muchos casos ni siquiera inician los procesos debido a la dificultad que genera la recaudación de pruebas en este tipo de delitos (ONU MUJERES, 2012), frente a esto es esencial las primeras actuaciones que realizan los operadores de justicia , de tal manera que quien recibe la denuncia debe interrogar a las partes y

a todos los testigos incluyendo a menores en habitaciones separadas para que puedan hablar libremente (ONU MUJERES, 2012), situación que en el caso que fue analizado no sucedió, pues en ningún momento se interrogó al menor del cual Verónica M., afirmaba haber defendido, además de ello dentro del proceso en ningún momento se hace referencia a dicho testimonio.

Al ser fundamental las primeras horas después de cometido el delito, será necesaria la realización de actos urgentes y diligencias previas, para lo cual es una buena práctica hacer reuniones a las 24 horas de que se haya conocido la noticia criminal entre los fiscales, investigadores, analistas, etc., para que todos conjuntamente puedan evaluar los avances de la investigación, así como también es importante que pasadas las 72 horas se reúnan nuevamente para poder evaluar cuáles son los nuevos avances, y determinar cuáles serán las líneas de investigación y la metodología que se tomará (ONU MUJERES, 2014).

Por otra parte, la pérdida de los medios probatorios por cualquier razón ya sea por negligencia, destrucción, falta de cuidado, etc., acarreará la presunción de ilegalidad y responsabilidad de las autoridades correspondientes (ONU MUJERES, 2014), razón por la cual es necesario que se dé una protección efectiva de la prueba, caso contrario sería imposible continuar con el proceso y, sobre todo, obtener una resolución favorable.

3.2.3. Creación de servicios de apoyo amplios e integrados que asistan a las supervivientes de violencia, el criterio no ha sido unánime, sin embargo, la ONU ha establecido que si bien los mismos deben tener una ayuda estatal para el financiamiento y la creación de servicios, deben ser prestados sobre todo por instituciones no gubernamentales independientes que hayan tenido experiencia en casos de violencia de género y que sepan cómo deben trabajar con una

superviviente (ONU MUJERES, 2012). Esta recomendación es esencial, pues como se ha visto en varios casos de violencia doméstica, la mujer al depender económicamente del agresor no tiene a donde ir, ni con quien socorrerse, es por ello que surge la necesidad primordial de proteger a la mujer mientras dura el proceso y efectivamente, también después de él, para lograr una correcta inserción de la misma dentro de la sociedad, con dependencia económica, lo cual se logrará únicamente con la creación de centros especializados de acogida de mujeres víctimas de violencia que las acompañen durante todo el proceso judicial.

La fase investigativa es la más importante dentro de un proceso, pues únicamente con una correcta investigación se puede obtener los elementos de convicción necesarios para poder imponer una pena, razón por la cual los Estados tienen como obligación fundamental adoptar todas las medidas necesarias para lograr una investigación efectiva, tomando en cuenta los criterios establecidos por los organismos internacionales, mismos que pretenden una administración de justicia desde la perspectiva de género.

3.3. La protección después del proceso

Una vez concluido el proceso inicia una nueva etapa para la mujer, pues esta debe luchar contra todo el daño que le han causado y buscar los mecanismos para salir adelante, ya que en muchas ocasiones el daño físico y psicológico que le han generado es muy grave o incluso irreversible, recordemos lo que sucedió con Maria da Pehna Maia Fernandes, quien tras un intento de homicidio por su ex pareja quedó parapléjica, es en virtud de ello que una vez que se ha determinado la culpabilidad del agresor el Estado tiene la obligación de proteger a la víctima y proveerle los mecanismos que sean

necesarios para garantizarle su seguridad y sobre todo evitar su revictimización. En este punto cabe mencionar tres recomendaciones fundamentales que se deberían aplicar en la legislación ecuatoriana para dar la protección debida a una superviviente después de que el proceso ha concluido:

