

**LEGÍTIMA DEFENSA EX POST Y PERSPECTIVA DE GÉNERO. UNA LECTURA
SUPRACONSTITUCIONAL DESDE LA ANTIJURIDICIDAD***

**EX POST SELF-DEFENSE AND GENDER PERSPECTIVE: A
SUPRACONSTITUTIONAL INTERPRETATION FROM THE STANDPOINT OF
UNLAWFULNESS**

Omar Huertas Díaz**

Alvaro Camilo Sanchez Cabrera***

Resumen. El siguiente artículo de investigación pone como marco de reflexión la legítima defensa ex post vista desde una perspectiva de género. Para lograr una comprensión casuística y dogmática, escogimos tres casos judiciales desarrollados en México, Colombia y Argentina, los cuales nos permitieron centrar el objeto de discusión, para pasar a describir la relación epistémica entre teoría del delito y la fundamentación constitucional, para finalmente observar como la legítima defensa como causal justificante aplica en las situaciones de no confrontación cuando se da muerte al tirano doméstico, proponiendo una postura crítica y reflexiva.

* Artículo de investigación desarrollado dentro del grupo de investigación “Ciudadanía, Educación y Derecho UNIR” de la Fundación Universitaria Internacional de la Rioja UNIR, código COL0234101, Reconocido y clasificado en C MINCIENCIAS 2024, en colaboración con la “Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UNAL” COL0078909, reconocido y clasificado 2021 en A1 MINCIENCIAS de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia en desarrollo de la estancia posdoctoral en “Ciencias Jurídicas, Innovación y Sociedad Global” (primera cohorte julio 01 de 2024 a junio 30 de 2025) Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, Tunja, Boyacá, Colombia y de la estancia doctoral en la Universidad Nacional Autónoma de México UNAM en desarrollo del “Fordismo Academicus Cientificus” Año 3. Artículo recibido: 23 de abril de 2025. Artículo aprobado: 30 de mayo de 2025.

** Doctor en Derecho Universidad Nacional de Colombia y Ciencias de la Educación Universidad Simón Bolívar, Profesor Titular II Fundación Universitaria Internacional de la Rioja UNIR, profesor titular e investigador senior de la Universidad Nacional de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8012-2387>. Correo electrónico: omar.huertas@unir.net, ohuertasd@unal.edu.co.

*** Abogado Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Candidato a Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Ján de España. Docente Universitario en casación penal y derecho penal. Miembro del Grupo de Investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica Extrema Ratio UNAL. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6877-8041>. E-mail: alvsanchezca@unal.edu.co

Palabras claves: teoría del delito - legítima defensa - ex post - tirano doméstico - epistémico - perspectiva de género

Abstract: To achieve a case-based and doctrinal understanding, we selected three judicial cases from Mexico, Colombia, and Argentina. These cases allowed us to focus the discussion, then move on to describe the epistemic relationship between criminal law theory and constitutional justification. Ultimately, we examine how self-defense, as a justifying cause, applies in non-confrontational situations involving the killing of a domestic tyrant, while proposing a critical and reflective stance.

Keywords: Criminal Law Theory – Self-Defense – Ex Post – Domestic Tyrant – Epistemic – Gender Perspective

SUMARIO: I. Tres historias judiciales sobre legítima defensa con enfoque de género. II. La discusión sobre la aplicación de la perspectiva género en la teoría del delito. III. Antijuridicidad: nuevas perspectivas en relación a la legítima defensa. IV. Legítima defensa ex post ¿necesidad de una agresión actual e inminente en la muerte del tirano doméstico?. V. Nuestra postura a manera de conclusión. VI. Referencias bibliográficas.

I. Tres historias judiciales sobre legítima defensa con enfoque de género

1. Roxana Ruiz ¿heroína o villana?

Desde muy joven, Roxana Ruiz convivió en un escenario de violencia de género. Cuando apenas entraba a la adolescencia, entabló una relación con una persona mayor, con la cual al poco tiempo tuvo un hijo, sin embargo, su pareja empezó agredir verbal y físicamente, postergando estos actos de manera sistemática por varios años, que para su fortuna y tranquilidad culminaron cuando logró por fin terminar su relación.

