



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**RECONSTRUCCIÓN DEL ‘CRITERIO DE
ACTUALIDAD’ EN LA LEGÍTIMA DEFENSA
EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO
UTILIZANDO LA PERSPECTIVA EX ANTE
DE LA VÍCTIMA.**

Autora:

Angélica Carolina López Vintimilla

Directores:

Rafael Villavicencio Arce

**Cuenca – Ecuador
2025**

DEDICATORIA

Para las que se defendieron del amor que dolía.

AGRADECIMIENTO

A mi director, por su comprensión, paciencia y
confianza en este proyecto;
A mi familia, por creer tanto en mí;
A ese profesor de derecho penal, que fue el primero
en lograr que le encuentre el sentido a la carrera;
A mi mamá, por abrazarme esa noche que parecía
imposible estudiar más;
A la Universidad, por regalarme la oportunidad de
conocerme en otro país;
A los que ya no están y son parte de mí, porque
incluso en los finales, hay amor

RESUMEN:

Las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar suelen enfrentarse a contextos de dominación prolongada, donde la amenaza a su vida o integridad, no se limita a un momento específico, sino que constituye un riesgo constante. En estos escenarios, las respuestas defensivas pueden no coincidir con el instante de la agresión física, lo que según la interpretación estricta del artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal, no constituiría legítima defensa, sometiendo a las mujeres a procesos judiciales sesgados que al ignorar dinámicas propias de la violencia de género. El presente trabajo busca reinterpretar el criterio de “actualidad” de la agresión. A través de un análisis dogmático de la teoría del delito, se examina la antijuridicidad y sus causas de justificación, elementos de la legítima defensa, violencia de género, la perspectiva ex ante de la víctima y propuestas diferenciadoras.

El estudio recopila diversos análisis jurídico - doctrinarios que fundamentan nuevas líneas de interpretación y encajan el supuesto en agresiones actuales-inminentes y permanentes. Este marco doctrinario se contrasta con un análisis jurisprudencial nacional e internacional. Finalmente, concluye en la necesidad de ampliar el rango de interpretación de la actualidad, dejando atrás las limitaciones temporales y reconociendo que, en las agresiones inminentes y permanentes, también existe legítima defensa. El estudio aspira a constituirse entonces, en un insumo interpretativo que pueda orientar futuros procesos de capacitación judicial, en busca de juzgamientos con un enfoque más humano, garantista y contextualizado respecto a las particularidades de la violencia intrafamiliar, para evitar que se siga criminalizando a las víctimas.

Palabras clave: legítima defensa, perspectiva ex ante de la víctima, causas de justificación, actualidad de la agresión, violencia de género.

ABSTRACT:

Women who are victims of domestic violence often live under prolonged conditions of domination, where the threat to their life or physical integrity does not occur in a single, isolated moment but instead constitutes a continuous and persistent risk. Within these contexts, defensive reactions may not coincide temporally with the act of physical aggression itself. However, under a strict interpretation of Article 33 of the Ecuadorian *Comprehensive Organic Criminal Code (COIP)*, such reactions are frequently excluded from the scope of legitimate self-defense. This interpretation places women in unfair and biased proceedings that fail to account for the complexity and structural dynamics of gender-based violence.

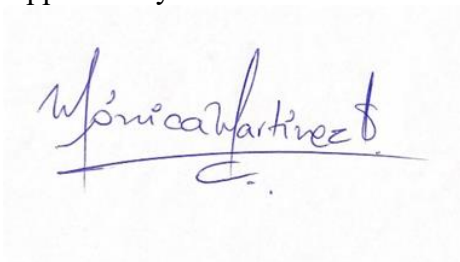
This research seeks to reimagine the requirement of “immediacy” in cases of aggression through a dogmatic and theoretical analysis of criminal law. It examines unlawfulness and its grounds for justification, the essential elements of self-defense, the notion of gender-based violence, the ex-ante perspective of the victim, and alternative interpretative approaches. The study integrates legal and doctrinal analyses that propose new frameworks for classifying these situations within the categories of current–imminent and

permanent aggressions. This theoretical foundation is further strengthened by comparative jurisprudential analysis at both national and international levels.

The findings highlight the need to broaden the legal interpretation of immediacy, recognizing that legitimate self-defense may also arise in situations of imminent or permanent violence. In conclusion, this study seeks to serve as an interpretative and pedagogical tool for judicial training, promoting more human, contextualized, and rights-based judgments in cases involving domestic violence.

Keywords: self-defense, ex-ante perspective of the victim, grounds for justification, immediacy in aggression, gender-based violence.

Approved by

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath. The signature is written on a light-colored, slightly textured background.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)
Cod. 29598

Índice

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
RESUMEN.....	IV
ÍNDICE.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. TEORÍA DEL DELITO, ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	3
1.1 El delito “impreso a cuatro colores”	3
1.2. La antijuridicidad	12
1.3 Teoría general de las causas de justificación	14
CAPÍTULO 2. LEGÍTIMA DEFENSA, LEGISLACIÓN Y DOGMÁTICA.....	23
2.1 Legítima defensa en la legislación penal ecuatoriana	25
2.2 Elementos constitutivos de la legítima defensa.....	26
2.3 La actualidad en la agresión.....	29
2.4 EXCURSO: Denuncias y falta de protección estatal	33
2.5 La perspectiva ex ante de la víctima	35
2.6 Relación con la violencia de género e intrafamiliar	39
2.7 Propuestas diferenciadoras.....	41
CAPÍTULO 3. RELACIÓN CON JURISPRUDENCIA ECUATORIANA E INTERNACIONAL	46
3.1 Análisis de casos relacionados, jurisprudencia nacional e Internacional.....	46
3.2 Análisis de los casos en base a la teoría planteada.....	51
3.3 Análisis dogmático - jurisprudencial.....	54
CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	64

Índice de tablas

TABLA 1: Autonomía formal y solidaridad18

TABLA 2: Análisis de sentencias sobre legítima defensa desde una perspectiva de género.....51

INTRODUCCIÓN

¿Qué sucede cuando el órgano llamado a proteger, condena a la víctima? En Ecuador, la legítima defensa ha sido tradicionalmente interpretada de forma estricta y objetiva, limitando la comprensión de las causales de justificación y generando consecuencias injustas, especialmente en casos de violencia de género. Las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar suelen enfrentarse a contextos de dominación prolongada, donde la amenaza a su vida o integridad física no se limita a un momento específico, sino que constituye un riesgo constante y persistente. Dentro de estos escenarios, las respuestas defensivas de las víctimas pueden no coincidir temporalmente con el instante de la agresión física.

El análisis de la legítima defensa en estos contextos ha demostrado que una interpretación estricta del criterio de ‘actualidad’ de la agresión, tal como se encuentra en el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador, somete a las mujeres a procesos judiciales sesgados que ignoran las dinámicas estructurales propias de la violencia de género. El objeto central de esta investigación es la reconstrucción del ‘criterio de actualidad’ en la legítima defensa en los casos de violencia de género, utilizando la perspectiva *ex ante* de la víctima. La importancia de este estudio radica en cuestionar la aplicación de la legítima defensa en el marco penal ecuatoriano, dado que la concepción tradicional se desarrolló bajo una mirada androcéntrica, resultando insuficiente para comprender la violencia que ocurre dentro de un marco de desigualdad estructural. Exigir la actualidad de forma estricta en el ámbito doméstico equivale a condenar a la víctima a una “muerte a plazos”.

La presente tesis busca ampliar los límites del requisito de “actualidad” de la agresión. A través de un análisis dogmático de la teoría del delito, se propone una reinterpretación del Art. 33 del COIP, fundamentada en análisis jurídico-doctrinarios que encajan el supuesto de legítima defensa en agresiones que pueden ser categorizadas como actuales-inminentes y permanentes. El aporte original de esta tesis es doble. En primer lugar, se busca ampliar el debate para que la interpretación jurídica deje atrás las limitaciones temporales y reconozca que, en las agresiones inminentes y permanentes, también existe legítima defensa. En segundo lugar, el estudio aspira a constituirse en un insumo interpretativo y pedagógico que pueda orientar futuros procesos de capacitación

judicial y reformas normativas, promoviendo juzgamientos con un enfoque más humano, garantista y contextualizado respecto a las particularidades de la violencia intrafamiliar.

Esta investigación se desarrolla a través de un análisis dogmático de la teoría del delito. Se emplean herramientas de la teoría penal y jurídica para examinar la antijuridicidad y sus causas de justificación, la legítima defensa, la violencia de género, y la perspectiva *ex ante* de la víctima. El enfoque es esencialmente cualitativo, basado en la recopilación de diversos análisis jurídico-doctrinarios que proponen nuevas líneas de interpretación. Este marco teórico es contrastado con un análisis jurisprudencial comparado, tanto nacional como internacional. El presente trabajo se encuentra organizado en tres capítulos principales, seguidos por las conclusiones y la bibliografía: El Capítulo 1, titulado Teoría del Delito, Antijuridicidad y las Causas de Justificación, sienta las bases conceptuales, desarrollando el concepto del delito, la antijuridicidad y la teoría general de las causas de justificación. El Capítulo 2, Legítima Defensa, Legislación y Dogmática, aborda los elementos constitutivos de la legítima defensa, se detiene en el análisis del criterio de “actualidad en la agresión”, y desarrolla la perspectiva *ex ante* de la víctima en relación con el ciclo de la violencia de género. El Capítulo 3, Relación con Jurisprudencia Ecuatoriana e Internacional, aplica la teoría planteada a casos reales, como el caso Bonifaz–Pazmiño de Ecuador y los casos Sauvage–Marot y Bobbitt vs. Bobbitt a nivel internacional, finalizando con un análisis dogmático-jurisprudencial comparado.

La culminación de este análisis es la propuesta de que es urgente reconstruir el criterio de actualidad de la agresión, promoviendo una lectura más sensible del principio de legítima defensa para evitar que se siga criminalizando a las víctimas. La transformación del derecho solo es posible cuando la sociedad deja de mirar a las víctimas con sospecha y reconoce en ellas la dignidad que siempre les ha pertenecido.

CAPÍTULO 1. TEORÍA DEL DELITO, ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1.1 El delito “impreso a cuatro colores”

La teoría del delito constituye uno de los pilares esenciales del Derecho Penal, al proporcionar un marco sistemático y coherente para el análisis de las conductas humanas que el ordenamiento jurídico califica como delictivas. A través de esta teoría, se delimitan los elementos estructurales que permiten identificar, comprender y evaluar cuándo una acción u omisión puede ser objeto de reproche penal.

En palabras de Donna (1996), la teoría del delito es una teoría de la imputación, siendo esta la posibilidad de imputar una conducta y su resultado a una persona. Es decir, la capacidad de afirmar que el delito le pertenece tanto objetiva como subjetivamente, al delincuente.

La teoría del delito entonces buscará imputar la acción (o en su defecto, omisión) al justiciable, una vez se hayan verificado los elementos necesarios. La acción resulta parte fundamental en la teoría del delito, no solo para estructurarla, sino para poder deducir conceptos como el dolo, la culpa, autoría, entre otros.

Una manera gráfica de entender la teoría del delito es mediante la analogía de las impresoras *CMYK*¹, que utilizaban cuatro colores para llegar al resultado final. Una a una las capas de la tinta iban sobreponiéndose, resultando en una imagen completa. La teoría del delito funciona de manera similar, necesitando que cada uno de sus elementos se sumen progresivamente para poder constituir un delito. Siendo menester que se supere cada filtro (color) para continuar al siguiente.

Los doctrinarios han coincidido entonces, que existen cuatro elementos constitutivos de un delito. Un acto, típico, antijurídico, culpable o atribuible (los cuatro colores de la impresora) a continuación se desarrollarán cada uno de ellos.

¹ *CMYK* es un modelo de color utilizado principalmente en la impresión. Representa los cuatro colores básicos de tinta que se combinan para formar una amplia gama de colores impresos: Cian (C), Magenta (M), Amarillo (Y) y Negro, también llamado Clave (K).

1.1.1 Acción

La teoría del delito tiene como base a la acción humana² y como objetivo principal, la tutela de bienes jurídicos. Para definir la acción podemos remitirnos a Welzel (1956) quien propone que el hombre, en uso de su saber causal, puede prever las consecuencias posibles de su conducta, permitiéndose dirigir su acción conforme a un plan establecido a la consecución de un fin determinado.

Donna (1996) acierta al mencionar que el bien jurídico es el centro de toda construcción de la norma y del tipo penal; lo que resulta en la existencia de tipos penales que describen la conducta contraria a la norma y establecen la sanción correspondiente.

De todas las acciones humanas el legislador, mediante la función seleccionadora del tipo, deberá escoger aquellas que considere más lesivas para la sociedad, para elevarla a categoría de tipo y, consecuentemente, asignarle una pena. Mediante modelos de conductas desvaloradas, nos encontraremos así, frente a injustos dolosos o imprudentes (Salazar, 2021).

La norma describe la acción punible y es el autor quien adecua su conducta, objetiva y subjetivamente a esta hipótesis planteada por el legislador. Así se explica el pensamiento moderno de que nos encontramos frente a un derecho penal de acto y no de autor.

1.1.1.1 Ausencia de acción

La atención del derecho penal se dirige hacia las acciones que se encuentren cargadas de contenido de voluntad. Esta acción es una manifestación activa o pasiva (en el caso de la omisión) de la voluntad final del autor.

La acción libre del ser humano es la que atraviesa la teoría del delito; por lo tanto, sí por circunstancias puntuales, la libertad de acción de la persona se ve limitada o interrumpida, la categoría dogmática de acción no llegaría a verificarse.

Continuando con Donna (1996) entendemos que las normas del derecho intentan regular conductas que partan de la conciencia y de la voluntad del autor, es decir, comportamientos que sean dominados por el hombre.

² Referirse a la acción humana no es ajeno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendiéndose por voluntad de acción, la de sus representantes.

Ante esto surge una interrogante: Si el derecho penal sigue a la acción ¿Cómo se procede en situaciones en las que hubo una ausencia total de un acto voluntario y aun así se produce un resultado lesivo?

La doctrina resuelve esta duda mediante la figura de la ausencia de acción; y ha desarrollado tres supuestos en los que opera: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de plena inconsciencia. Nuestro Código Orgánico Integral Penal recoge estos preceptos en su artículo 24³.

a) Fuerza física irresistible

Nos encontramos frente a la fuerza física irresistible cuando se produce un acto externo de fuerza material, no moral, que ejerce una presión sobre el interviniente, nublando su capacidad de acción. O en palabras de Rodríguez Mourullo (2017) “se trata de una *vis absoluta*⁴, que excluye radicalmente la voluntad, y no una mera *vis compulsiva*, que desplaza la libertad de voluntad, pero no la voluntad misma” (p.233).

Según Muñoz Conde (1984)

La fuerza irresistible supone una intervención material, exterior al forzado, sobre el que actúa con carácter absoluto, sin dejarle ninguna opción para actuar en un sentido distinto al realizado, faltando por ello la acción al faltar antes la voluntad del sujeto. En cambio, si la fuerza es resistible, o el sujeto tiene al menos esa posibilidad, la voluntad, aunque viciada, existe. (p.17)

La distinción entre presión moral y material es necesaria para poder excluir de este supuesto aquellas amenazas psicológicas que influyen en el actuar de la persona. La ausencia de acción implica que la persona no actúe, no tome una decisión o realice algún movimiento destinado a obtener el resultado. En la fuerza moral si existe una decisión, acción o movimiento que produce el resultado, aunque este se vea influido por la presión psicológica ejercida a la persona. (De la Cuesta et al., 1989).

Un ejemplo comúnmente utilizado en la doctrina para explicar la fuerza física irresistible es el de quien, con su vehículo detenido en el tráfico, sufre un impacto en la parte trasera, provocando el atropello de un transeúnte.

³Art. 24.- No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconsciencia, debidamente comprobados.

⁴ La *vis absoluta*, es una fuerza material que viene del exterior y no es necesario que provenga de una persona, únicamente que anule por completo la voluntad del sujeto.

Sin duda alguna, podemos concluir que la persona no buscaba producir el resultado, por lo tanto, no intervino su voluntad y no existiría acción. Fue el elemento externo de fuerza material irresistible (el impacto del otro vehículo) lo que produjo el resultado.

Por otro lado, tenemos el ejemplo del padre a quien se le amenaza con un arma obligándolo a que no salve a su hijo que está por ahogarse. A pesar de que en este caso la omisión del padre fue realizada en base a un elemento externo moral (amenaza del agresor con el arma), no se excluye la acción.

Salazar (2021) desarrolla estos ejemplos y concluye que;

Ante la fuerza moral, no cabe ausencia de acción, es decir, el sujeto tiene la posibilidad final de tomar una decisión y moverse; pero, si no lo hace, por efecto de dicha coacción, mal podemos reprocharle el resultado dañoso que pueda evidenciarse, pues no podemos exigirle otra conducta conforme a norma, por lo tanto, la fuerza moral no debe ser analizada en la acción, como categoría dogmática del delito, más sí en la culpabilidad, desde la perspectiva de atribuir un resultado a una conducta, frente a la exigibilidad; por tanto, su proceder no sería atribuible. (p.81)

b) Movimientos reflejos

El siguiente supuesto de ausencia de acción se produce cuando nos encontramos frente a movimientos involuntarios que no sugieren voluntad alguna. En palabras de Bertot Yero et al. (2017) “Se hace referencia a movimientos que se producen por estímulo del mundo exterior percibido por los centros sensores que lo transmiten directamente a los centros motores, sin intervención de la voluntad” (p.61)

Donna (1996) los explica como los movimientos corporales que hace una persona durante un ataque de epilepsia, los producidos por calambres, vómitos, etcétera. Claramente cuidando que dicho acto no se encuadre en el tema de *actio libere in causa*⁵. Un ejemplo práctico utilizado por la doctrina es el de la persona que, al sostener una pieza de porcelana costosa, sufre una convulsión epiléptica, y la destruye al dejarla caer. De forma unánime concluimos que no existe acción, ergo, conducta penalmente relevante.

c) Estados de plena inconsciencia.