3.3.1. Ayudar a la superviviente para su reinserción en el trabajo, pues las mujeres quienes han sido víctimas de violencia doméstica en varias ocasiones por las lesiones que les han causado o por la necesidad de tener que acudir a los juzgados han tenido que ausentarse de su trabajo, lo cual ha provocado la pérdida del mismo, es por ello que la recomendación que se ha realizado, es que exista mayor flexibilidad con respecto a las normas laborales entre ellas el derecho que deben tener para reducir o reordenar el tiempo de trabajo, así como también los empleadores tienen el deber de permitir a las supervivientes que acudan a reuniones de autoayuda, lo cual implica ausentarse del trabajo en ciertas ocasiones (ONU MUJERES, 2012). El Ecuador por su parte ha tenido un gran avance normativo con respecto a ello, pues en la Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de Violencia de Género Contra las Mujeres, en el artículo 59 se establecen las obligaciones del sistema nacional de prevención y erradicación de violencia contra la mujer, determinando en el numeral 5 literal e, que se deberán “desarrollar políticas y programas específicos para la incorporación de las mujeres víctimas de violencia al pleno empleo” (pág. 29) en virtud de esto, en el Ecuador para futuros casos de violencia doméstica deberán implementarse las medidas necesarias para lograr incorporar a las mujeres víctimas de violencia dentro de la vida laboral.

3.3.2. Garantizar a la superviviente y a sus hijos una vivienda, pues una de las razones por las que se les dificulta a las mujeres dejar al agresor es precisamente porque

carecen de un lugar donde vivir, es por ello que se debe garantizar varios derechos relacionados con la vivienda, es decir, se debe prohibir que una superviviente sea desalojada o que se le niegue el acceso a las viviendas públicas propiamente por su condición (ONU MUJERES, 2014).

3.3.3. Ayudar financieramente a la superviviente, garantizándole los medios necesarios para cubrir sus necesidades básicas mientras se estabiliza su situación socioeconómica, ya que la misma tendrá varios costes financieros, puesto que el proceso judicial efectivamente deteriora a la víctima afectando su productividad, además que también deberá hacer gastos dentro del proceso como tal, para ello la recomendación que ha sido realizada por la ONU ha sido crear un fondo fiduciario para ayudar a las mujeres víctimas de violencia doméstica cuando estas estén atravesando situaciones económicas graves (ONU MUJERES, 2012).

Regresando una vez más al caso ya analizado, si se hace una analogía con lo que sucedió con Verónica M., se verifica la completa ineficiencia por parte del Estado, pues el mismo nunca respondió a sus llamadas de auxilio cuando presentó las denuncias, además que cuando Verónica M., actuó en su defensa y de su hijo, fue condenada, para después de absolverla dejarla sin un trabajo sustentable, sin vivienda, pues convivía con el agresor, y por supuesto, no se le garantizó que se le daría la debida ayuda financiera, misma que efectivamente la merecía.

El caso analizado en este trabajo de investigación es solo uno de los tantos ejemplos de violencia doméstica que se pueden observar en la actualidad, pues existen varias mujeres que son maltratadas diariamente por sus parejas dentro de un Estado que dice ser de derechos y justicia, pero que en realidad no vela ni protege sus derechos, es por ello que el Ecuador debe de manera emergente tomar todas las medidas necesarias

para que se dé una verdadera erradicación de la violencia contra la mujer, tomando en consideración todas las recomendaciones que los distintos organismos internacionales han establecido para tal efecto.

CONCLUSIONES

A continuación, exponemos los hallazgos que ha producido este trabajo, agrupados según los diversos temas que se han analizado a lo largo del mismo:

1. Existe la necesidad urgente de que en el Ecuador se promueva la interpretación y aplicación de la norma a la luz de las teorías jurídicas de género, esto es, dejando atrás la concepción androcéntrica del derecho que ha posicionado al hombre como el centro de lo humano y ha olvidado que la mujer también es titular de derechos y que, por lo tanto, la norma debe aplicarse tomando en cuenta su situación propia, así como su histórica subordinación.
2. El Estado es el principal garante de los derechos de los individuos: es imposible pensar que en la actualidad no tiene injerencia en la vida privada o familiar y que, por ello, no puede entrometerse en los casos de violencia doméstica; sino por el contrario, el Estado tiene la obligación de prevenir y proteger a las mujeres que han sufrido cualquier tipo de violencia machista, pues al no hacerlo legitima de forma inmediata para que la mujer pueda actuar y defenderse cuando ella considere necesario.
3. La violencia en contra de la mujer es producto de la subordinación histórica que ha sufrido la misma, razón por la cual es imperativo que la legítima defensa en casos de violencia doméstica sea analizada desde esa perspectiva contextualizada, pues la situación en la que se encuentra la mujer maltratada no es similar a la que se puede hallar cualquier otra persona que actúa en defensa propia o de terceros en situaciones de violencia incidental; es en virtud de ello que se insiste en la necesidad de que a la legítima defensa se yuxtaponga una mirada de género, esto

es, a través de una regulación especializada en casos de violencia doméstica, de acuerdo con el mandato constitucional, pues no puede ser regulada de la misma manera que los casos no enmarcados en el contexto de la violencia sistémica patriarcal.