Roxana vivía en Nezahualcóyotl, ciudad perteneciente al Estado de México, en donde las noticias sobre homicidios, desmembramiento de cuerpos, desaparición de personas y violencia contra la mujer son reiterados y están en los titulares de las noticias de manera recurrente. En el 2021, al poco tiempo de haber culminado su tormentosa relación, regresaba a su casa luego de una jornada laboral vendiendo papas fritas. En su recorrido, un joven llamado Sinaí Cruz se ofreció ayudarlo a llevar las cosas, y estando en la casa de la víctima, le pidió dejarlo hospedar esa noche, ya que su casa estaba un poco lejos. Sinaí aprovechó la situación

para acceder carnalmente a Roxana sin consentimiento. Luego de violarla, despertó y amenazó con asesinarla si no lo dejaba continuar accediéndola, sin embargo, ella se resistió, forcejeó con el victimario asfixiándolo con una camiseta, cayendo al piso y por el golpe que recibió en la cabeza Sinái, murió.

La joven intentó sacar el cadáver, pero la policía la capturó, y por estos hechos fue cobijada con medida de aseguramiento de carácter preventivo en centro carcelario, donde estuvo 9 meses, hasta que una Juez la condenó a seis años de prisión.

Fruto de la presión mediática y del pronunciamiento del ex Presidente Manuel Obrador, quien en medios criticó la decisión judicial y señaló que la iba a indultar, la Fiscalía desistió de la acción penal y Roxana fue absuelta porque se reconoció que actuó en legítima defensa.

La gran discusión se centró en el exceso de legítima defensa, según la Jueza, Roxana luego de haber matado al agresor siguió golpeándolo, convirtiéndolo en irracional y por lo tanto desproporcionada. Sin embargo, su apoderado y muchas colectivas feministas señalaban que en el contexto de la violación, la ira, el miedo y la desesperación no permiten medir el nivel o grado de repulsión en contra del agresor.

2. Virgelina Aguiar: muerte al agresor sexual

Virgelina era oriunda del Departamento del Tolima, Colombia, y madre de tres niños, la cual derivado de su situación económica se fue a trabajar a la capital, a Ibagué, en una carnicería de la familia del papá de sus hijos. Por sus labores en el local comercial y otros oficios, recibía como compensación la estadía y comida para ella y sus descendientes¹.

En la carnicería vivía también José Virgilio, persona que la acosaba sexualmente reiteradamente, sin embargo, ella no accedía, expresando incluso que se iba a ir del local porque no podía aguantar ese tipo de acciones. Él la amenazaba diciéndole que si se iba, le iba a contar a la familia del padre de sus hijos que ellos dos tenían una relación, aunque no fuera cierto.

Un 20 de julio de 2000, José Virgilio y Willinton Alberto Vanegas (empleado del local comercial), invitaron a Virgelina a tomar, y le ofrecieron que la mamá de Willinton cuide a sus hijos. Llegaron los tres a un bar, consumieron bebidas alcohólicas, y de regreso a la casa pasaron dejando a Willinton, pero Virgilio ignoró el pedido de Virgelina respecto de recoger a sus hijos.

¹ Los hechos narrados se encuentran en la sentencia C 459 de 2024, proferida por la Corte Constitucional de Colombia, Mg. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Cuando llegaron a la carnicería, Virgilio empezó a Virgelina sin consentimiento, empujándola a la fuerza a la cama, amenazándola con que no la iba a dejar ver a sus hijos si no estaba sexualmente con él. Virgilio alcanzó un cuchillo y la intimidó, hasta accederla carnalmente. Una vez estuvo consumado el acceso, Virgelina le volvió a solicitar que le deje ver a sus hijo, pero éste se negó y le dijo que tenía que volver a tener relaciones sexuales con él.

Mientras Virgilio se encontraba acostado de lado, Virgelina fue hasta la cocina, tomó un cuchillo tipo hacha y le causó una herida en el cuello que posteriormente lo llevaría a la muerte. Virgelina salió a la esquina, esperó que amaneciera, miró pasar una patrulla de la policía y confesó lo que había hecho.

El 17 de mayo de 2001, el Juzgado Sexto penal del Circuito de Ibagué condenó a Virgelina como autora del delito de homicidio simple atenuado por circunstancias de ira e intenso dolor, fijando una pena de 8 años y 4 meses de prisión. Sin embargo, el 23 de junio de 2005, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué profirió sentencia de segunda instancia, modificando la decisión de primer grado, condenando a Virgelina por el delito de homicidio agravado por la situación de indefensión, imponiendo una pena de 28 años y 9 meses de prisión.

Al no ser notificada de la sentencia de segundo grado, permaneció en libertad hasta el 03 de febrero de 2022, fecha en la cual fue capturada en un retén de policía, siendo trasladada a un centro carcelario.