⁵Cabello (2005). *La actio libera in causa* es una construcción dogmática en derecho penal que permite la responsabilidad penal de un individuo que, actuando libremente y con dolo o imprudencia, provoca una situación de inimputabilidad (como un estado de ebriedad o inconsciencia) de la que posteriormente se deriva un delito.

Un estado de inconsciencia plenamente demostrado anula la voluntad por completo. La doctrina ha establecido tres estados de plena inconsciencia: sueño natural, sonambulismo y sugestión hipnótica. Cabello (2005) diferencia el sueño natural de la inconsciencia patológica:

En el sueño se suspende la conciencia perceptiva, desde luego, la discriminativa, pudiendo activarse el subconsciente que, fuera del control cortical, aflora con su carga de sueños y pesadillas.

En cambio, en el sueño patológico, el sueño profundo, los delirios febriles de alto grado, los desmayos profundos, los efectos producidos por estupefacientes, etc., son supuestos que se los debe diferenciar de los casos de incapacidad de culpabilidad. (p. 18-19)

Podemos concluir en que, si una persona comete un injusto en una fase de sueño, no está siendo gobernado por su voluntad, por tanto, no se le puede reprochar el resultado lesivo. El sonambulismo entonces, tampoco genera acción, en el supuesto que la persona que lo padezca cometa actos que alteren la norma, porque no se encuentran gobernados por la voluntad.

Finalmente, la hipnosis mediante sugestión de un tercero, también denominado sueño magnético ocurre cuando la persona cae en un letargo mediante labores de un tercero, el hipnotizador.

1.1.2 Omisión

Habiendo detallado la acción, es menester distinguirla de la omisión, sin que esto signifique que sean conceptos apartados o distantes; de hecho, podemos decir que no se trata de acción y omisión, sino de acción e inacción. La omisión no consiste solo en no hacer, sino se refiere a evitar hacer la conducta que el ordenamiento jurídico espera que se realice. Esta debe estar dentro de las posibilidades reales y físicas de la persona que omite; consecuentemente la omisión es un quebrantamiento de rol, respecto a un deber impuesto por la norma. La doctrina ha determinado dos tipos de omisión (Martín, 1999).

1.1.2.1. Omisión propia.

Welzel (1956) describe a los injustos de omisión propia, como presupuestos típicos cuyo cometimiento exige una intervención del ordenamiento jurídico. Es decir,

son los casos en los que el propio legislador ha descrito como modelo de conducta desvalorada, el acto omisivo.

Podemos encontrar algunos ejemplos de delitos de omisión propia en nuestro Código Orgánico Integral Penal.⁶ En estos casos es el legislador, quien describe el modelo de conducta desvalorada, en negativo u omisivo, por tanto, nos encontramos frente a delitos de omisión propia.

1.1.2.2. Omisión impropia.

Siguiendo la tesis de Welzel (1956), los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión, son las infracciones que el legislador las ha descrito de manera comisiva o activa. Cuando el legislador menciona “el que matare a otro” está refiriéndose a la acción de matar. Empero, estos actos también podrían verificarse mediante la inacción; esto sucede cuando quien tiene el deber jurídico de evitar un resultado, no lo hace, estando en la posibilidad real y física de hacerlo; entonces, es como si efectivamente lo hubiera ocasionado.

Para recaer en la omisión impropia, la persona debe encontrarse vinculada fuertemente con la tutela del bien jurídico que resulta afectado por no haber realizado la conducta jurídicamente esperada. Es decir, la persona se encontraba en una posición de cuidado o garantía de este bien. Naciendo entonces un concepto fundamental para entender la estructura de la omisión impropia: la posición de garante.

El artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, describe en su segundo inciso a la posición de garante al referirse a la omisión dolosa⁷.

1.1.2 Tipicidad

Una vez verificada la existencia de acción (u omisión en su defecto) podemos seguir con el análisis del siguiente elemento: la tipicidad

En palabras de Muñoz & García (2010) el tipo es una figura abstracta, conceptual, que para su evidencia jurídico práctica, necesita que una manifestación de voluntad se

⁶ Ejemplos de estos delitos en el código pueden ser: Artículo 134, delito de omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria; o, la desatención del servicio de salud del artículo 218.

⁷ Art. 28.- Omisión dolosa. - La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.

subsuma, de manera milimétrica, a dicho modelo; pues una variación, por mínima que sea, devendría en una ausencia de tipicidad y con ello la conducta, dejaría de ser penalmente relevante.

Es decir, la tipicidad es la adecuación de un hecho a lo descrito en la ley penal; recordando el principio de legalidad *nullum pena, nullum crimen, sine lege*; solo las acciones u omisiones tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. El tipo es elaborado por el legislativo con el fin de cumplir los objetivos de la política criminal y es la conducta humana la que se adecua a la descripción objetiva y subjetiva del hecho.

1.1.2.1 Funciones del tipo penal

La doctrina ha reducido las funciones del tipo a cuatro: seleccionadora, de seguridad o garantía, motivadora e indiciaria de antijuridicidad. Estas se detallan a continuación.

a) Función seleccionadora.

Previamente se ha mencionado que mediante esta función del tipo se puede elevar a categoría de delito las conductas que, a criterio del legislador, lesionen las esferas más sensibles de la sociedad. Respetando el principio de mínima intervención del derecho penal, el tipo escoge las conductas que desea ponderar como ilegales y las describe de manera objetiva y subjetiva mediante los modelos de conducta desvalorada.

b) Función de seguridad o garantía

Siguiendo con la tesis de Donna (1996), la función de seguridad o garantía guarda relación con el principio de legalidad. En sus palabras, los únicos hechos sancionables, son aquellos sobre los que su punibilidad ha sido legalmente determinada, previo a su comisión. Permitiendo que todo ciudadano tenga la posibilidad de conocer la punibilidad del acto, antes de realizarlo.

Para Welzel (1956) "El tipo tiene la función de describir en forma objetiva la ejecución de una acción prohibida y sólo mediante esta función se da cumplimiento a la exigencia del principio *nullum poena sine lege*". (p.281).

c) Función motivadora

Desde una perspectiva de política criminal, el derecho penal no es el único mecanismo de lucha contra el crimen, empero, es indudablemente uno de ellos. A través del juego de desvalores, (a mayor desvalor de acto, tendremos mayor desvalor de

resultado) el derecho penal busca evitar la verificación del resultado lesivo o peligroso, prohibiendo las conductas que puedan generarlo. Esta función del tipo no busca únicamente castigar la conducta; sino *motivar* a la ciudadanía en general a abstenerse de realizar los comportamientos penalmente reprochables por el ordenamiento jurídico.

d) Función indiciaria de antijuridicidad.

Esta es una función especial del tipo que guarda relación con la función seleccionadora. Recordando que, mediante la primera función, el derecho penal escoge de todas las conductas reprochables aquellas intolerables para el derecho penal; podemos concluir que toda conducta típica es anti normativa; pero no necesariamente antijurídica. Esto fundamenta la función indiciaria (Salazar, 2021).

Esta función explica que el hecho de que la conducta sea típica, nos da un *indicio* de su antijuridicidad, es decir, si la conducta es contraria al ordenamiento jurídico por estar categorizada como tipo penal; el cuestionamiento de su antijuridicidad debe realizarse en negativo. Esto es: reconociendo que la conducta realizada está prohibida ¿Es justificable haberla realizado? Esta interrogante se despejará en la antijuridicidad.

1.1.3 El tipo y la antijuridicidad

Si bien la antijuridicidad será analizada a profundidad en el siguiente capítulo, al ser conceptos tan relacionados, no se puede avanzar dentro del tipo sin diferenciarlo de la antijuridicidad. La antijuridicidad es un concepto universal del derecho, la tipicidad es un concepto particular del derecho penal. Para Muñoz & García (2010)

La antijuridicidad es un concepto unitario válido para todo el ordenamiento jurídico, de tal forma que lo que es antijurídico en una rama del derecho lo es también para las restantes ramas del ordenamiento jurídico. Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. (p.135)

Consecuentemente, tipo y antijuridicidad son dos elementos diversos dentro de la teoría del delito, relacionados sí y enlazados gracias a la función indiciaria del tipo, por un lado, y la seleccionadora por otro; empero considerar que son sinónimos, es errado.

1.1.4 Culpabilidad

Si nos encontramos frente a una actuación que es típica y no se encuentra cobijada bajo una causa de justificación; nos corresponde analizar la culpabilidad o atribuibilidad de la conducta.

Donna (1996) conceptualiza a la culpabilidad como “el reproche que se le realiza al autor del hecho típico y antijurídico, debido a su motivación contraria a la norma (contraria al deber). Con lo que se afirma que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad.” (p.182).

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 34⁸ enfatiza la necesidad de conocimiento del justiciable sobre la antijuridicidad de su conducta. Y posteriormente en el artículo 35⁹ detalla las como causas de exclusión de culpabilidad al error de prohibición invencible y el trastorno mental. Esta norma guarda relación con lo previamente expresado por Zaffaroni (1998) cuando menciona la necesidad de que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a la comprensión de la antijuridicidad.

Al respecto de las causas de exclusión de culpabilidad, Frías Caballero (1985) sostuvo que, las causas de exclusión de la culpabilidad no podían encontrarse en un catálogo cerrado, rígido e inflexible; en sus palabras,

Las causas legalmente formuladas son, por esencia, simples ejemplificaciones particulares del principio de la no exigibilidad de otra conducta conforme al derecho. Al margen de ellas, es decir, más allá de la ley, pero no más allá del derecho (metajurídicas) existe la causa supralegal de no exigibilidad. (p.95).

Estos casos de no exigibilidad son supuestos de colisión de deberes o de intereses de igual jerarquía. La causal de exclusión de culpabilidad aparece en el llamado estado de necesidad exculpante. Este opera en todos los casos en los cuales se debe eliminar la vida del otro para salvar la propia, imposibilitando la capacidad de valoración de los bienes jurídicos contrapuestos. Como en el clásico ejemplo de la doctrina de la tabla de salvación. Desde esta perspectiva, las causales más sobresalientes son:

a) El estado de necesidad que elimina la responsabilidad penal

Según Jescheck & Weigend (1996) ocurre cuando el autor realiza una acción típica y antijurídica con el fin de apartar de sí mismo, o de una persona cercana, un peligro que amenace bienes jurídicos esenciales como la vida, la integridad corporal o la libertad. Para que opere esta causa de justificación, el peligro debe ser actual, es decir, debe existir una alta probabilidad de afectación al bien jurídico conforme a la experiencia normal de

⁸ Art. 34.- Culpabilidad. - Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

⁹ Art. 35.- Causas de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición invencible y trastorno mental, debidamente comprobados

las personas. Además, se requiere la presencia del elemento subjetivo, consistente en la voluntad del autor de salvar el bien jurídico amenazado o protegerse a sí mismo.

b) Miedo insuperable y coacción

El miedo insuperable y la coacción constituyen una modalidad específica del estado de necesidad. Muñoz & García (2010) explican que, en esta figura, el sujeto actúa bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente. Por ello, se aplican las mismas reglas del estado de necesidad, en tanto la conducta surge como una reacción frente a una coacción irresistible que elimina la exigibilidad de otro comportamiento.

c) Obediencia debida

En un Estado de derecho prevalece el principio de que el subordinado no está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales. Cuando la orden constituye una coacción, el caso se subsume en la categoría de no exigibilidad de otra conducta. Sin embargo, fuera de estas circunstancias, tanto quien dicta la orden como quien la ejecuta actúan antijurídica y culpablemente.

Otra posibilidad se vincula con el error del subordinado: que este crea que la orden es legal o que asuma que toda orden debe cumplirse incluso si es antijurídica. En tales supuestos, el error puede incidir en la culpabilidad, conforme a los criterios generales de la teoría del error. (Gend 1996).

La antijuridicidad, entonces sería un juicio sobre la relación entre el resultado o estado causado por una acción respecto del Derecho, mientras que la culpabilidad corresponde a un juicio sobre el autor.

Esto es, el injusto solo tendría por referencia al hecho desde el punto de vista de la afectación de intereses protegidos, mientras que la culpabilidad tendría por objeto de referencia al autor, juzgado a partir de la idea de obligación (Wilenmann, 2017).

1.2. La antijuridicidad

De todas aquellas conductas antijurídicas descritas en el ordenamiento jurídico, el derecho penal toma para sí las más relevantes para elevarlas a la categoría de delito, mediante la selección prolija de modelos desvalorados de conducta; por tanto, una vez que se verifica tipicidad, esta goza de una presunción de antijuridicidad, ergo, el juicio que se le realiza al tercer elemento del delito, es en negativo. Por tanto, la interrogante a ser despejada es la siguiente: Reconociendo que la conducta es típica ¿está justificada?

La antijuridicidad es un concepto central en la teoría del delito, necesario para determinar o establecer la responsabilidad penal de los individuos, porque identifica la ilicitud de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Entonces, la antijuridicidad permite conocer las acciones que por su naturaleza son punibles o sancionables, consiguiendo así un sistema penal que actúe conforme al orden social. A grosso modo se lo puede definir como un acto que contraviene las normas del ordenamiento jurídico (Mir Puig, 1994).

Naturalmente el ordenamiento jurídico es amplio, por lo que, la conducta en cuestión puede ser contraria a normas de carácter regulatorio civil o administrativo o inclusive de las derivadas de principios generales del derecho. Sin embargo, para el derecho penal es importante recalcar un elemento distintivo e inseparable del concepto de antijuridicidad penal el cual es la tipicidad penal. Siendo este un factor esencial para el posible hecho antijurídico; pues la tipicidad está vinculada al Estado de Derecho y al principio de legalidad.

El principio de legalidad requiere que la ley manifieste con exactitud y previo a la conducta; cuáles son los elementos que estructuran una acción u omisión punible y su respectiva pena. La antijuridicidad penal, a diferencia de la general, no se refiere a toda conducta humana, sino exclusivamente a aquella que previamente ha sido elevada a categoría de tipo. La antijuridicidad penal tiene la misión de verificar si cabe excluir el contenido de injusto que el tipo ha establecido inicialmente. Concluye que “resulta obligado que los criterios de referencia de la antijuridicidad se desarrollen en el mismo plano valorativo que los del tipo” (p.103)

En palabras de Ripollés (2011) el juicio de antijuridicidad penal no pretende ser un criterio de distinción entre lo justo y lo injusto, sino que pretende señalar el paso de lo injusto a lo injusto merecedor de pena. En tal sentido, el derecho penal recoge las conductas jurídicamente desaprobadas y les dota de la cualidad de, por su lesividad, volverse merecedoras de reproche punitivo. Es este elemento el que diferencia a la antijuridicidad general de la de los restantes sectores jurídicos.

1.2.1 Antijuridicidad formal y material

La antijuridicidad puede clasificarse en categorías, que son útiles para comprender este concepto dentro del derecho penal:

En primer lugar, la antijuridicidad formal, se refiere a ir en contra de una norma jurídica, independientemente de las circunstancias del acto. Es decir, basta que exista una ley penal que prohíba el acto, y existe acto se considera antijurídico por ir en contra de la disposición legal, no implica entonces una valoración de las consecuencias del acto. Así si una persona roba, y se constata que el acto de robar es antijurídico por existir una norma que prohíbe el robo.

Por otra parte, la antijuridicidad material evalúa la ilicitud en función de las consecuencias del acto y su impacto en la sociedad. Este enfoque se centra en la gravedad del daño causado y en la necesidad de sancionar la conducta en función de los valores sociales protegidos por la norma. En este sentido, la antijuridicidad material permite un análisis más flexible y contextualizado de la ilicitud, ya que se enfoca en el resultado de la conducta y en cómo este afecta a los individuos y a la comunidad en general (Hurtado Moreno & Zambrano Vera, 2021).

1.3 Teoría general de las causas de justificación

Donna (1996) acierta definiendo las causas de justificación.

(...) las causas de justificación no son otra cosa que metanormas que vienen a regular la colisión entre bienes jurídicos que se encuentran en conflicto entre sí, como ser la muerte del agresor en el caso de legítima defensa, la destrucción de la cosa en el estado de necesidad, defensivo o agresivo. Esto implica que no existe un conflicto formal, ya que la colisión sólo surge en relación con los bienes o intereses jurídicos afectados. En consecuencia, y éste es el tema en el caso que nos ocupa, las causas de justificación rigen solo en cuanto conflicto material, pero no dirigen de ningún modo instrucciones de acción a los afectados por el conflicto, esto es -y vale la pena insistir en ello, porque acá nace la cuestión que ha llevado a error a algunas posiciones-, no son ni un mandato ni una prohibición. En este sentido, las normas de permisión no son normas de conducta, porque son solo normas de colisión (p.117).

Es por esto que reconoce a las causas de justificación como normas autónomas y de permisión que actúan independientemente de las normas de conducta y que hacen retroceder a éstas derogando las prescripciones impuestas. Como consecuencia, se limita la norma de conducta en el sentido de que el deber de proteger la vida, decae cuando el ordenamiento permite una lesión. (Donna, 1966).