4. La legítima defensa como causa de exclusión de la antijuridicidad en casos en los que no existe confrontación debe ser analizada conforme lo que han establecido las teorías jurídicas de género, es decir, debe darse una interpretación alternativa a la tradicional con respecto a la actualidad de la agresión, requisito que resulta ser el más problemático en casos de mujeres víctimas de violencia doméstica crónica, pues efectivamente la mujer debido a las experiencias previas sabe que no puede enfrentarse a su agresor en los momentos más violentos, razón por la cual busca mecanismos alternativos para atacarlo como cuando éste tiene menos posibilidades de atacar, como cuando está desprevenido, durmiendo, etc. Bajo estos supuestos, NO existe confrontación directa en el momento en el que se produce la acción defensiva, que no deja de ser tal pese al momento en el que se produce; es por ello que para la aplicación de la legítima defensa se debe tomar en cuenta TODO el ciclo de violencia que la mujer ha estado viviendo con anterioridad, dejando atrás el criterio de que solo la agresión actual puede producir una reacción defensiva, obligando a que se configure la legítima defensa solo en el mismo momento cuando el hombre está atacando a la mujer. Más bien, la “actualidad” debe ser extendida y entendida en el marco de la continuidad de la agresión, pues efectivamente estas agresiones se reproducen cíclicamente en el tiempo y, por ende, los bienes jurídicos de las mujeres están constantemente en peligro o siendo vulnerados.

5. Varias juezas y jueces ecuatorianos actualmente no se encuentran en la capacidad de entender e interpretar correctamente la legítima defensa en casos de violencia doméstica; como se evidenció en el caso analizado en este trabajo de investigación las dos instancias inferiores, esto es el Primer Tribunal y la Sala de lo Penal de Pichincha condenaron a Verónica M., sin siquiera analizar el ciclo de violencia que ella había vivido con anterioridad, pese a que en el momento de los hechos sí hubo confrontación; es así que se puede evidenciar que si para los operadores de justicia en este caso en concreto no había legítima defensa, mucho menos la habría en los casos en los que no existe confrontación.

6. En el Ecuador dentro de la esfera de la administración de justicia ecuatoriana poco a poco se está adquiriendo esta visión de género, pues pese a que la norma establece ciertos requisitos para que sea aplicable la legítima defensa, el Tribunal de Casación en el caso analizado tuvo la certeza de ampliar la interpretación de los mismos, logrando entender el porqué del actuar de la sobreviviente y así confirmar su estado de inocencia.

RECOMENDACIONES

1. Frente a lo evidenciado en este trabajo de investigación se recomienda que las y los servidores públicos se instruyan con respecto a cómo deben manejarse los casos de violencia en contra de la mujer, no desde el criterio androcéntrico que han manejado hasta la actualidad, sino desde una perspectiva de género, tomando en cuenta las necesidades y realidades propias de la mujer, así como también deben considerar lo que ha sido establecido por las teorías jurídicas de género, mismas que buscan enriquecer los sistemas jurídicos y ayudar a entender de una mejor manera la histórica subordinación de la mujer así como la manera que estas deben ser tratadas antes, durante y después del proceso.
2. La Corte Nacional de Justicia debe emitir una sentencia interpretativa la cual permita la unificación del criterio de la legítima defensa en casos de violencia doméstica, tomando en cuenta lo que ha sido ya establecido por las teorías jurídicas de género y los organismos internacionales, pues únicamente de esta manera en los futuros casos en los que una mujer ejerza actos defensivos en contra de su agresor los jueces tendrán una misma línea de interpretación de la legítima defensa.
3. En virtud del principio de convencionalidad la Fiscalía General del Estado debe aplicar los Protocolos de Investigación emitidos a nivel internacional, con la finalidad de que las investigaciones en casos de violencia de género contra la mujer sean llevadas de manera correcta, desde una perspectiva de género y lograr así que los mismos no queden en la impunidad.
4. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de adoptar todas las recomendaciones realizadas por los organismos internacionales en cuanto se trate de la prevención,

erradicación y sanción en casos de violencia contra la mujer, con la finalidad de que en casos futuros no se sigan vulnerando los derechos de las mujeres y buscar una efectiva solución para alcanzar la tan anhelada igualdad de los sexos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Monte Cristi: Corporación de estudios y publicaciones .

Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. En A. N. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 39). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

AyudalegalPR.org. (18 de Noviembre de 2014). *AyudalegalPR.org*. Obtenido de <https://ayudalegalpr.org/resource/qu-es-el-acceso-a-la-justicia?ref=EbAkN>

Capilla, M. (2015). *El nuevo estándar de protección de los derechos de las mujeres*. .

Caso Nro. 17281-2014-2538- Recurso de Apelación, 17281-2014-2538 (Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha 1 de Enero de 2016).

Caso Nro. 17721-2016-0233-Recurso de Casación, 17721-2016-0233 (Corte Nacional de Justicia del Ecuador Sala especializada de lo penal, penal militar, penal policía y tránsito 4 de Abril de 2017).

CEDAW, C. (2010). *Recomendación general Nro. 19*.

Código Civil. (1930).

Código de Derecho Internacional Privado. (1928). La Habana.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.

Congreso Nacional del Ecuador. (2009). *Código Penal*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Consejo de Seguridad Ciudadana. (2018). *Informe de Violencia Doméstica en Contra de la Mujer desde agosto 2014 a agosto 2018*. Cuenca.

- Copelon, R. (1997). *Terror íntimo: La violencia doméstica entendida como tortura*.
Santa Fé de Bogotá: Asociación Probienestar de la Familia Colombiana,
PROFAMILIA.
- Correa, C. (2016). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*. Madrid.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2016). Recurso de Casación. En C. N. Ecuador.
Quito.
- Del Río, A. (2016). *El derecho a defenderse del femicidio: La legítima defensa en contextos de violencia doméstica*. Santa Fe.
- Donna, E. (2008). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Douglas, H. (2008). *The Criminal Law's Response to Domestic Violence: What's Going On?* Queensland: Sidney Law Review.
- Encalada, P. (2015). Teoría constitucional del delito. En P. Encalada, *Teoría constitucional del delito* (pág. 16). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Facio , A., & Fríes , L. (1999). *Feminismo, género y patriarcado*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae*. San José: ILANUD.
- Facio, A. (1992). *Cuando el género suena cambios trae*. San José: ILANUD.
- Ferrajoli, L. (2007). *El Fundamento de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- González y otras vs México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009 de noviembre de 2009).
- Hirsch, H. (2011). *Derecho Penal. Obras completas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Howe, A. (2002). *Provoking Polemic* . Netherlands: Feminist Legal Studies .
- Kolevi vs Bulgaria, 1108/2 (Corte Europea de Derechos Humanos 5 de Noviembre de 2009).
- Larrauri, E. (2002). *Ciencias Penales*. Obtenido de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/5generoyderechopenal11.elenalarrauri.pdf>
- Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de Violencia de Género Contra las Mujeres*. (Asamblea Nacional). Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Maria da Pehna Maia Fernandez vs Brasil, 12.051 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de Abril de 2001).
- Maurach, R., & Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte general I*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Mir, S. (2004). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Monroy, W. (2002). *Causales de Exclusión de la Antijuridicidad*. Bogotá.
- Muñoz, F. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Temis.
- ONU MUJERES. (2012). *Manual de Legislación Sobre la Violencia Contra la Mujer*. 2012.
- ONU MUJERES. (2014). *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/feminicidio)*. Ciudad de Panamá: Diseños e impresiones Jeicos, S.A.
- Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, 17281-2014-2538 (Garantías Penales de Pichincha 18 de Noviembre de 2015).
- Robertson, D. (2003). *The tales we tell : exploring the legal stories of Queensland women who kill*. Queensland.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

Sergi, T. (22 de Septiembre de 2015). *Feminicidio.net*. Obtenido de

<https://feminicidio.net/articulo/%C2%BFqu%C3%A9-la-victimizaci%C3%B3n-secundaria-provocada-la-justicia-casos-violencia-g%C3%A9nero>

Tapia, S. (2008). *La responsabilidad penal por el exceso de legítima defensa:*

Consideraciones teóricas y tratamiento en el sistema penal ecuatoriano.

Cuenca.

Walker, L. (1979). *The battered women*. Nueva York.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal*. Buenos Aires: EDIAR.