Las causas de justificación constituyen un mecanismo jurídico que permite resolver los conflictos derivados de la colisión de derechos, autorizando conductas que en circunstancias ordinarias serían ilícitas. Este fenómeno se produce porque dichas causas incorporan un principio permisivo que altera las reglas generales de prohibición y orden, generando como consecuencia que estas últimas cedan de manera excepcional.

En ese contexto, un acto que inicialmente se considera prohibido no solo se torna permitido, sino también lícito. De ahí que, por ejemplo, la privación de la vida en el marco de la legítima defensa no se considere un acto antijurídico, pues se encuentra amparado por el ordenamiento y, en consecuencia, resulta plenamente válido.

a) Principio del interés preponderante

Las razones que explican la exclusión del injusto penal encuentran su fundamento en la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. Por un lado, se valoran los intereses de la víctima y de la colectividad en general; por el otro, los intereses del autor y de la misma colectividad frente al Derecho penal. Bajo este esquema, el denominado principio del interés preponderante sostiene que, en situaciones de colisión de intereses, el Derecho debe inclinarse por aquella posición que represente el interés de mayor relevancia para el orden social y jurídico. Así, cuando un interés resulta más valioso que el otro, la norma debe reconocer su prevalencia y otorgar protección preferente, incluso si para ello es necesario sacrificar un bien de menor entidad. (Días, 2022)

En la tradición dogmática, la interpretación de las causas de justificación como reglas de solución de conflictos de intereses ha consolidado al concepto de “interés” como categoría central y metodológicamente unitaria dentro del análisis. Esto supone un cambio en la manera de concebir los conflictos jurídicos, los cuales dejan de entenderse exclusivamente como enfrentamientos entre posiciones normativas abstractas y pasan a ser observados como tensiones entre motivaciones o intereses concretos.

En consecuencia, la función del derecho consiste en resolver el conflicto protegiendo aquellos intereses que posean un valor superior y para garantizar una estructura social más justa y equilibrada. Desde esta perspectiva, la sociedad debe favorecer siempre la opción que materialmente contribuya a maximizar la disponibilidad general de bienes y derechos, asegurando que la organización social refleje el mayor grado posible de utilidad y beneficio colectivo.

Cuando se analiza el caso específico de la legítima defensa, el Derecho tiende a resolver el conflicto en términos abstractos, distinguiendo posiciones jurídicas como las del agresor y la víctima, en lugar de valorar directamente los intereses concretos en juego. Esta circunstancia demuestra que la interpretación de los conflictos no puede reducirse únicamente a un choque de intereses individuales. Para superar esta limitación, la dogmática ha introducido dos mecanismos argumentativos relevantes.

En primer lugar, se ha formalizado el concepto de interés, estableciendo que sólo aquellos intereses reconocidos por el Derecho pueden ser tenidos en cuenta en la resolución de conflictos. En segundo lugar, se ha incorporado un interés supraindividual, identificado con el interés del Estado o incluso del propio orden jurídico. Este interés superior permite justificar la facultad de defensa en situaciones de legítima defensa, a la vez que explica la existencia de restricciones ético-sociales que limitan su ejercicio. Así, tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, que son las dos causas de justificación más destacadas dentro del principio del interés preponderante, pueden entenderse como derivadas de un fundamento común sustentado en este interés de carácter supraindividual en el ámbito jurídico puede realizarse de dos maneras distintas. En ciertos casos, como en el estado de necesidad justificante, el juez debe llevar a cabo una valoración concreta de los intereses en conflicto, ya que las normas no presentan una ponderación previa. En otros supuestos, como en la legítima defensa y en causas de justificación especiales, es el propio ordenamiento el que establece una regla que determina la relevancia de ciertos intereses frente a otros en situaciones específicas. De esta forma, el Derecho opera bajo dos métodos diferenciados: en unos casos se otorga directamente al juez la tarea de ponderar, y en otros se definen ex ante las condiciones que otorgan primacía a determinados intereses (Robinson, 1982).

La doctrina señala que las distintas causas de justificación no difieren en sus fundamentos esenciales, sino únicamente en las condiciones de aplicación y en el grado de ponderación de los intereses involucrados. Bajo esta lógica, todas ellas se relacionan de manera particular con el estado de necesidad, entendido como la figura general de referencia. La legítima defensa, por ejemplo, no se distinguiría categóricamente del estado de necesidad, sino que sería concebida como un caso especial de este último, en su modalidad agresiva. Por ello, las acciones realizadas en legítima defensa se encuentran justificadas aplicando las reglas propias de este tipo de necesidad, que reconocen la primacía de un interés de mayor relevancia frente a otro que resulta sacrificado.

La jurisprudencia alemana constituye un referente clave en la consolidación de esta concepción. La sentencia del Tribunal del Imperio sobre el estado de necesidad justificante supralegal, así como la interpretación posterior del § 34 del Código Penal alemán por parte del Tribunal Supremo Federal, se orientan en la misma dirección. Ambos tribunales han afirmado que el Derecho puede aceptar la lesión de un bien jurídico protegido siempre que ello resulte indispensable para salvaguardar otro de mayor valor. En este sentido, la teoría del interés preponderante encuentra respaldo en la práctica judicial al establecer que la protección de bienes jurídicos superiores justifica la afectación de aquellos que revisten una importancia menor en el caso concreto.

Sin embargo, esta teoría sólo resulta sostenible si se adopta su versión más radical, es decir, aquella que postula la reconstrucción de todos los conflictos como choques fácticos de intereses cuya solución depende de una valoración material y concreta. Este planteamiento corresponde a una visión utilitarista del Derecho, en la cual el sistema de causas de justificación, derivado de situaciones de defensa o necesidad, encuentra su base en la idea de utilidad social. En este marco, las causas de justificación especiales, distintas al estado de necesidad agresivo, reflejan un principio metodológico de limitación, ya que delimitan de manera más precisa los intereses que deben considerarse en conflicto. En cambio, el estado de necesidad justificante constituye la expresión más directa de la utilidad social, al permitir de manera excepcional que se justifiquen acciones en atención a su utilidad para la colectividad (Wilenmann, 2017).

Principio de autonomía formal y la solidaridad

El Derecho positivo reconoce similitudes entre las estructuras dogmáticas de la legítima defensa y del estado de necesidad, lo que refuerza la idea de un fundamento común. Incluso conceptos como el peligro o la actualidad, que definen genéricamente estas situaciones, muestran la necesidad de proteger determinados bienes frente a un riesgo inmediato que sólo puede conjurarse mediante la acción justificante. No obstante, el análisis comparado revela ciertas inconsistencias en la fijación dogmática de las medidas aplicables, especialmente en la relación entre autonomía formal y solidaridad.

Tabla 1

Autonomía formal y solidaridad.

Calificación del objeto de la lesión justificada.	Principio de fundamentación de la justificación.	Fundamentación de la limitación de la facultad de la lesión justificada.	Medida de la limitación de la facultad de lesión justificada.
Persona que ha efectuado la agresión antijurídica (1).	Defensa del ámbito propio de autonomía.	Principio de solidaridad limitado a desproporción extrema.	Desproporción extrema.
Persona a quien es atribuible un peligro (2).	Defensa del ámbito propio de autonomía.	Limitación plena por consideraciones de solidaridad.	Inversión de 3 (preponderancia esencial de los intereses del destinatario de la acción de necesidad)
Ámbito de autonomía ajeno protegido (3).	Solidaridad	Limitación dada por consideraciones formales de autonomía.	Inversión de 2 (ausencia de preponderancia esencial de los intereses del agente de necesidad).

Fuente: (Wilenmann, 2019, p.81)

Mientras que en el estado de necesidad se observa una lógica clara en la diferenciación entre modalidades defensiva y agresiva, en la legítima defensa aparece un límite relacionado con la extrema desproporción que no siempre se conecta con esa misma lógica. Esto plantea la disyuntiva de aceptar un sistema con inconsistencias internas o reconocer que la legítima defensa no encaja plenamente en el modelo de conflicto entre autonomía y solidaridad, lo que abre el debate sobre la coherencia y los alcances de la teoría del interés preponderante.

1.3.1. Efectos de las causas de justificación.

El principal efecto que producen las causas de justificación es convertir al hecho típico en un hecho lícito, bien visto por la ley y el derecho; la justificación produce que una acción que contradice a una norma prohibitiva, en el caso concreto está en condiciones de tolerar la lesión o puesta en peligro del objeto material de protección en beneficio de valores de mayor importancia, siempre que también el fin perseguido por el autor no resulte desaprobado (Jescheck y Weigend, 1996).

Como segundo efecto, tenemos la imposibilidad de que al autor del acto justificado se le pueda imponer una medida de seguridad, en tanto estas se las genera por la peligrosidad del autor de un hecho típico y antijurídico que no le es atribuible vía juicio

de reproche. En tercer lugar, de un hecho justificado, es decir no antijurídico, no cabe sanción de ningún tipo en materia civil y/o penal, ni siquiera generando deberes indemnizatorios, hasta el momento en el que la justificación se encuentra irradiada.

Como cuarto efecto de las causas de justificación, podemos sostener que cualquier contribución directa o indirecta a las mismas está justificada también. Además, un quinto efecto es la existencia de una causa de justificación, nos permite eximirnos de comprobación respecto a atribuibilidad, en tanto la culpabilidad sólo puede darse como un acto que cumplió el juicio de antijuridicidad. Finalmente, el alcance de los efectos de las causas de justificación, funciona hasta dónde llega la protección normativa al bien jurídico en cuestión.

Esta última consecuencia deriva en un principio incluso reconocido en la legislación, entendido como el exceso de las causas de justificación este como una extralimitación, en el ejercicio de una causa de justificación, deja indemne la antijuridicidad del acto, empero su efecto, produce atenuación de pena (Ivó Coca, 2016).

Este principio se ve reflejado en el artículo 31 del Código Orgánico Integral Penal¹⁰, produciendo que cualquier exceso, entendido este como una extralimitación de los supuestos de la causa de justificación, hace que esta no opere como destructora de antijuridicidad, dejando a la categoría descrita del injusto íntegra, empero produciendo, como consecuencia, la atenuación de la pena.

1.3.2. Elementos de las causas de justificación y el error

Las causas de justificación se manejan necesariamente mediante elementos objetivos y subjetivos, que deben ser analizados en primer término de forma general para luego revisarlos de manera específica dependiendo cada una de las causas de justificación.

Además, el error en los elementos bien sea objetivos, bien sea subjetivos generará consecuencias de diversa índole, que complejidad sugerimos un análisis diferenciado sobre estas variables y sus efectos respecto al error que pueda evidenciarse.

a) Elementos objetivos en las causas de justificación y el error

Todos los supuestos de causas de justificación, mantienen tanto elementos o espectros objetivos como elementos o espectros subjetivos; luego, para justificar un acto típico es

¹⁰ Art. 31.- Exceso en las causas de exclusión de la antijuridicidad. - La persona que se exceda de los límites de las causas de exclusión será sancionada con una pena reducida en un tercio de la mínima prevista en el respectivo tipo penal.

requerimiento básico que se evidencien los presupuestos objetivos de la situación justificante y que el autor conozca de dicha situación.

Referente a esto, Muñoz Conde (2010) expone:

Las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos. Para justificar una acción típica no basta con que se dé objetivamente la situación justificante, sino que es preciso además que el autor conozca esa situación e incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley para justificar su acción. (p.119)

Los elementos objetivos en las causas de justificación son los presupuestos legales que establece la norma, o incluso, la propia doctrina en ciertas variables de justificación que deben ser recurridas a dicha fuente para comprenderla de manera íntegra. Para exigir entonces la legítima defensa, tenemos que vislumbrar si se evidencia en el acontecer exterior, una actual agresión ilegítima, que no sea provocada de forma suficiente por quien se defiende y que, además haga proporcional el aparataje defensivo empleado. En el estado de necesidad, se requiere que dos bienes jurídicos de diversa jerarquía en ponderación, se encuentren el real peligro, debiendo, para salvaguardar el de mayor valor, afectar el inferior, siempre que sea esta la única vía de solución del conflicto.

b) Elementos subjetivos en las causas de justificación y el error.

Así como las causas de justificación exigen la verificación de elementos objetivos que permitan ponderar su aplicación, también requieren de elementos subjetivos: el autor debe tener conciencia de que actúa bajo un supuesto justificante, es decir, debe conocer la situación que le habilita a obrar conforme a una *metanorma*, entendida como una disposición que regula la colisión de derechos mediante una permisión de conducta. Por ello, no basta con que concurren los presupuestos objetivos de la justificación, sino que es indispensable que el sujeto conozca tales circunstancias para poder invocar la exclusión de la antijuridicidad.

Los supuestos de error en relación con estos elementos subjetivos plantean problemas adicionales. Para Jescheck & Weigend (1996) “quien actúa creyendo defenderse de una agresión inexistente no puede alegar legítima defensa como causa de justificación. Sin embargo, tampoco puede imputársele responsabilidad si el error fue invencible, pues en tal caso se trataría de un error de prohibición indirecto” (p.89)

El razonamiento guarda cierta analogía con la tentativa: en ambos casos el autor proyecta una conducta que considera jurídicamente prohibida, aunque el resultado finalmente no se produzca; por tanto, existe desvalor de acto, pero no necesariamente desvalor de resultado.

1.3.3. Justificación parcial.

Un aspecto debatido en la dogmática penal es si las causas de justificación admiten graduaciones, esto es, si puede hablarse de una “justificación parcial”. La antijuridicidad constituye una categoría unitaria y absoluta del derecho; no depende de la configuración normativa del legislador, sino que es intrínseca al orden jurídico en su conjunto y representa una valoración previa de lo permitido y lo proscrito en la sociedad. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que los bienes jurídicos tienen distinta valoración — afectar la vida resulta más grave que afectar la propiedad—, lo que incide en la configuración típica y en la punibilidad de la conducta.

No obstante, siguiendo con lo mencionado por Jescheck & Weigend (1996) el reproche de antijuridicidad no admite graduaciones. Una conducta no puede considerarse “medianamente justificada”; o cumple íntegramente los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación, o no lo hace, quedando intacta la antijuridicidad y obligando a analizar posibles errores en otra categoría dogmática, como el error de prohibición.

1.3.4. Causas de justificación en el COIP y en la doctrina

Existe un debate acerca de si las causas de justificación deben estar previstas en un catálogo cerrado por el legislador o si, por el contrario, pueden derivarse de los principios generales del ordenamiento jurídico.

En este punto, Muñoz Conde (2004) advierte que: “El catálogo de causas de justificación no puede ser un catálogo cerrado, por cuanto las causas de justificación no son un problema específico del derecho penal, sino un problema general del ordenamiento jurídico” (p. 122).

En efecto, el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal¹¹ establece únicamente como causas de justificación la legítima defensa, el estado de necesidad, la

¹¹ Art. 30.- Causas de exclusión de la antijuridicidad. - No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa. Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal, debidamente comprobados.

orden legítima de autoridad competente y el cumplimiento de un deber legal. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina, este catálogo no agota todas las posibilidades de exclusión de antijuridicidad.

En este sentido, Jescheck & Weigend (1996) concluye que “el catálogo de causas de justificación no está nunca concluso porque también los principios decisivos del orden social siguen desarrollándose” (p. 481).

CAPÍTULO 2. LEGÍTIMA DEFENSA, LEGISLACIÓN Y DOGMÁTICA

La legítima defensa es una institución jurídica del derecho penal, que opera como una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad de una conducta que, en principio, sería típica.

Según Roxin (1997), la legítima defensa opera como un mecanismo que neutraliza el carácter antijurídico de una conducta que, aunque típica, se encuentra justificada por la necesidad de repeler una agresión ilegítima. En este sentido, la antijuridicidad no se configura únicamente por la adecuación del hecho a la norma penal, sino por su contradicción efectiva con el ordenamiento jurídico global, lo cual puede quedar excluido por causas de justificación como la legítima defensa.

Las teorías supra individualistas encuadran a la legítima defensa como mecanismo protector del ordenamiento jurídico, es decir, el principio fundamental que justifica la defensa no es la seguridad del agredido; sino preservar la validez empírica del ordenamiento jurídico, la autoafirmación del Derecho (Palermo, 2006).

Históricamente, esta idea de legítima defensa estaba recogida en el derecho romano, quien reconoció que es lícito rechazar la fuerza con fuerza; sin embargo, es importante recordar que la legítima defensa parte de un principio básico del derecho Natural que se fundamenta en el instinto de supervivencia del ser humano (Hurtado Moreno & Zambrano Vera, 2021). La legítima defensa entonces es la legalidad de repeler una agresión ilegítima, para salvaguardar un bien jurídico propio o de un tercero. Se trata entonces de defenderse, en un momento en que el estado no puede actuar, por la inmediatez y urgencia de la agresión, dejando a una reacción personal como única alternativa.

De lo expuesto, y siguiendo la reflexión de Luzón Peña (2002), es posible identificar en la legítima defensa dos fundamentos convergentes: uno de carácter individual, referido a la protección personal frente a la agresión, y otro de orden supraindividual, vinculado con la primacía del derecho como valor superior, en la línea planteada por Roxin (1997). Desde esta doble perspectiva, la legítima defensa se presenta como un mecanismo de tutela tanto de los derechos subjetivos como del ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual permite incluso la defensa de terceros.

Esta dualidad resulta particularmente clara al contrastar con otras causas de justificación. Así, mientras en el estado de necesidad se evidencia una colisión de bienes jurídicos de diferente jerarquía, en la legítima defensa los bienes jurídicos se encuentran tan relacionados o son tan similares, que el mismo derecho autoriza el uso de la fuerza precisamente para la protección de los valores que integran el ordenamiento positivo. Esta diferenciación será tratada con amplitud más adelante.

Principios de la legítima defensa

Benavides-Benalcázar et al. (2018) destacan dos principios fundamentales de la legítima defensa:

1. *Principio de protección individual*: Consiste en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión. El Estado concede al individuo la facultad de usar la violencia privada para precautelar un bien jurídico protegido cuando está en grave peligro.
2. *Principio de mantenimiento o prevailecimiento del Derecho*: Al impedir o repeler una agresión ilegítima, se está defendiendo y garantizando la plena vigencia del ordenamiento jurídico (p.11).

Además de estos principios, existen teorías sobre la legítima defensa que fundamentan el acto defensivo del agredido.

a) Teoría de la responsabilidad del agresor

La doctrina explica la teoría de la responsabilidad del agresor fundamentándose en la atribución de la responsabilidad del resultado (daño a sí mismo) por haber mantenido el control sobre su agresión. Es decir, como el agresor posee el control total sobre su propia agresión, pudiera evitar la lesión de sus bienes jurídicos, cediendo. La responsabilidad recae entonces en su conducta agresiva, lo que justificaría la acción defensiva.

Wilenmann (2017) citando a Berner (1988) explica acertadamente

¿Con qué derecho podría exigir el legislador que el agredido criminalmente huya frente al criminal y de esta forma pierda su derecho a permanecer en su lugar? (...) Nunca debo escapar de acuerdo con el Derecho absoluto, ya que simplemente ocupo el lugar en el que me encuentro con derecho. ¿Puede uno fundamentar la legítima defensa en que el derecho no debe ceder frente al

injusto, y luego exigirle al titular del derecho que huya frente al agresor injusto? (p.578).

b) Teoría de la asunción

La teoría de la asunción como figura argumentativa implica que el destinatario de la agresión no puede alegar de forma convincente que fue tratado injustamente al ser repelida la agresión. Pues él fue quien creó la necesidad de recomponer la relación jurídica debida de esta forma. Este es precisamente el sentido de la máxima hegeliana relativa a que la acción en legítima defensa constituye una ley que el agresor se ha dado a sí mismo (Wilenmann, 2017).

2.1 Legítima defensa en la legislación penal ecuatoriana

La definición antes mencionada, se relaciona mucho con la prevista en nuestro Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 33¹². Estos requisitos no son claros sobre su alcance, por lo que el juez y las partes procesales deben realizar un fuerte ejercicio argumentativo e interpretativo que demuestre la pertinencia o no de esta institución jurídica en cada caso.

Por ello, se va a realizar un brevísimo análisis del artículo antes enunciado, partiendo del supuesto de existencia de legítima defensa planteado por la norma frente a la actuación en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno. En relación con ello, conviene recordar que los derechos están reconocidos principalmente en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos; gracias al llamado “bloque de constitucionalidad”. Lo que hace el legislador, entonces, es precisar las condiciones necesarias para que la defensa de los derechos sea legítima.

El primer requisito es la existencia de una “agresión actual e ilegítima”. Partimos entonces de lo que se entiende por “Agresión” que es definida por Hurtado Moreno & Zambrano Vera (2021) como cualquier conducta destinada a causar daño inmediato a una persona. De esta definición podemos distinguir tres elementos, el primero es el carácter intencional, es decir, la conducta agresiva persigue un fin específico, que puede variar en su naturaleza y permite clasificar los distintos tipos de agresión. El segundo, son las

¹² Art. 33.- Legítima defensa. - Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa. 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.

consecuencias de la conducta que pueden recaer en objetos y personas. Por último, la variedad expresiva, puede manifestarse de distintas maneras, siendo las más comúnmente señaladas por la doctrina la agresión física y la verbal.

Según Rodríguez (2023) la actualidad de la agresión se refiere a un carácter de medición temporal que supone de una reacción defensiva inmediata para evitar un daño o un perjuicio mayor del bien jurídico protegido. Cabe señalar que, aunque la norma no lo menciona expresamente, una amplia corriente doctrinaria sostiene que dentro de este requisito se incluye también la agresión inminente, entendida como aquella que es posible y altamente probable. Esta teoría será desarrollada a profundidad posteriormente.

El segundo requisito es la necesidad racional de la defensa, en este punto la doctrina subraya que racionalidad no equivale a proporcionalidad. La legítima defensa no exige que el medio utilizado para repeler la agresión guarde equilibrio con el medio empleado para agredir, puesto que se trata de una situación imprevista.

El tercer requisito es la ausencia de provocación suficiente. Esto obedece a que las conductas intencionalmente provocadoras excluyen la legítima defensa, al ser jurídicamente desvaloradas por contrariar principios básicos de convivencia.

2.2 Elementos constitutivos de la legítima defensa.

Como se ha mencionado previamente, las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos, los segundos suponen la representación de los primeros, y la existencia de los primeros, la corroboración material de estos según cada causa de justificación. Posteriormente, el análisis de los elementos de la legítima defensa, debe realizarse con detalle respecto al espectro objetivo, pues el subjetivo se circunscribe, con mucha importancia claro está, y con efectos complejos como los desarrollados en el pasado, en la representación y conocimiento expreso de los presupuestos de hecho que le permiten a la persona defenderse.

Los elementos objetivos de la legítima defensa, nacen de la propia regulación normativa antes mencionada del art. 33 del Código Orgánico Integral Penal.

a) Agresión actual e ilegítima

El primer elemento de la legítima defensa es la existencia de una agresión actual e ilegítima. Wilenmann (2017) plantea que el concepto de agresión dependerá desde la

perspectiva que se analice. Desde el punto de vista del agredido, sólo puede haber una agresión allí donde el Derecho reconozca una posición jurídica determinante en la autonomía formal del sujeto, al punto que incluye facultades subsidiarias de imposición coercitiva privada. “La puesta en peligro del sustrato material de esos derechos —desde un punto de vista de las normas, el objeto material que es protegido por estas— es aquello que configura una agresión”. (p.180)

Mientras que, desde el punto de vista del agresor, la posición jurídica del agredido solo puede ser vulnerada si se cumplen las condiciones de atribución de responsabilidad plena. “La clarificación analítica de este juicio de imputación requiere distinguir tres clases de reglas: reglas de imputación por consideraciones normativas relativas a la situación, reglas de imputación por consideraciones personales y reglas de imputación por consideraciones temporales”. (p. 180)

Esta agresión debe ser dolosa y antijurídica, pues cuando estamos ante eventos de colisión de derechos que nacen de presupuestos imprudentes, no podemos alegar legítima defensa.

Según Molina Fernández (2012) el concepto de agresión ha experimentado una progresiva ampliación y en la actualidad se entiende que abarca cualquier comportamiento que ponga en peligro de lesión un bien jurídico susceptible de protección mediante la legítima defensa, superando así la antigua concepción que limitaba la agresión a los acometimientos físicos.

De igual forma, la ilegitimidad implica que no se trate de un actuar amparado en el derecho; por ejemplo, sería ilógico pensar que el dueño de la casa de habitación que está siendo allanada, mediante una orden del juez (orden legítima de autoridad competente) alegue legítima defensa, al momento de agredir a los policías que ingresan a la fuerza a un domicilio (Lazzaneo, 2018).

Además, no basta con que el sujeto “crea” estar siendo agredido si en la realidad no existe peligro alguno, pues en tal caso se trataría de una legítima defensa putativa que no elimina la antijuridicidad y será desarrollada a profundidad posteriormente.

Es aquí donde surge nuestro objeto de estudio; la doctrina resulta variada sobre el momento de la agresión. Generalmente se ha entendido que la agresión debe ser coetánea al momento de repelerla, ya que de otro modo se configuraría una venganza y no una

verdadera defensa: “no se podría alegar legítima defensa frente a un hecho no coetáneo... ello sería venganza no defensa”.

Diferimos con esta tesis y esta disidencia será sustentada y justificada posteriormente para los casos de violencia de género.

b) Necesidad Racional de la defensa

El segundo elemento lo constituye la necesidad racional de la defensa. El artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal amplía sustancialmente la regulación que existía en el artículo 19 del antiguo Código Penal, pues ya no se limita a examinar el medio empleado, sino la razonabilidad de la defensa en su conjunto, entendida como la inexistencia de otra vía menos lesiva para repeler la agresión.

Respecto de este requisito, Luzón Peña (2002) sostiene que dicho calificativo significa una ampliación (no restricción) del ámbito de la justificación bastando que en el momento de actuar el defensor y a la vista de las circunstancias; se pueda creer racionalmente que es necesario el medio utilizado y la intensidad de la defensa.

c) Falta de provocación suficiente por parte de quien la invoca

Finalmente, el tercer elemento objetivo de la legítima defensa es la falta de provocación suficiente por parte de quien la invoca. Ello implica que el defensor no debe haber generado la situación que motivó la agresión, o que, en caso de haberla producido, la provocación no sea de tal magnitud que justifique la reacción violenta del adversario. Así, se explica que en el ejemplo de Salazar (2021) “Cuando A empuja a B en la entrada a un Estadio producto de la aglomeración, este no puede reaccionar violentamente con un botellazo en la cabeza de A”. (p.85)

En este sentido, Muñoz Conde (2010) explica que solo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor, se podrá denegar la legítima defensa. En síntesis, quien provoca de manera ilegítima una situación de conflicto entre bienes no puede amparar sus acciones bajo el argumento de la legítima defensa. Si la agresión fue intencionalmente provocada con el propósito de obtener una justificación futura, en lugar de constituir un ejercicio legítimo de un derecho, representaría un abuso de éste y una forma de manipulación por parte del agresor.

2.3 La actualidad en la agresión

El requisito de actualidad en la legítima defensa tradicionalmente exige que la agresión se esté ejecutando en el momento mismo de la defensa. Esta concepción, se ha construido bajo un entendimiento estrictamente temporal, lo que ha hecho necesaria una profunda reinterpretación al momento de aplicarla en contextos de violencia de género. Como se ha mencionado previamente, nuestro ordenamiento jurídico exige la existencia de una agresión actual e ilegítima. La doctrina clásica ha comprendido este requisito bajo un criterio temporal rígido, el cual resulta insuficiente.

Molina Fernández (2012) explica que una agresión es actual desde el momento en que empieza a desarrollarse el proceso que desembocaría, en su caso, en lesión. Pero sólo puede intervenir legítimamente cuando la actuación pública planificada sea ineficaz, y, cuando cualquier demora en la respuesta entrañe un aumento del riesgo de lesión. Esto normalmente sucede sólo en las agresiones inminentes, pero excepcionalmente puede haber casos en los que sea lícito anticipar la respuesta, porque la demora implique un alto riesgo de que la defensa sea entonces ineficaz.

Nada impide tomar en consideración todo el proceso de amenaza de un bien jurídico como agresión, si a la vez se limita el grado de intromisión en los derechos del agresor por medio del requisito de la necesidad racional en abstracto y en concreto de la defensa. En este sentido, parece adecuado remitir el debate sobre la inminencia al requisito legal de la racionalidad de la defensa, en lugar de considerarlo como un elemento necesario para que la defensa sea actual. (p. 29)

La concepción tradicional se desarrolló bajo una mirada androcéntrica, pensada para confrontaciones entre personas extrañas o en condiciones de igualdad relativa. Este enfoque resulta insuficiente para comprender la dinámica de la violencia de género, la cual ocurre dentro de un marco de desigualdad estructural. En el ámbito doméstico, exigir estrictamente la actualidad puede ser inviable para la víctima, pues equivale a condenarla a lo que la doctrina ha denominado una *muerte a plazos*. En consecuencia, este requisito debe ser redefinido o reinterpretado de acuerdo con la realidad de la violencia crónica Muñoz & García (2010) resuelven el problema de esta objetividad excesiva al proponer una doble valoración de la legítima defensa.

En general, se puede decir que el margen de apreciación subjetiva que debe concederse al individuo en la constatación de las circunstancias fácticas que permiten una legítima defensa se debe establecer de acuerdo con un doble baremo: uno objetivo, que corresponde con la apreciación que cualquier persona razonable hubiera podido hacer, y otro, subjetivo, teniendo en cuenta las circunstancias y conocimientos del que se defiende, valorándolos, a su vez, con el criterio objetivo antes mencionado (p. 370-371).

Bajo la perspectiva de género, la agresión no puede analizarse como un hecho aislado, sino como parte de una historia de violencia que se desarrolla en ciclos continuos. Así lo ha explicado Roa Avella (2012) analiza con un enfoque de género los casos de la mujer maltratada y la exclusión de responsabilidad. Al respecto de los ciclos de violencia distingue dos momentos:

1. Agresión continua e incesante: la violencia doméstica constituye un proceso constante, en el que el riesgo para la integridad física y psicológica de la víctima es permanente.
2. Asimilación a la inminencia: este estado duradero de peligro debe ser valorado por los jueces como suficiente para satisfacer el requisito de actualidad, al ser equiparable a la inminencia prevista por la norma.

Un escenario especialmente controvertido es aquel en el que la víctima reacciona contra el agresor en un momento en que este se encuentra temporalmente indefenso, por ejemplo, cuando duerme o está bajo los efectos del alcohol. Este caso será desarrollado a profundidad posteriormente al tratar la legítima defensa con el enfoque de género.

2.3.1 Actualidad, inminencia y permanencia.

A partir del concepto jurídico-penal de la agresión, Silva Sánchez (2025) plantea que se pueden distinguir dos conceptos de agresión:

Por un lado, la agresión puede aparecer como un acometimiento instantáneo-negación de la vida o de la integridad física y moral, esto es, de bienes intrínsecos. -Por el otro, cabe asimismo que consista en una negación de los derechos -del patrimonio o de otros bienes jurídicos- del agredido y que se prolongue en el tiempo. (p.1418)

o la actualidad en estricto sentido, de la inminencia. Necesitando para la configuración de la primera que la agresión ocurra en el mismo instante Leonardi & Scafati (2019) han diferenciado la actualidad en estricto sentido, de la inminencia. Necesitando para la configuración de la primera que la agresión ocurra en el mismo instante en que se ejecuta la defensa, con el fin de evitar un daño o un perjuicio mayor. Mientras que la inminencia es un estado en el que la agresión es posible y altamente probable, a punto de producirse, aunque todavía no se haya iniciado. Esta diferencia es abordada también por Zaffaroni et al. (2007).

Generalmente la doctrina demanda la inminencia de la agresión, sin embargo, no es correcto identificar inminencia con inmediatez en términos cronológicos, relacionados a agresión y defensa. En relación a esto es necesario definir que la agresión se entiende inminente al ser percibida como una amenaza manifiesta, cuya concreción es dependiente de la voluntad del agresor. Asimismo, la acción defensiva puede ejercerse contra actos preparatorios, o en momentos previos a la consumación, debido a que la legítima defensa no busca evitar delitos sino proteger bienes y derechos (p.487).

Si bien la inminencia permite ampliar el alcance del “criterio de actualidad” de la legítima defensa, Silva Sánchez ha encontrado ciertas circunstancias en las que resulta problemática esta interpretación

2.3.1.1 Silva Sánchez y los problemas de la inminencia.

Silva Sánchez (2025) en su libro *Derecho Penal, parte general*, define a la agresión inminente como “aquella que se mueve en la zona gris entre los actos preparatorios y el comienzo de la tentativa” (p.1423). El problema radica en que la subjetividad de la percepción de la inminencia puede llegar a confundirse con la tentativa, por otro lado, la defensa anticipada ante una agresión ilegítima futura y la confusión con el estado de necesidad defensivo. Sobre estos tres supuestos menciona:

- (i) Si se acoge el denominado “modelo de la tentativa”, debe excluirse la legítima defensa, que constituiría un supuesto ordinario de exceso extensivo;
- (ii) Si se acoge un modelo alternativo que prescinda de la simultaneidad entre agresión ilegítima y defensa, conformándose con que la reacción tenga

lugar en atención a una “agresión ilegítima futura”, la respuesta podría ser distinta generando una gran inseguridad probatoria;

- (iii) La tercera opción es desplazar el tratamiento de estos casos al estado de necesidad defensivo, partiendo de que el peligro exigido en esta institución no tiene que ser tan inmediato como el que requiere la legítima defensa. (p. 1423).

Agresiones permanentes

Para superar estos problemas, se plantea la posibilidad de encontrarnos frente a una agresión actual, inminente y por añadidura, permanente. (p.1423). Las agresiones permanentes pueden ser:

- a) Las propias de los delitos permanentes continuos (por ejemplo, las captaciones ilegales).
- b) Permanentes continuas o discontinuas (en delitos de peligro abstracto o concreto)
- c) Las agresiones persistentes (en delitos de estado y consumación anticipada)
- d) Y finalmente el que será nuestro tema de estudio: las permanentes *sui generis*.

Un sector de la doctrina angloamericana ha hecho énfasis en el síndrome de la mujer maltratada (el cual se desarrollará en la sección 2.5).

2.3.2 Actualidad en situaciones de violencia de género o intrafamiliar.

Continuando con Silva Sánchez (2025) una posición doctrinal en asenso afirma que cuando la mujer maltratada, acaba con la vida de su agresor mientras este se encuentra en un estado de indefensión (sueño, embriaguez, de espaldas) debe admitirse la concurrencia de una reacción defensiva justificada por legítima defensa. Los argumentos para defender esta posición son de tres clases.

1. En estos casos la mujer es víctima también de modo simultáneo de una agresión actual; por ejemplo, detenciones ilegales, amenazas o la propia violencia habitual.¹³
2. En estas situaciones las agresiones son tan repetitivas y esporádicas que la víctima se encuentra en un constante estado de alerta. Si una nueva agresión

¹³ Es importante destacar que la violencia de género no se reduce únicamente a la violencia física, verbal y sexual, sino también violencia psicológica, económica y reproductiva. Resulta especialmente complicado delimitar los inicios y terminaciones de la agresión cuando se vive con el agresor.

puede darse en cualquier momento, la única persona capaz de apreciar con claridad este extremo, es la víctima.¹⁴

3. La mujer carece absolutamente de posibilidad de salir victoriosa frente a un ataque de su agresor mientras esté despierto o consciente. (p.1424)

Finalmente, referencia a Larrauri & Varona (1995) al mencionar que “una cuestión radicalmente distinta es que se sostenga que, dada la desprotección estatal de las agresiones continuadas, el Estado punitivo pierde o ve reducida su capacidad de imponer una pena a dichas personas.” (p.1425)

Si bien esto no puede ser considerado como una justificación suficiente, pues daría paso a un debate extenso sobre los límites de las actuaciones justificadas por la falta de interés o protección estatal, cayendo en la arbitrariedad e inseguridad. Si da origen a un tema de suma importancia al tratar la violencia de género e intrafamiliar: la falta de protección a las víctimas que denuncian las agresiones.

2.4 EXCURSO: Denuncias y falta de protección estatal

Los episodios de violencia intrafamiliar no casos aislados, son situaciones de agresión prolongada, sistemática y repetitiva. La falta de protección estatal se ve reflejada en las alarmantes cifras de violencia intrafamiliar, feminicidios y falta de cooperación de la policía nacional frente a los casos de violencia de género. La falta de apoyo, hostigamiento y burla hacia las víctimas vuelve el proceso de denuncia de estas agresiones, extenuante, ineficaz y revictimizante. Si bien existen distintas políticas públicas en busca de la erradicación de la violencia contra la mujer, la realidad material es muy distante al derecho positivo.

Larrauri (2003):

- a) Falta de apoyo económico
- b) Temor a represalias
- c) Desconfianza a sus declaraciones (“acoso procesal”)
- d) Publicidad del proceso, imposibilidad de retirar denuncias
- e) Falta de escucha a las mujeres por parte del derecho penal
- f) Hijos

A todos estos factores podríamos agregar el tema social: la presión, vergüenza, falta de apoyo de su círculo social, sentimiento de culpa, burlas y acoso. Un fenómeno

¹⁴ Por esto resulta menester analizar las situaciones de agresión desde la perspectiva ex ante de la víctima.

lamentable, pero común, es el reproche que se le hace a la víctima por mantenerse en esa relación abusiva. Quien además de soportar la violencia en su casa, debe escuchar comentarios fuera de ella diciéndole que es su culpa ser agredida por no haberse ido o que incluso se lo merece. Estos comentarios fundados fuertemente en la apatía y misoginia, revictimizan y perpetúan la violencia de género.

En opinión de Mahoney (1991) “la pregunta debiera virar de ¿por qué no se fue (la mujer)? a ¿qué hizo el (hombre) cuando ella intentó irse? Y si se escucha, lo que se oye entonces son todos los intentos por los que el marido ha intentado violentamente conseguir que ella no escapara de sus redes” (p.62-63).

No siempre la víctima decide quedarse, vivir con su agresor cambia drásticamente el estado mental de la persona. La preocupación principal de estas mujeres suele ser inicialmente económica. Un factor común en estas situaciones es la falta de ingresos de las mujeres, quienes se han dedicado al cuidado de su casa e hijos. Cuando se depende económicamente de los recursos brindados por el agresor ¿Cómo se le puede exigir a la víctima que denuncie a la persona que sustenta su casa? Si es encontrado culpable y se enfrenta a una pena privativa de la libertad ¿Quién va a pagar las cuentas?

En contraposición existe el supuesto en el que sí se denuncia, pero el proceso no resulta satisfactorio y la víctima debe esperar en su casa el retorno de su agresor. Al respecto Ptacek, (1999) menciona que, entre los objetivos de la violencia del agresor, estos hombres buscan venganza contra las mujeres por haber tenido que presentarse ante la ley. Explica que esta actitud responde a una especie de sentimiento de frustración al momento en que la privacidad del hogar falla en proteger los privilegios de los hombres, que incluyen el derecho de abusar de la mujer, y cualquier ruptura de este paraguas protector es vista como una traición que merece ser castigada.

Al tratar temas de violencia intrafamiliar Larrauri (2003) explica que el abogado no se enfrenta a un cliente habitual, el cual puede esperar que lo llame cuando necesita de sus servicios. Más bien que debería suministrar apoyo y Larrauri (2003) explica que el abogado no se enfrenta a un cliente habitual, el cual puede esperar que lo llame cuando necesita de sus servicios. Más bien que debería suministrar apoyo y una asesoría completa de todo lo que puede hacerse para garantizar la seguridad de la mujer. No todos los abogados del turno de oficio tienen la motivación para hacer esta tarea, por lo que quizás acaban realizando una tarea correcta desde la perspectiva del servicio jurídico, pero incompleta desde el punto de vista de la mujer (Ptacek, 1999).

Además de garantizar una asistencia jurídica, es necesario que la policía o el juez de instrucción derivasen a la mujer al Servicio de Atención a la Víctima, pues este organismo podrá orientar y atenderla de mejor forma; al disponer de psicólogos y asistentes sociales, esto es, realizar una intervención más amplia de apoyo. Al respecto Larrauri (2003) menciona:

De acuerdo a mi experiencia la mayoría de las mujeres que deciden acusar están en un punto medio entre las que quieren colaborar a toda costa con la acusación de su agresor y las que no quieren tener nada que ver con la acusación. La mujer maltratada quiere que cese el maltrato, y en esta medida puede colaborar con el Estado, pero quizá no quiere que se castigue al agresor. Frecuentemente se resistirá a contribuir a su condena de prisión o multa. Su miedo y desconfianza al sistema penal pueden ser incluso mayores que los que siente respecto del agresor. Por ello, si pudiera elegir, la mayoría de mujeres preferirían asesoramiento y tratamiento antes que castigo. (p.53)

¿Cómo podría el estado ejercer su poder punitivo frente a una víctima a la que ha fallado en proteger? ¿No es el resultado fruto de la ineficiencia estatal? ¿Qué más podría hacer la víctima en esa situación para defenderse? ¿Qué percibía la víctima antes de acudir a la defensa? Para responder a estas interrogantes, nos remitiremos a la perspectiva ex ante.

2.5 La perspectiva ex ante de la víctima

Es menester establecer un concepto de la perspectiva “Ex ante”, para poder aplicarse a un análisis dentro de una causa de justificación. La conciencia de la temporalidad y la relatividad del conocimiento para el observador, son temas centrales y relativamente novedosos; puesto que, tradicionalmente se tendía a contemplar o entender el mundo desde una perspectiva abstracta, desvinculándolo de su manifestación concreta ante el observador, en un espacio y en un tiempo determinados.

Esta era la mirada de la metafísica clásica, en la que, el ser es concebido como una realidad que trasciende la dimensión temporal de los objetos empíricos, entonces, el bien y el mal se consideraban propiedades ontológicas propias de cada cosa independientemente del momento en que fueran examinadas. Así, si algo era bueno o malo, lo sería antes, durante y después de su producción, por ello, no depende de cómo se presenta a un observador en un momento determinado, sino de la naturaleza intrínseca

de cada uno. Considerando que esta era la perspectiva tradicional es lógico que la ciencia del derecho haya adoptado este enfoque atemporal (Mir Puig, 1983).

De igual forma, explica que las normas jurídicas no son entidades abstractas sin vida, sino realidades sociales que surgen en un tiempo y lugar determinados. Asimismo, los hechos regulados por ellas son fenómenos históricos que entran en contacto con las normas en un momento concreto. En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de la comisión del delito o “ex ante”, pues carecería de utilidad si se aplicara únicamente después de consumado el hecho “ex post”.

El juzgamiento de un acto desde una perspectiva ex ante quiere decir que el juez no debe incorporar elementos que no eran conocidos por el autor al momento del hecho para determinar si la acción era idónea y necesaria para impedir la agresión, es decir, se debe hacer un ejercicio mental mediante el cual se ignoren todos los conocimientos adquiridos posteriormente al resultado y enfocarse solo el conocimiento a ese momento disponible, haciendo, sin embargo, uso de estándares generales de racionalidad (Mir Puig, 1983).

Corcoy Bidasolo (2023) al respecto menciona,

El injusto típico se consuma con que ex post, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes ex ante, se pruebe que la conducta era idónea para lesionar el bien jurídico-penal protegido. Este planteamiento no obsta a que, por razones político-criminales y de necesidad de pena, se castigue menos cuando no se ha producido un resultado imputable objetivamente a esa conducta. Lo que es inadmisibles es que se aumente la pena exclusivamente en razón de la gravedad del resultado, algo que desde la retribución podría justificarse. (p.12)

La diferenciación de la perspectiva ex ante y ex post de la víctima, sirve entonces para poder realizar una evaluación “real” de la agresión. Pese a que la dogmática en su mayoría mantenga un criterio de juicio, acertado, ex post, Erb (2003) citado por Wilenmann (2017) ha argumentado a favor de que la perspectiva ex ante sea en la evaluación de la actualidad (como inminencia) de la agresión. Ello constituiría una concesión de relevancia a la perspectiva del agredido.

De acuerdo con este criterio, la agresión debiera ser considerada actual y, por lo mismo, el destinatario de la acción de defensa tiene un deber de tolerancia, si desde la

perspectiva del agredido era plausible interpretar una situación como “momento inmediatamente anterior” a la materialización de una agresión.

2.5.1 El deber de tolerancia

Molina Fernández (2012) explica que en el Estado moderno no cabe admitir que la distribución social de suerte y desgracia sea cosa de la naturaleza, sino que, en cierta medida, es al Estado a quien corresponde la corrección de esa distribución. Ello tiene lugar, en general, a través de instituciones públicas organizadas". Sin embargo, en ocasiones, éstas pueden llegar demasiado tarde; y es en este punto en el que surgen "derecho de necesidad" y "deber de tolerancia" como "cuasi-instituciones" subsidiarias.

El deber de tolerancia aparece, en suma, como un deber cuasinstitucional dinámico, cuya función es contribuir a asegurar las condiciones reales de la libertad jurídica en aquellas situaciones límite a las que no alcanzan las medidas institucionales ordenadas de modo estático (p.34)

La infracción del deber de tolerancia se manifiesta sencillamente en la resistencia pasiva a (o en la falta de colaboración activa con) la conducta del sujeto necesitado o de su auxiliador. En estas situaciones, que a mi entender constituyen el grupo de infracciones menos graves del deber de tolerancia, sí nos hallamos ante casos de mera infracción del deber de solidaridad mínima interpersonal, que merecen el mismo tratamiento que las omisiones de socorro. (p.40)

El deber de tolerancia se define como la obligación de un tercero, que se entiende como, el afectado, de no impedir la conducta justificada de quien actúa en situación de necesidad o de su auxiliador, de modo que la imposición de este deber implica que el titular de una esfera jurídica carece temporalmente de un derecho subjetivo de exclusión respecto de terceros, invirtiéndose así la estructura jurídica habitual, por lo que las conductas amparadas por causas de justificación, como el estado de necesidad agresivo, constituyen un ejercicio legítimo de injerencia que el afectado debe soportar y que nadie puede impedir.

La relación con la legítima defensa surge cuando el afectado se opone activamente a la acción necesaria, vulnerando su deber de tolerancia, ya que si quien está obligado a tolerar realiza un acto de exclusión destinado a impedir la acción justificada incurre en una agresión ilegítima, puesto que esa oposición o vía de hecho constituye la base fáctica que activa la legítima defensa al romper el equilibrio jurídico de la situación de

necesidad, transformando la resistencia del afectado en una agresión jurídicamente relevante.

Aunque el deber de tolerancia se analiza principalmente en relación con el estado de necesidad agresivo, la doctrina reconoce su existencia también en el ámbito de la legítima defensa, donde adquiere una fundamentación más sencilla al configurarse como un deber negativo de respeto del *statu quo*¹⁵

Cuando un sujeto actúa justificadamente, por ejemplo, en estado de necesidad agresivo, el afectado está obligado a tolerar dicha conducta y si se opone activamente e infringe su deber de tolerancia, su reacción constituye una agresión ilegítima que puede ser repelida mediante la legítima defensa por parte del necesitado o de su auxiliador.

1. **Deber de Tolerancia del Estado:** Se fundamenta en el mero carácter no prohibido de la conducta justificada. Esto implica que los órganos del Estado tienen la obligación de tolerar dicha conducta, no pueden impedir su realización y, una vez ejecutada, no pueden someterla a sanción o pena.
2. **Deber de Tolerancia del Afectado y de Otros Terceros:** No se deriva simplemente del carácter no prohibido de la conducta, sino que requiere una norma adicional que lo sustente. Este es el deber central en el estado de necesidad agresivo, ya que impone al afectado la obligación jurídica de soportar la intromisión necesaria y de abstenerse de toda oposición que obstaculice el curso causal salvador.

Según Rosen (1993) desde el punto de vista del agredido, este se encuentra frente a un “peligro” o “amenaza” de afectación de un bien jurídico que únicamente puede ser protegido mediante legítima defensa.

Es menester cuidar al que utilizar la perspectiva ex ante de la víctima, no se caiga en el error de hacer un análisis completamente subjetivo, ya que el riesgo de error se cargaría por completo en el destinatario. Al referirnos a la perspectiva ex ante, buscamos no solo un análisis de la forma de percibir el peligro por parte de la víctima, sino entender la situación de violencia prolongada a la que está sometida.

La doctrina coincide en que el tratamiento correcto de la legítima defensa es mediante la perspectiva objetiva ex ante de un tercero imparcial en la apreciación del

¹⁵ Estado de la cosa en determinado momento.

conflicto. Sin embargo, si bien este análisis resulta efectivo para entender la situación de defensa *per sé*, es insuficiente al momento de trasladarlo a situaciones complejas de violencia de género. La apreciación objetiva ex ante sería el reflejo de que las normas sirven para juzgar una toma de decisión en condiciones y circunstancias determinadas (Wilenmann, 2017).

2.6 Relación con la violencia de género e intrafamiliar

2.6.1 Ciclo de la violencia y el síndrome de mujer maltratada.

Leonor Walker (1979), desarrolla la teoría del ciclo de la violencia en su libro *La mujer golpeada*, donde plantea que el maltrato a la mujer se produce de forma cíclica. Divide al ciclo de la violencia en tres etapas, una de acumulación de tensión, seguida de un episodio muy explosivo de violencia, luego del cual viene la denominada etapa de luna de miel, donde el maltratador pide perdón, manifiesta arrepentimiento y promete a la mujer que estos episodios nunca van a repetirse, inclusive compra regalos a la mujer y la trata de manera excesivamente cariñosa. La variación en la duración e intensidad de las etapas no desconoce la ciclicidad del fenómeno.

Buompadre (2022) explica al encontrarse la víctima en una situación de violencia continua y abuso sistemático; mal pudiera el Estado exigirle que escoja una opción menos cruenta o lesiva para escapar del abuso.

La mujer maltratada es una mujer en peligro permanente de ser agredida, sin opciones posibles de neutralizarlo, de manera que, para defenderse, puede escoger el medio que le resulte más seguro, aunque resulte más gravoso para el agresor. (p.3)

2.5.2. Actualidad y violencia de género

Como se mencionó previamente en el punto 2.3 con respecto al criterio de actualidad en la legítima defensa, se ha planteado una interrogante. ¿Existe la defensa en situaciones en las que la agresión no coincide con la acción defensiva? ¿Se puede alegar legítima defensa cuando el agresor se encuentra en estados de completa indefensión, tales como el sueño o la embriaguez?

Limitándonos a la concepción clásica de la legítima defensa, no; sin embargo, ¿No sería esto ignorar por completo el estado de vulnerabilidad de las víctimas de violencia

de género? Aquí referenciaremos entonces el fenómeno del “homicidio del marido maltratador”.

También conocido como homicidio del tirano familiar en Alemania (Haustyrannfall) o caso de la mujer maltratada (Battered Women) en Estados Unidos, es desarrollado por Javier Wilenmann (2017) en su obra *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Explica la configuración básica de estos casos, los cuales a pesar de los diferentes contextos en los que se desarrollan y sus diferencias socio-culturales, resultan similares.

Las características típicas del agresor en este fenómeno son: un miembro masculino paterno de una familia que resulta asesinado por otro miembro del núcleo familiar — generalmente su esposa— con el objeto de prevenir agresiones futuras.

Estos casos resultan conflictivos, no sólo por la constante discusión que supone la violencia de género, sino por la contradicción valorativa que en general se aprecia entre la calificación formal de los casos en cuestión y su apreciación moral según las condiciones culturales actuales. Bajo una mirada tradicional nos encontramos frente a homicidios calificados (Mord/first degree murder/asesinato/homicidio calificado/parricidio).

Entonces, pese a que la mujer realiza una acción que puede ser vista como reacción desesperada a una situación de otro modo insuperable, la calificación formal del hecho la hace candidata no solo a ser castigada penalmente, sino a que se aplique el castigo más grave que conozca el sistema correspondiente como cadena perpetua o pena de muerte (Wilenmann, 2017).

En los casos en que el marido todavía duerme o, en general, no interactúa agresivamente con la mujer al momento del homicidio, no se cumple el requisito de actualidad de la agresión. Esto no significa que, a causa de la configuración temporal de la situación, la mujer se encuentre obligada a soportar su previsible muerte a manos de su marido porque no tiene posibilidades de defensa frente a este una vez que empiece la previsible agresión. La legítima defensa resulta en todo caso aplicable si la situación se puede construir como una agresión permanente hacia la mujer. Esto no quiere decir, sin embargo, que la situación implique un peligro permanente para la mujer, sino que hay afectación formal constante, imputable al marido (Rosen, 1993).

El Derecho no reconoce obligaciones de sacrificio de la propia vida por solidaridad con otros. Pero la consecuencia que se sigue de su aplicación a un derecho de defensa, como el estado de necesidad defensivo, es exactamente la contraria, pues, el Derecho no

puede limitar la facultad de defensa frente a agresiones ajenas si ellas ponen en juego la vida del afectado.

Organismos internacionales como ONU Mujeres (2022) han subrayado la necesidad de garantizar el acceso a la justicia desde un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género. En sus informes, se recalca que las instituciones judiciales deben comprender el contexto específico en que se produce la violencia contra la mujer para no revictimizarla ni castigarla por mecanismos de autodefensa desesperados, como sucede cuando una mujer actúa frente a una agresión que, si bien no es “actual” en el sentido clásico, sí es parte de un patrón sistemático de abuso.

La naturalización de la violencia en contra de la mujer ha vuelto al fenómeno invisible e intocable para el Estado. Solamente a través del movimiento sociales y las declaraciones de organismos internacionales se ha logrado poner sobre la óptica pública esta realidad. Tradicionalmente se ha entendido que el maltrato a la mujer en el ámbito de la pareja es un asunto privado que debe resolverse “puertas adentro”. En ese escenario siguen existiendo prejuicios replicados en diversos sectores de la sociedad, que terminan por legitimar tal violencia e invisibilizarla a los ojos de las autoridades. Roa Avella (2012) concluye,

A pesar de lo mucho que actualmente hablamos acerca de la violencia en contra de las mujeres, especialmente de aquella derivada del género, lo cierto es que poco ha mejorado el escenario, las cifras de violencia en el mundo siguen siendo alarmantes, la persecución, prevención y castigo de este fenómeno parece aún ser ineficaz. Los esfuerzos legislativos realizados por muchos Estados han estado permeados por el abordaje estrictamente penal del asunto, mediante medidas legislativas que no logran materializar una lucha efectiva contra el fenómeno. Si bien se ha reconocido la necesidad de asumir la regulación del fenómeno mediante el contacto y colaboración de diversas ramas del derecho que permitan establecer un verdadero escenario de protección y restablecimiento de los derechos de las mujeres, los avances legislativos se han reducido a la implementación de nuevos tipos delictuales o aumentos de penas. (p.59).

2.7 Propuestas diferenciadoras.

Finalmente, resulta relevante diferenciar la legítima defensa de otras situaciones jurídicas con las que puede llegar a ser confundida por compartir ciertas similitudes.

a) Estado de necesidad justificante y disculpante

El Art. 32¹⁶ del Código Orgánico Integral Penal define al estado de necesidad como el supuesto en el que una persona para proteger un derecho propio o ajeno; cause lesión o daño a otra. Menciona también requisitos necesarios para su configuración.

1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.
2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.
3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Por otra parte, la doctrina ha ampliado el concepto del estado de necesidad, y lo ha dividido en dos categorías: estado de necesidad justificante y exculpante. Gómez (1996) explica esta diferencia,

La doctrina contemporánea ha trazado los límites entre justificación y exculpación partiendo de la apreciación del valor de los bienes jurídicos en colisión. Cuando se sacrifica un bien menor para salvar un bien mayor, se habla de estado de necesidad justificante; cuando los bienes son de similar valor y se sacrifica uno de ellos para salvar al otro de un peligro grave y extremo, se habla de estado de necesidad exculpante o inculpable (p. 831).

Es decir, frente a esta colisión de derechos, el ordenamiento jurídico considera “justo” que se sacrifique el bien de menor entidad. Sin embargo, si el bien afectado tiene un valor similar al que se pretende preservar, la conducta no se califica como justa, sino únicamente como exculpable; es decir, es meramente tolerada por el derecho (Gómez, 1996).

Comprendiendo el estado de necesidad, es menester diferenciarlo de la legítima defensa. Esta diferencia radica en la agresión y los bienes jurídicos ponderados, el estado de necesidad sugiere causar un daño, para evitar otro mayor; sin que exista una agresión ilegítima de por medio, pero si un peligro grave o actual. Mientras que la legítima defensa es la reacción necesaria y proporcional para repeler una agresión ilegítima actual, inminente o como se ha planteado, permanente. Los ejemplos que ha dado la doctrina sirven para marcar esta diferencia:

¹⁶ Art. 32.- Estado de necesidad. - Existe estado de necesidad cuando la persona, al proteger un derecho propio o ajeno, cause lesión o daño a otra, siempre y cuando se reúnan todos los siguientes requisitos: 1. Que el derecho protegido esté en real y actual peligro. 2. Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar. 3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.

Por un lado, la legítima defensa cuando ante un intento de homicidio la persona se defiende del ataque ocasionando un daño al agresor (agresión ilegítima).

Por otra parte, el estado de necesidad justificante: el supuesto de la persona que rompe el vidrio de un auto, que tiene dentro a un infante atrapado (inexistencia de agresión, pero peligro grave y daño a un bien jurídico);

Finalmente, el mencionado caso de la tabla de salvación (bienes jurídicos de igual valor, existencia de antijuridicidad, pero no de culpabilidad, al no poder exigirse otra conducta).

Roxin (1997) habla sobre la diferenciación temporal con respecto al estado de necesidad excluyente de responsabilidad, frente a la legítima defensa, pues la actualidad del peligro comprende periodos de tiempo sustancialmente más grandes que la actualidad de la agresión. “Esto rige sobre todo para el llamado peligro permanente, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa.” (p.903)

b) Estado de necesidad agresivo

Se suele cometer un error al considerar la legítima defensa como una reproducción inversa de lo que sucede en un estado de necesidad agresivo, no obstante, este error parte de una falta de identificación de los particulares de la responsabilidad de la legítima defensa. Estas particularidades justifican, precisamente, la ausencia tanto de un deber de ceder como de un control de proporcionalidad.

En la legítima defensa no se trata únicamente de una confrontación entre la producción responsable de un estado de cosas que no debería darse y las consideraciones materiales vinculadas al conflicto. Lo decisivo es que la producción de dicho estado de cosas se origina en el incumplimiento directo de una norma (Wilenmann, 2017).

c) Estado de necesidad defensivo

Finalmente resulta interesante la perspectiva de Roa Avella (2012) al explicar las implicaciones sociales que dificultan la alegación del estado de necesidad agresivo, frente a los casos de violencia de género.

Si bien el estado de necesidad defensivo aparece como una alternativa posible de defensa en casos de mujeres maltratadas que causan la muerte a sus agresores, la especificidad de la exigencia de que la acción defensiva sea la única alternativa

posible implica casi de entrada la imposibilidad de la aplicación en el escenario de la violencia contra la mujer. Me refiero en particular a los mitos sociales que rodean este tipo de violencia y que tanto daño hacen en la lucha en contra de tan nocivo fenómeno. Muchos de esos mitos colaboran a que se establezca un sinnúmero de posibilidades alternativas para las mujeres, que no pasan de ser soluciones hipotéticas carentes de efectividad en la realidad, pero que sí dificultan la aceptación de esta causal de exclusión de culpabilidad, ya que la argumentación teórica siempre encontrará una posible alternativa diferente que constituirá obstáculo para la eficacia de esta causal de exculpación. (p.58)

d) La tesis de la autoría mediata

Dentro de la dogmática contemporánea, se ha planteado que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la plena responsabilidad del agresor por la generación de un estado de cosas contrario a derecho. Una forma de explicar este fenómeno ha sido el recurso a la figura de la autoría mediata, especialmente desarrollada por Reinhard Merkel (2007).

La autoría mediata es una institución que permite trasladar la responsabilidad por la ejecución de un hecho material, realizado directamente por otro (el instrumento), al autor mediato. Su funcionamiento se apoya en el postulado de que la responsabilidad del autor mediato, frente a la falta de responsabilidad del instrumento, es lo que justifica imputarle la autoría de una conducta que, en apariencia, es realizada por un tercero. (p.388)

Según Merkel (2007), la legítima defensa podría entenderse como una forma de autolesión en autoría mediata. De este modo, incluso el caso moralmente más complejo como el homicidio en legítima defensa, aun cuando se trate de la defensa de bienes materiales, podría reconstruirse como un “suicidio en autoría mediata”. Normativamente, el agresor sería quien, mediante la defensa letal ejercida por el agredido, se da muerte a sí mismo. La utilidad de esta construcción radica en que explicaría por qué no existe punibilidad: dado que el tipo penal de homicidio no puede configurarse cuando alguien se da muerte a sí mismo, el homicidio en legítima defensa resultaría atípico.

Sin embargo, esta interpretación plantea un problema estructural relevante: si se toma en serio, deja de concebir a la legítima defensa como una norma permisiva —de la

que pueden derivarse deberes de tolerancia— y la convierte en un supuesto de atipicidad por autolesión. En consecuencia, la legítima defensa quedaría exenta de cualquier control material, incluso en situaciones de extrema desproporción, tornándose siempre en una cuestión penalmente irrelevante.

e) Legítima Defensa Putativa

La legítima defensa putativa se configura cuando el sujeto actúa bajo la creencia errónea de estar siendo objeto de una agresión actual e ilegítima que, en realidad, no existe. A diferencia de la legítima defensa real, donde la reacción encuentra justificación en un ataque efectivo, en la legítima defensa putativa lo que se produce es un error de percepción por parte del agente. Ello implica que no pueda hablarse de una causa de justificación, ya que falta la agresión objetiva, pero sí de un posible efecto exculpatorio, en la medida en que dicho error resulta invencible; en caso de ser vencible, el agente podrá responder penalmente con la atenuación correspondiente. Al no constituir una causa de justificación real, no obliga a un deber de tolerancia a la víctima de la situación putativa Bolea Bardon (1998).

CAPÍTULO 3. RELACIÓN CON JURISPRUDENCIA ECUATORIANA E INTERNACIONAL

3.1 Análisis de casos relacionados, jurisprudencia nacional e Internacional

3.1.1 Bonifaz – Pazmiño, Ecuador, 2017

El 15 enero del 2017 la Unidad Judicial de garantías penales con sede en el cantón Ibarra avocó conocimiento del Juicio No. 10281-2017-00082 “Bonifaz – Pazmiño”. Los hechos tuvieron lugar entre Zoila Elizabeth Pazmiño y Oliver Bonifaz Moya, quienes mantuvieron una relación matrimonial durante 20 años, donde se procrearon dos hijos. Conforme se desprende de las declaraciones testimoniales practicadas en el proceso, la relación conyugal se encontraba inmersa en un entorno de violencia intrafamiliar compleja, encubierta por factores de índole social y religiosa que incidían en la dinámica familiar. (Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura, 2017)

El 14 de enero del 2017, a eso de las 22h30, en su domicilio ubicado en la calle Juan José Flores 1127 y Luis Cabezas Borja de la ciudad de Ibarra. La señora Pazmiño se encontraba en el cuarto de baño cuando le solicitó al señor Bonifaz que le prestara su celular para llamar a su hijo. Al tomarlo, llegó un mensaje de Alfonsina Teherán, compañera de trabajo de Oliver con la que presuntamente mantenía una relación fuera del matrimonio. Según la declaración de Pazmiño, ella le reclamó por mantener conversaciones a esa hora, lo que resultó en una nueva agresión por parte del señor Bonifaz. Le propinó golpes en el rostro y cabeza; al entrar su hija a la habitación, la llevó a su cuarto y la encerró ahí.

Elizabeth corrió hacia la cocina, entre los gritos y golpes, levantó un cuchillo para intentar disuadir a su pareja de la agresión. Molesto, Bonifaz intentó tomar el arma, lo que produjo un forcejeo que resultaría en una lesión en su región abdominal. Pazmiño llamó al ECU 911, reportando que su esposo estaba herido y que necesitaba una ambulancia. Fue llevado de inmediato al hospital San Vicente de Paúl, sin embargo, a pesar de los esfuerzos médicos, no pudieron salvarlo.

En el juicio, durante la práctica probatoria se contó con diversos informes médicos, psicológicos y policiales que confirmaban la versión rendida por Zoila Elizabeth Pazmiño. Se confirmó que padecía del síndrome de la mujer maltratada, que su perfil no encajaba con la del agresor, sino con la de una víctima de violencia intrafamiliar. También

se contó con el testimonio de sus hijos y otros familiares que confirmaron que llevaba sufriendo agresiones físicas y psicológicas por parte de Bonifaz durante al menos 10 años. Además, se comentó en repetidas ocasiones sobre su participación activa dentro de la iglesia de los Testigos de Jehová, identificando esto como razón principal de la falta de denuncia ante las agresiones.

La Defensa de la procesada alegó legítima defensa y solicitó se juzgue con perspectiva de género conforme a la Convención de Belem do Pará. Relacionó mediante las pruebas que se encontraba bajo el síndrome de la mujer maltratada, además de su cooperación con las autoridades y su falta de motivación para lastimar, sino para protegerse.

Por otro lado, Fiscalía reconoció el síndrome de mujer maltratada, pero sostuvo que existió exceso en la legítima defensa. El criterio que consideró no llegó a verificarse, corresponde a la “falta de provocación suficiente” alegando que fue Pazmiño quien provocó la agresión al haberle reclamado a Bonifaz por los mensajes. Afirmó que existió dolo al causar la muerte, configurando el delito de homicidio conforme al art. 144 del COIP. Por su parte, la Defensora Pública, Kati Rosero, representando a los hijos en calidad de víctimas; solicitó se juzgue con enfoque de género, se reconozca la legítima defensa y se ratifique la inocencia de Zoila Elizabeth.

Sin embargo, el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, con fecha 10 de mayo de 2017, en voto de mayoría, dictó sentencia declarando a la procesada autora directa del delito homicidio por exceso de legítima defensa, conforme al tipo penal previsto en el Art. 144 en relación con el Art. 1 del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndole la pena privativa de libertad de seis años ocho meses de privación de libertad, la multa de veinte y siete salarios básicos unificados del trabajador en general y la reparación integral. Sentencia que fue apelada dentro del término correspondiente.

Finalmente, el Tribunal de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, con fecha 10 de julio del 2017 acepta el recurso de apelación interpuesto y revoca la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, ratifica la inocencia de Zoila Elizabeth Pazmiño Vásquez, y consecuentemente se dispone su inmediata libertad dejando sin efecto cualquiera otra medida cautelar dispuesta en su contra.

3.1.2. Sauvage – Marot, Francia, 2012

Jacqueline Sauvage era una mujer francesa proveniente de un pequeño pueblo en la región del valle de Loira, a los 18 años contrajo matrimonio con Norbert Marot con quien tuvo tres hijos, dos mujeres y un varón. La situación de violencia en el hogar era tan crítica que, en los últimos cinco años de relación, Jacqueline tuvo que acudir por cuatro ocasiones a la sala de urgencias de los centros de salud, como consecuencia de las fuertes lesiones que le propiciaba Marot. El temor a represalias era tal que no denunció estos actos¹⁷.

Las agresiones no se limitaban a Jacqueline, estas se extendían hasta sus hijos, las dos mujeres eran constantemente víctimas de violaciones y abusos sexuales; mientras que los ataques físicos y psicológicos hacia su hijo eran tan intensos que concluyeron en su suicidio en el 2012. El contexto de violencia intrafamiliar incluía entonces no sólo agresiones físicas, sino también sexuales, psicológicas y económicas.

En ese mismo mes de septiembre de 2012 en el que su hijo había decidido acabar con su vida, Jacqueline Sauvage, conforme lo menciona en su relato durante la audiencia, se encontraba durmiendo cuando fue despertada abruptamente por Norbert, quién exigía que le preparara la comida; después de amenazas y gritos se dirigió hacia la terraza.

Es en ese momento cuando Jacqueline decide terminar con el ciclo de violencia que llevaban sufriendo durante más de 47 años. Levantó la carabina que tenía Norbert en el cuarto, se dirigió a la terraza y le propinó tres disparos mientras se encontraba de espaldas.

El proceso penal concluyó con una condena de 10 años de pena privativa de la libertad, sentencia que se ratificó en el 2015 por el Tribunal de apelaciones. El caso generó una serie de manifestaciones en Francia por parte de diferentes colectivos, quienes aseguraban que el tribunal había ignorado el contexto de violencia de género bajo el que se encontraba Jacqueline.

Finalmente, en enero del 2016 el presidente François Hollande le concede el indulto presidencial, decisión fuertemente criticada por los medios jurídicos e incluso considerada como una extralimitación de sus poderes y un atropello a la función judicial. Fue liberada en diciembre del 2016 a los 67 años de edad.

3.1.3. Bobbitt vs Bobbitt, Estados Unidos 1993

¹⁷ Este es otro ejemplo relacionado al tema de las mujeres maltratadas y las denuncias del acápite 2.4 “Excurso: Denuncias y falta de protección estatal”.

Probablemente al escuchar el nombre de Lorena Gallo, pensemos que estamos frente a otro caso de violencia doméstica, y nuestra opinión sobre la víctima será posiblemente neutra hasta leer los hechos. Pero al mencionar su nombre de casada, Lorena Bobbitt, el juicio sobre la víctima se torna totalmente diferente. La empatía desaparece, y el morbo o incluso burla viene a la mente.

El caso de Lorena Bobbitt es uno de los más problemáticos, parodiados y mediatizados. El trato que se le ha dado es una muestra directa de lo poderosos y crueles que pueden llegar a ser los medios. Desde parodias “cómicar” en canales como *Saturday Night Live*, representaciones en series, películas, e incluso libros. Lorena Bobbitt se volvió el hazmerreír del mundo, haciéndola ver como una mujer a quién sus celos irracionales le llevaron a cometer un acto sin nombre.

La realidad dista mucho de lo que se escuchó en las noticias amarillistas y los chistes de mal gusto. La historia de Lorena es sobre años de abuso sexual, físico y psicológico por parte de su pareja, John Bobbitt.

Lorena Bobbitt, migrante ecuatoriana que reside en Virginia, Estados Unidos, conoció a John Bobbitt, ex marino estadounidense en 1988. Se comprometieron a los diez meses de noviazgo y contrajeron matrimonio en junio de 1989. La primera agresión que relata Lorena ocurrió después de un mes de casados, cuando John en estado etílico la agredió mientras manejaba hacia su casa, desde ese entonces comenzaron los maltratos físicos, sexuales y psicológicos. John mantenía relaciones sexuales con distintas mujeres fuera del matrimonio con quienes replicaba estas actitudes violentas. Algunos de sus amigos incluso llegaron a testificar en el juicio posteriormente sobre como relataba su fascinación por golpear a sus parejas durante la intimidad.

Durante cuatro años de lo que Lorena reconoce como absoluta tortura, realizó varias llamadas de auxilio a la policía, sin obtener respuesta alguna. El estigma sobre la privacidad de los problemas del hogar y su posición respetada como ex marino ocasionaba que se reste importancia a estas agresiones.

La noche del 23 de junio de 1993 John llegó en estado de embriaguez a su hogar, entre gritos y golpes volvió a someter a Lorena y se dispuso a abusar sexualmente de ella. Cuando logró liberarse, se dirigió hacia la cocina para tomar un vaso de agua y es entonces cuando sucede el comentado hecho. Abrumada, adolorida y harta, tomó un cuchillo de cocina y se dispuso a mutilar a John. En sus entrevistas relata que ella atacó a lo consideraba como un objeto de tortura, su órgano sexual.

Condujo su vehículo en un estado mental deplorable, casi sin recuerdos de lo sucedido debido al shock, llamó a la policía a contar lo que había hecho y colaboró con ellos para encontrar la ubicación exacta del objeto que había arrojado por la ventana mientras conducía. John fue intervenido quirúrgicamente para reimplantar el miembro amputado, con resultados satisfactorios.

El morbo que produjo el caso inundó los medios, volviendo a Lorena, una víctima de abuso sexual, físico y psicológico; en una historia de terror. Entre burlas, noticias falsas y acoso mediático se desarrollaron dos juicios. En el primero, se denunció a John Bobbitt por agresión sexual dentro del matrimonio, a pesar de que reconoció haber agredido físicamente en varias ocasiones a su esposa, fue declarado inocente.

Dos meses después inició un segundo juicio, en contra de Lorena por lesiones dolosas, como se mencionó previamente se contó con testimonios de personas cercanas a John quienes mencionaron su gusto por violar e influir daño físico en sus víctimas. También hubo varios testimonios de vecinos y personas cercanas a Lorena que habían escuchado en repetidas ocasiones los gritos provenientes de su casa y las marcas que le dejaban los golpes.

Finalmente, el jurado decidió absolver a Lorena de todos los cargos justificando que actuó en un *estado de perturbación mental temporal*. Se le dictó 45 días de internamiento en un establecimiento psiquiátrico. En 2007 se divorció de John y creó la Fundación *Lorena's Red Wagon*, una organización sin fines de lucro que ayuda a sobrevivientes de violencia doméstica.

Estos casos demuestran diversas situaciones de violencia intrafamiliar con respuestas diferentes por parte de las víctimas, a continuación, se realizará un análisis de las resoluciones judiciales, la perspectiva ex ante de la víctima y la procedencia de la legítima defensa en relación a los criterios expuestos previamente.

3.2 Análisis de los casos en base a la teoría planteada

Tabla 2

Análisis de sentencias sobre legítima defensa desde una perspectiva de género

Sentencia	Perspectiva ex ante de la víctima	Tipo de la agresión (Actual, inminente o permanente)	Tipo Penal en Ecuador	Resolución de la Corte	Análisis de la procedencia de la legítima defensa con perspectiva de género
Bonifaz Pazmiño	<ul style="list-style-type: none"> ● 10 años de violencia física, sexual, psicológica y económica. ● Humillaciones y amenazas constantes ● El cargo ministerial de su esposo en la iglesia, la presión por mantener su estatus social. ● Distorsiones cognitivas de la realidad producto del síndrome de la mujer maltratada ● Adulterio cometido por su esposo ● Amenaza manifiesta contra su vida. 	Agresión Actual: Reacción inmediata de la agresión, encaja en el modelo tradicional de actualidad.	Art. 144 del Código Orgánico Integral Penal: Homicidio Art. 33 del Código Orgánico Integral Penal: Legítima defensa	Fallo del Tribunal de garantías penales de Imbabura. 29 de mayo de 2017: Homicidio: 6 años, 8 meses de pena privativa de la libertad. Fallo de la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura. 10 de julio de 2017: Se revoca la sentencia condenatoria y se ratifica su estado de inocencia dejando sin efecto las medidas cautelares dictadas previamente. Casación: abandono	Legítima defensa: procedente <ul style="list-style-type: none"> ● Agresión: Actual ● Necesidad racional de la defensa: utilización del medio más próximo para defenderse, en este caso el cuchillo con el que se le estaba amenazando. Síndrome de la mujer maltratada. ● Falta de provocación suficiente: A diferencia de la opinión de la corte, el reclamarle a su pareja por haber cometido adulterio no supone razón suficiente como para haber provocado el ataque. Decir que ella lo provocó por revisar su celular es simplemente insensible, revictimizante y basado en un juicio de valor.

Jacqueline Sauvage	<ul style="list-style-type: none"> ● 47 años de violencia física, sexual, psicológica y económica. ● Síndrome de la mujer maltratada. ● Reiteradas denuncias frente a las autoridades sin resultado. ● Constantes visitas al hospital en estado de salud crítico producto de las agresiones ● Violencia sexual y física hacia sus hijos. ● Suicidio de su hijo. 	<p>Agresión inminente: Episodios violentos aleatorios, repetitivos y constantes. Permanencia de la agresión física y sexual.</p>	<p>Art. 140 del Código Orgánico Integral Penal: Asesinato¹⁸ al tratarse de su cónyuge.</p>	<p>Homicidio Agravado Octubre de 2014: pena privativa de la libertad de 10 años.</p> <p>Apelación en el 2015: Se ratifica la sentencia de primer nivel.</p> <p>Indulto presidencial: se le concede el indulto presidencial y liberación anticipada en diciembre del 2016.</p>	<p>Legítima defensa: procedente</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Agresión: permanente ● Necesidad racional de la defensa: Utilización del medio más próximo para defenderse, el arma que tenía en su cuarto, estado mental débil no solo por el síndrome de la mujer maltratada, sino también por el suicidio de su hijo. Falta de acción estatal, acción en defensa de sus hijas que eran violadas constantemente, total desprotección estatal. ● Falta de provocación suficiente: No existía provocación.
Bobbitt vs Bobbitt	<ul style="list-style-type: none"> ● Años de violencia sexual, física y psicológica. ● Síndrome de la mujer maltratada. ● Situación de migrante, círculo social reducido a la vida de su esposo. ● Constantes ataques sexuales hacia ella y otras mujeres. ● Abismal diferencia morfológica entre su esposo y ella, imposibilidad total de defenderse físicamente de la agresión. ● Descargo de la denuncia por violación conyugal. ● Relación de poder y estado de constante subordinación ante su esposo. 	<p>Agresión inminente: Episodios de violencia sexual constantes y repetitivos acompañados de lesiones constantes y sumisión.</p>	<p>Lesiones dolosas.</p>	<p>Síndrome de la mujer maltratada.</p> <p>Fue encontrada “no culpable por insania mental”. Se alega el síndrome de la mujer maltratada y se dicta reclusión en un centro de rehabilitación psiquiátrica durante 45 días.</p>	<p>Legítima defensa: procedente</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Agresión inminente. ● Necesidad racional de la defensa: Utilización del método de defensa menos lesivo, a comparación con casos similares, su defensa atentó contra la integridad física en vez de la vida de su agresor. ● Falta de provocación suficiente: No existía provocación alguna.

¹⁸ Art. 140.- Asesinato- La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.

- Posición privilegiada de su esposo ante las autoridades por su calidad de ex Marín.
- Asociación del miembro viril de su esposo con un objeto de tortura.

Fuente: Caso 1: (Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura. Juicio No. 10281-2017-00082)
Caso 2: (Fitz-Gibbon & Vannier, 2017)
Caso 3: (Christy, 2008)

3.3 Análisis dogmático - jurisprudencial

Cada uno de estos casos se relacionan a diversos conceptos sobre la legítima defensa aprendidos en el capítulo previo, sin embargo, las decisiones judiciales han sido contrarias a lo presentado por la doctrina. La falta de sensibilización de los jueces ante situaciones de violencia de género, ha tenido como resultado la criminalización excesiva de estas mujeres, además de recaer en la revictimización y una total desprotección estatal. Estos casos demuestran una falta alarmante de perspectiva de género, sensibilización y conocimiento frente a situaciones de violencia intrafamiliar.

3.3.1 Análisis Dogmático y crítico del caso Bonifaz-Pazmiño

a) Elementos constitutivos de la legítima defensa (Capítulo 2.2)

El caso Bonifaz-Pazmiño no presenta mayor problema al interpretar la actualidad de la agresión. De hecho, se cumple a cabalidad la tan cuestionada *agresión actual e ilegítima*. Pues se produjo un forcejeo por el arma, que terminó en una lesión en el área abdominal del agresor. Tampoco ha sido cuestionada la *necesidad racional de la defensa*, el cuchillo fue el medio más próximo a la víctima para defenderse. Además, se coincidió que lo utilizó para disuadir a su pareja de la agresión, no para lesionarlo. El problema radica en el tercer criterio, *falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho*.

Fiscalía se pronunció al respecto durante el juicio No. 10281-2017-00082, en el texto extraído de la sentencia se menciona, “Oliver Bonifaz estuvo en su cama con su hija tranquilo y la señora le reclamó, la señora fue un agente provocador que terminó con la muerte de su cónyuge, indicando, este es el requisito que no se cumple.” (p.8).

Además, durante el interrogatorio a Zoila Elizabeth Pazmiño, una de las preguntas que realizó fue “¿Cree que, si no le hubiera reclamado a su esposo por los mensajes, el estaría vivo?” Donde Zoila respondió que sí. (p.22).

Con respecto a la pregunta del Fiscal, el Código Orgánico Integral Penal en el numeral 15 de su artículo 502¹⁹ y el 569 numeral 4²⁰ define las preguntas que no pueden realizarse

¹⁹ Art. 502.- Reglas generales. - La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: (...) 15. No se podrán formular preguntas auto incriminatorias, engañosas, capciosas o impertinentes.

²⁰ Art. 569.- Objeción. - Las partes podrán objetar con fundamento aquellas actuaciones que violenten los principios del debido proceso, tales como: (...) 4. Realización de preguntas autoincriminatorias, capciosas, compuestas, impertinentes, repetitivas, irrespetuosas, vagas o ambiguas, aquellas que están fuera de la

en el interrogatorio. Mencionando entre estas las conocidas como “auto inculpativas”. Al preguntar si ella considera que, si no le hubiera reclamado, Bonifaz estaría vivo; se está cayendo en un ejercicio de regresión causal²¹. No existe nexo de causalidad entre el reclamo por los mensajes, con el resultado muerte; además de ser una pregunta prohibida por ser auto inculpativa y capciosa, al producir que Zoila acepte una supuesta culpa, de la muerte de Bonifaz; e inducir al error. Es menester recordar que el Juez también está llamado a objetar las preguntas auto inculpativas, sin embargo, no lo hizo.

Recordando líneas pasadas, la falta de provocación suficiente por parte de quien alega el derecho; se refiere a situaciones en las que el sujeto ocasiona intencionalmente y de manera ilegítima, una situación de conflicto; con el objetivo de justificarse bajo la legítima defensa. Alegar que Zoila fue un “agente provocador” al reclamarle por los mensajes; es a todas luces, una errada interpretación del criterio de falta de provocación.

b) Larrauri y la imposibilidad de denunciar (Capítulo 2.4)

Durante el juicio se contó con diversos testimonios de miembros de la iglesia de los testigos de Jehová, quienes narraron la importancia y participación que tenían Oliver Bonifaz y Zoila Pazmiño en esta. Los testimonios dieron a conocer que el señor Bonifaz mantenía un alto cargo en la iglesia, conocido como un “siervo ministerial”. Esto fue utilizado como un argumento que pretendía demostrar la calidad moral de Bonifaz, se mencionó en repetidas ocasiones que una persona que maltrate a su familia, no puede ser recibido en la iglesia y si se llegase a conocer esto, sería expulsado de la comunidad.

Larrauri (2003) mencionaba diversos factores que influyen en el miedo por denunciar o el posterior arrepentimiento por parte de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Entre estos menciona: Falta de apoyo económico, temor a represalias, desconfianza a sus declaraciones, publicidad del proceso, imposibilidad de retirar denuncias, falta de escucha a las mujeres por parte del derecho penal y los hijos. Como se mencionó en el capítulo, se considera que existe un factor por adherir a su lista: el factor social.

Este caso demuestra con exactitud el peso que pueden llegar a tener los factores sociales frente al encubrimiento de las agresiones. El miedo por ser expulsados de la iglesia, el perder el cargo y la reputación de familia ejemplar que mantenían, es según los

esfera de percepción del testigo, sugestivas excepto en el contrainterrogatorio; opiniones, conclusiones y elucubraciones, salvo en los casos de peritos dentro del área de su experticia.

²¹ Regressus ad infinitum, o también del famoso versari in re illicita. Corrientes completa y absolutamente superadas que no deben estar en la mente de ningún juzgador moderno.

testimonios y la declaración de parte, la razón principal por la que no se denunciaron estos actos. El temor a perder el estatus social superaba la necesidad de conseguir ayuda. El testimonio que rindió la hermana de Zoila Elizabeth Pazmiño, retrata esta realidad,

“Cuando le veíamos a mi hermana golpeada nosotros con mi esposo le sugeríamos que denuncie, ella le dijo que no podía denunciarle porque su esposo perdía los privilegios dentro de la congregación; que cuando pasaba estos eventos se quedaba en su casa, estaba sometida a las cosas que le decía, todo basado en chantajes, le decía que si ella no vuelve a la casa no le va a dejar ver a los hijos tenía que pedirle perdón para poder regresar a la casa, ella le decía que esos problemas se arreglaban dentro de la congregación para que no salgan al público.” (p.13)

c) La perspectiva ex ante de la víctima (Capítulo 2.5)

Testimonio de los hijos de Zoila Elizabeth Pazmiño dieron a conocer la compleja situación de violencia en el hogar. El testimonio del hijo mayor del matrimonio C. A. B. P., confirmó los episodios de violencia contra su madre donde se mencionan golpes, humillaciones y obligarla a abandonar su vivienda en repetidas ocasiones. Menciona “no hicieron nada por no dañar la reputación de la casa, mi familia era tomada como ejemplo, pero la gente no sabía en el fondo lo que pasaba” (p.15)

En el testimonio anticipado de la niña R. A. B. P. confirma las agresiones y los sucesos ocurridos, al encontrarse en la casa al momento de los hechos.

Todos estos factores ayudan a comprender un poco la percepción que mantenía Zoila frente a su esposo. No solo el temor propio de las víctimas de violencia, sino el grado de sumisión en el que se encontraba, la frecuencia de las agresiones, la imposibilidad de conseguir ayuda, los años de maltrato, el estado de alerta constante y el miedo a represalias en el ámbito religioso. El simple ejercicio de intentar enumerar todo lo que podría estar pensando en ese momento, resulta agotador. Y es penoso que la decisión judicial no haya analizado estos factores, y se limite a calificar la agresión.

d) Síndrome de la mujer maltratada (Capítulo 2.6)

Según el testimonio del Psicólogo Clínico Juan José Flores Armas, El papel de la religión en este proceso ha sido tan relevante, que ha ocasionado diversas “distorsiones cognitivas” entre estas,

1. Relación del esposo como la cabeza de la familia, el sometimiento forzoso de la mujer hacia el hombre. En la entrevista, sostenía la sumisión al cónyuge como algo normado y natural.

2. Dignidad ministerial del señor Bonifaz dentro de la iglesia. Mantener el cargo y reputación de su esposo y familia le obligaban a ocultar este tipo de agresiones.

3. Presencia del trastorno de personalidad dubitativa en el análisis forense menciona que esto posiblemente es una secuela de la violencia que vivió aproximadamente por veinte años; también determinó que presentaba un trastorno adaptativo con ansiedad y depresión, somatización, y también estrés postraumático.

Finalmente, confirma la presencia del síndrome de la mujer maltratada, en sus palabras, Esto opera cuando existe maltrato psicológico, intimidación, de la parte económica por sus hijos, no tener las armas suficientes del área social, laboral, aparte de su personalidad en cierta forma era dependiente emocionalmente lo que le llevaba a aceptar vivir bajo ese régimen de estilo de violencia. Los rasgos de una mujer maltratada son depresión, ansiedad, distorsiones cognitivas, cuando aceptan como normal el estilo de violencia, dependencia emocional, son agresivas como una forma de reacción, son tímidas o introvertidas en lo que dicen o hacen, miedo constante, tienen actividades sociales muy restringidas, no tiene actividades sociales, se limita mucho su progreso a nivel personal, como profesional, económico (p.17).

También reconoce como uno de los síntomas de la mujer maltratada el empezar a aceptar como verdades, ideas que van en contra de lo lógico, lo razonable, lo objetivo, o incluso contra los propios derechos de las personas. mencionó “ve algo que está causando daño a sí mismo y lo ve como algo normal eso hace que determinadas personas vean el maltrato como un amor sacrificial hacia el esposo y es una forma de agradar a Dios” (p.).

e) Sobre el fallo de la Sala y la perspectiva de género. (Capítulo 2.6)

Al final de la sentencia el tribunal absuelve a Zoila y ratifica su estado de inocencia, mencionando que es menester que las decisiones judiciales gocen de perspectiva de género, al respecto, menciona,

A efectos de comprender que es la perspectiva de género, diremos que: “... es una categoría analítica que acoge a todas aquellas metodologías y mecanismos destinados al «estudio de las construcciones culturales y sociales propias para los hombres y las

mujeres, lo que identifica lo femenino y lo masculino [que supone la existencia de una desigual distribución de poder entre géneros en todas las clases sociales... Esta perspectiva sería un constructo social que busca examinar el impacto del género en las oportunidades de las personas, sus roles sociales y las interacciones que llevan a cabo con otros. [...] La perspectiva de género pretende desnaturalizar, desde el punto de vista teórico y desde las intervenciones sociales, el carácter jerárquico atribuido a la relación entre los géneros y mostrar que los modelos de varón o de mujer, así como la idea de heterosexualidad obligatoria son construcciones sociales que establecen formas de interrelación y especifican lo que cada persona, debe y puede hacer, de acuerdo al lugar que la sociedad atribuye a su género.”, (CHÁVEZ Carapia, Julia del Carmen. Introducción Perspectiva de Género. 2004), siendo por ello la conclusión a la que arriba el Tribunal con relación a la procesada Zoila Elizabeth Pazmiño Vásquez. Por lo tanto, el Tribunal considera que se encuentran cumplidos los presupuestos exigidos por el Art. 33 del Código Orgánico Integral Penal, configurándose la causa de justificación o exclusión de antijuridicidad prevista en el Art. 30 del Código Orgánico Integral Penal, que dice: “No existe infracción penal, cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa...”, razón por la cual el acto cometido por la procesada en ejercicio de su legítimo derecho a defender su integridad personal y su vida ha dejado de ser antijurídico. (p.40)

3.3.2 Análisis Dogmático y crítico del caso Sauvage – Marot.

El caso de Jacqueline Sauvage es el ejemplo perfecto para retratar el objeto de este estudio. Al analizar la actualidad de la agresión, nos encontramos frente al mencionado “homicidio del tirano familiar”.

a) La agresión actual, inminente y por añadidura, permanente. (Capítulo 2.3)

Recordando lo analizado por Silva Sánchez (2025) existían tres argumentos base para probar la existencia de una agresión permanente.

1. En estos casos la mujer es víctima también de modo simultáneo de una agresión actual; por ejemplo, detenciones ilegales, amenazas o la propia violencia habitual.
Jacqueline era víctima de una violencia habitual y amenazas permanentes.
2. En estas situaciones las agresiones son tan repetitivas y esporádicas que la víctima se encuentra en un constante estado de alerta. Si una nueva agresión puede darse

en cualquier momento, la única persona capaz de apreciar con claridad este extremo, es la víctima.

Jacqueline llevaba siendo víctima de agresiones durante más de 47 años.

Los episodios eran tan repetitivos y aleatorios, que no existía un detonante específico.

3. La mujer carece absolutamente de posibilidad de salir victoriosa frente a un ataque de su agresor mientras esté despierto o consciente. (p.1424)

No pudo defenderse de un solo ataque durante 47 años de violencia.

No solo influyen los factores fisiológicos, sino también el grado de peligrosidad que supone intentar defenderse y las posibles represalias futuras.

Reconociendo esto podemos concluir que Jacqueline se encontraba bajo un tipo de violencia y agresión permanente, lo que justificaría su acción mediante legítima defensa.

b) Perspectiva ex ante de la víctima (Capítulo 2.5)

En el capítulo 2.5 se trató la perspectiva ex ante y la importancia de diferenciarla de la perspectiva ex post al momento de analizar la acción defensiva. Como mencionaba Erb (2003) esta diferenciación permite hacer una evaluación real de la agresión. Entendiendo, según lo mencionado en el literal previo, que nos encontramos frente a una agresión actual-permanente, podemos tratar de comprender cuál era la perspectiva ex ante de la víctima a través de la información disponible del caso. No sólo remitiéndose al momento inmediatamente anterior a la agresión, sino comprendiendo las complejas dinámicas de la violencia intrafamiliar.

- Jacqueline contrajo matrimonio muy joven, a los 18 años.
- Marot era conocido incluso en su pueblo por ser una persona de carácter fuerte, intimidante y agresivo. Es decir, sus actitudes violentas no se limitaban al hogar.
- Durante 47 años tuvo que soportar, en silencio, abusos físicos, sexuales, psicológicos y económicos.
- No tenía ingresos propios, dependía económicamente de Marot.
- Se dedicaba al cuidado de sus hijos, quienes también eran abusados física y sexualmente por su padre.
- Había sido ingresada al hospital en varias ocasiones debido a la brutalidad de las agresiones que sufría. El personal del hospital tampoco denunció estos actos a pesar de ser evidente de que era una víctima de violencia en el hogar por la frecuencia de los ataques.

- A los 66 años de edad, sufre el suicidio de su hijo como el resultado de años de maltrato y abuso de su padre.
- Sentimiento de culpa al no haber denunciado estos actos, creencia de que pudo haber salvado a su hijo si lograban huir de Marot.
- Último episodio de violencia sufrido
- Después de la última agresión, encontró la primera oportunidad de defenderse, mientras él estaba de espaldas.

c) El impacto de los medios de comunicación

El caso de Jacqueline Sauvage demuestra lo poderosos y efectivos que pueden llegar a ser los medios, cuando son utilizados positivamente. El apoyo que recibió por parte de diferentes colectivos, las noticias y la empatía al identificarse con su situación, consiguieron su libertad. Después de que la justicia le haya dado las espaldas, fue la presión mediática la que consiguió el indulto presidencial.

3.3.3 Análisis Dogmático y crítico del caso de Lorena Gallo (Bobbitt v Bobbitt).

a) Actualidad de la agresión (Capítulo 2.3)

Las agresiones en el caso Bobbitt vs Bobbitt eran principalmente de carácter sexuales y físicas. Al analizar la permanencia bajo los parámetros previamente expuestos en el caso de Jacqueline Sauvage, tenemos los siguientes puntos:

1. Víctima de modo simultáneo de una agresión actual; por ejemplo, detenciones ilegales, amenazas o la propia violencia habitual.

Lorena era víctima de amenazas y violencia habitual.

2. Frecuencia de las agresiones.

Los testimonios demostraron que las actitudes violentas de John Bobbitt y sus ataques sexuales no eran únicamente hacia Lorena. La violencia sexual y física era algo que John disfrutaba, por lo tanto, no se limitaba a un caso aislado, ni existía un detonante específico más allá del placer por agredir sexualmente en estado de ebriedad.

3. La mujer carece absolutamente de posibilidad de salir victoriosa frente a un ataque de su agresor mientras esté despierto o consciente. (p.1424)

Un factor mencionado en diversas entrevistas es la notoria diferencia fisiológica entre John y Lorena. Para el momento de las agresiones sus

pesos corporales rondaban entre los 90kg y Lorena pesaba apenas 43kg. Peso alarmante en relación a su estatura y edad.

También es menester considerar que John al ser ex soldado de la Marina Norteamericana contaba con experiencia en combate además de una abismal ventaja sobre Lorena en un encuentro físico.

Intentar defenderse en ese momento, como se mencionó anteriormente, es condenar a la víctima a anticipar su muerte Hurtado Moreno & Zambrano Vera (2021).

b) Perspectiva ex ante de la víctima (Capítulo 2.5)

- Años de violencia sexual, física y psicológica.
- Síndrome de la mujer maltratada.
- Situación de migrante, círculo social reducido a la vida de su esposo.
- Constantes ataques sexuales hacia ella y otras mujeres.
- Abismal diferencia morfológica entre su esposo y ella, imposibilidad total de defenderse físicamente de la agresión.
- Descargo de la denuncia por violación conyugal.
- Relación de poder y estado de constante subordinación ante su esposo.
- Posición privilegiada de su esposo ante las autoridades por su calidad de ex Marín.
- Asociación del miembro viril de su esposo con un objeto de tortura.

c) Falta de Protección estatal (Capítulo 2.4)

Lorena a diferencia de las otras víctimas, sí había realizado denuncias y llamadas a la policía en diferentes ocasiones. Sin embargo, la posición privilegiada de Jhon frente a las autoridades, el profundo desconocimiento y prejuicio que se tiene sobre los “problemas del hogar” hicieron que no se le otorgue la protección requerida. Recordando a Larrauri (2003) la ineficacia del sistema produce una profunda desconfianza de las víctimas en este.

d) El impacto de los medios de comunicación

A contraposición con el caso de Jacqueline, Lorena demuestra el otro lado del poder mediático. Con la misma o incluso mayor difusión, que la situación de Sauvage; para Lorena, los medios fueron el agente encargado de humillarla mundialmente. El morbo que generó la situación hizo deshumanizó a Lorena, volviendo una situación de agresión sexual permanente, en una burla.

CONCLUSIONES

El presente estudio ha logrado demostrar de manera contundente la falencia del criterio de interpretación clásico de la actualidad, basado en una simultaneidad estricta entre agresión y defensa. El aporte dogmático de la tesis radica en fundamentar la necesidad de ampliar el rango de interpretación del requisito de actualidad, argumentando que las agresiones pueden ser clasificadas como actuales-inminentes y permanentes. Esta reinterpretación se sostiene al integrar la perspectiva *ex ante* de la víctima, que reconoce el estado de alerta constante y la desprotección institucional, demostrando que la falta de consideración de la historia de abuso lleva a la revictimización y criminalización de aquellas personas que actúan desesperadamente para salvaguardar su vida

El presente proyecto aspira a constituirse en un insumo interpretativo que pueda orientar futuras reformas normativas o procesos de capacitación judicial. Aunque no se resolverá de manera definitiva la problemática jurídica relacionada con la aplicación de la legítima defensa en contextos de violencia de género, se busca contribuir con herramientas teóricas, analíticas y argumentativas que promuevan una comprensión más profunda y contextualizada de estos casos dentro del sistema penal ecuatoriano.

En definitiva, esta investigación busca ampliar el debate sobre el uso del derecho penal en contextos de violencia estructural, promoviendo una lectura más sensible, justa y adecuada del principio de legítima defensa cuando la vida o integridad de las mujeres se encuentra en riesgo constante.

Finalmente, es imperativo reconocer que las cuestionadas actitudes de los tribunales no son hechos aislados, sino el reflejo de una profunda normalización de la violencia de género en nuestra sociedad. Este señalamiento no se dirige únicamente a los jueces o funcionarios del sistema judicial, sino también a la ciudadanía en su conjunto. Los prejuicios, la falta de empatía, la insensibilidad y el desconocimiento que erosionan la justicia son reproducidos cotidianamente en los espacios sociales, familiares y mediáticos.

Una investigación orientada a garantizar el acceso efectivo a la justicia y apoyo a las víctimas de violencia de género no puede concluir sin un llamado a la reflexión colectiva. Los discursos misóginos, deshumanizantes y retrógrados que se reprochan a los operadores de justicia, no son más que el reflejo de un pensamiento social que aún

tolera y justifica la violencia. Es indispensable romper con esta cadena de reproducción cultural, pues no se puede aspirar a un sistema jurídico verdaderamente justo, mientras se continúe perpetuando el problema mediante burlas, juicios morales o comentarios que revictimizan. La transformación del derecho comienza con la transformación del pensamiento, y esta solo será posible cuando la sociedad en su conjunto deje de mirar a las víctimas con sospecha y empiece a reconocer en ellas la dignidad que siempre les ha pertenecido.

BIBLIOGRAFÍA

- Benavides-Benalcázar, M. M., Vargas-Villacres, B. R., & Acosta-Morales, M. G. (2018). La legítima defensa como causa de justificación o exclusión de la antijuricidad. *Polo Del Conocimiento*, 3(4), 37. <https://doi.org/10.23857/pc.v3i4.440>
- Bertot Yero, M. Caridad., López, G., & Harold Bertot, T. (2017). *Reflexiones desde la toga: la justicia penal en Cuba*. Ediciones ONBC.
- Bolea Bardon, C. (1998). *SECCION DE JURISPRUDENCIA Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*.
- Buompadre, J. E. (2022). Legítima defensa y violencia de género. La mujer imputada en situaciones extremas de violencia de género invertida. In *Revista Pensamiento Penal* (Issue 214). www.pensamientopenal.com.ar
- Cabello, V. (2005). *Psiquiatría forense en el derecho penal*.
- Christy, B. M. (2008). *Narratological limitations of telling trauma: a case study of Lorena Bobbitt and sexual assault*.
- Código Orgánico Integral Penal [COIP]. R. O. Suplemento 180 de 2014. Artículos 24, 28, 31, 33, 34, 35, 133, 134, 140, 144, 218, 502, 569. 10 de febrero de 2014 (Ecuador).
- Corcoy Bidasolo, M. (2023). *Prevención Limitada y Perspectiva Ex Ante en la Teoría del Delito*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017. (2017). http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_esp.pdf
- Corte Provincial de Justicia de Imbabura. Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Imbabura. Proceso No. 10281-2017-00082, J.P. Farid Manosalvas Granja; 10 de julio de 2017.
- De la Cuesta, J., Dendaluze, I., & Echeburúa, E. (1989). *CRIMINOLOGÍA Y DERECHO PENAL AL SERVICIO DE LA PERSONA*.
- Días, L. A. (2022). *Pawlik sobre el estado de necesidad exculpante y la restricción de bienes del STGB*.
- Donna, E. Alberto. (1996). *Teoría del Delito y de la pena*. Editorial Astrea.
- Fitz-Gibbon, K., & Vannier, M. (2017). Domestic Violence and the Gendered Law of Self-Defence in France: The Case of Jacqueline Sauvage. *Feminist Legal Studies*, 25(3), 313–335. <https://doi.org/10.1007/s10691-017-9358-8>
- Gómez López, J. (1996). *Culpabilidad e inculpabilidad*. Doctrina y ley.

- Hurtado Moreno, J. I., & Zambrano Vera, H. F. (2021). La legítima defensa en el Ecuador: Un estudio Actualizado. *AXIOMA*, 1, 49. <https://doi.org/10.26621/ra.v1i24.684>
- Ivó Cocca, V. (2016). La legítima defensa frente a omisiones. In *ADPCP: Vol. LXIX*.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (1996). *Tratado de Derecho Penal*.
- Larrauri, E. (2003). *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*
- Lazzaneo, J. I. (2018). *Legítima Defensa Privilegiada. Causa de Justificación en un contexto de Violencia de Género*.
- Leonardi, M. C., & Scafati, E. (2019). Legítima defensa en casos de violencia de género. *Revista Intercambios Nro. 18*.
- Luzón Peña, D. (2002). *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial B de F.
- Martín, L. G. (1999). *La comisión por omisión en el derecho penal español*.
- Merkel, R. (2007): Folter und Notwehr, en Pawlik y Zaczek (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*. Colonia y otras, Carl Heymanns, pp. 375-403.
- Mir Puig, S. (1983). *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*.
- Mir Puig, S. (1994). Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 5-28.
- Molina Fernández, F. (2012). *La legítima defensa del derecho penal* (Vol. 25).
- Muñoz, C., & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. www.tirant.com
- Muñoz Conde, F. (2004). *Derecho penal. Parte general* (6.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1984). *Teoría General del delito*. Bogotá.
- ONU MUJERES. (2022). *ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: HERRAMIENTAS NECESARIAS PARA LA DEFENSA DE SU PARTICIPACIÓN POLÍTICA*.
- Palermo, Omar. (2006). *La legítima defensa: una revisión normativista*. Atelier.
- Ptacek, J. (1999). *Battered Women in the Courtroom*. Northeastern University Press.
- Ripolles, J. L. (2011). *La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal*.
- Roa Avella, M. (2012). *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante*.
- Robinson, P. (1982). Criminal Law Defenses: A systematic analysis. *Columbia Law Review*.
- Rodríguez, J. A. (2023). *La legítima defensa*.
- Rodríguez Mourullo, G. (2017). *Algunas consideraciones sobre el principio de la legalidad y otros principios básicos del derecho penal*.
- Rosen, R. A. (1993). On Self-Defense, Imminence, and Women Who Kill Their Batterers. In *L. Rev* (Vol. 71). <http://scholarship.law.unc.edu/nclr>

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (Diego Manuel Luzón Peña, Trans.).
- Salazar, J. C. (2021). *Derecho Penal Parte General*.
- Salgado González, Á. (2019). *Tipicidad y antijuridicidad. Anotaciones dogmáticas*.
<https://orcid.org/0000-0001-7619-3468>
- Silva Sánchez, J. M. (2025). *Derecho Penal Parte General*.
- Valle, J. (1992). *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*.
- Welzel, H. (1956). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL* (C. Fontán, Trans.).
- Wilenmann, J. (2017). *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Sokar, A. (2007). *Manual de derecho penal parte general*. *Ediar*.