Por vía de tutela, el caso de Virgelina llegó a la Corte Constitucional, la cual en decisión del 31 de octubre de 2024, decidió revocar el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal, y ordenó la libertad inmediata de la accionante. El motivo de esta decisión radicó en que el Juzgado y el Tribunal dejaron de lado la aplicación del enfoque de género, pero además, para resolver el asunto usó estereotipos y razonamiento sexistas, por lo que ordenó al Tribunal a que profiera dentro de los dos meses siguiente un nuevo fallo aplicando enfoque de género y teniendo en cuenta las consideraciones plasmadas en la parte motiva del fallo.

3. Eliana Anahí López. La muerte del tirano de la casa

Eliana Anahí estuvo conviviendo con Miguel Alejandro Warinet en Ingenieros Juan Allan, una localidad perteneciente a la Zona Sur del Gran Buenos Aires, Argentina. En su núcleo familiar, Mario Warinet agredía física y verbalmente a su pareja, violencia que era objeto de percepción por parte de los vecinos, quienes declararon que éste le pegaba tan fuerte

a Eliana que muchas veces quedaba inconsciente. Afirmaron que en una ocasión, la maltrató físicamente tan fuerte que Eliana terminó herida su cabeza y descompuesta en la calle, por lo que llegó la Policía, y fue trasladada a un centro médico, sin embargo, ella volvió a la casa por temor a su pareja.

La madre de Warinet dijo que varias oportunidades que Eliana llegaba a su casa en las reuniones familiares con los ojos negros, los brazos con abrazones y morados, y que su hijo la maltrataba muy seguido, sobre todo cuando se emborrachaba. Estos actos de violencia cada vez eran más continuos y graves, generando no solo un daño corporal sobre Eliana, sino también afectando gravemente su psiquis.

Un 11 de enero de 2015, alrededor de las 19:00 horas, Miguel Warinet se encontraba con su amigo Jorge Cervando bebiendo vino, en ese instante llega Eliana con sus hijos. Warinet empezó a discutir con su pareja, y ésta le proporcionó una puñalada con un cuchillo de cocina provocando una herida en el hemotórax izquierdo, llegando al corazón y generando la muerte.

El Tribunal en lo Criminal nº 1 del Departamento Judicial Quilmes condenó a Eliana a la pena de 8 años de prisión, por encontrarla responsable a título de autora del delito de homicidio agravado, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación.

La Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, dentro del proceso con causa No. 10406, admitió la demanda, y aplicando enfoque de género, la absolvió, pues encontró satisfecho los requisitos de la legítima defensa, por lo cual ante la ausencia de actualización de un injusto penal, no se encontraba demostrada la responsabilidad penal.

II. La discusión sobre la aplicación de la perspectiva género en la teoría del delito

Los tres relatos que acabamos de describir tienen algo en común: la violencia recae sobre la mujer dentro de una estructura de dominación masculina. Dentro del proceso judicial se reconoció esta situación, sin embargo, el problema dogmático se encontraba en determinar tres aspectos (i) la proporcionalidad como requisito de la legítima defensa en el caso de Roxana (ii) la legítima defensa en situaciones de agresión sexual sistemática y (iii) la legítima defensa sin confrontación dentro de la violencia domestica. Para abordar estos problemas, debemos entonces inicialmente describir la relación epistémica entre la teoría del delito y el enfoque de género.

2.1 Teoría del delito como expresión constitucional

La teoría del injusto penal desde la escuela clásica de Liszt partió por fundamentar estas categorías acogiendo el *iusprivativismo* de Ihering, por eso en un inicio el proceso de subsunción entre conducta y adecuación típica sólo contenía aspectos descriptivos². Sin embargo, con la evolución de la dogmática jurídico penal, las nuevas escuelas encontraron que el tipo penal también contenía criterios de carácter valorativos, lo cual se hacía extensivo para la antijuridicidad.

Abrir la posibilidad hermenéutica reflexiva de establecer criterios de carácter descriptivo y valorativo dentro del injusto penal, permitiría evitar que generalidad y abstracción de la regulación de comportamientos con interés para el derecho penal, y además, fortalecería el control al poder punitivo. Si entendemos entonces al tipo penal como un supuesto de hecho (*Tatbestand*), este se convierte en la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica³.

De esta forma dentro del proceso de criminalización primaria, el tipo penal representa el principio de legalidad, reduciendo un marco amplio de hipótesis que podrían ajustarse al injusto penal, pero también, el injusto debe ser visto desde la perspectiva del funcionario judicial, el cual debe interpretar cada categoría y sus elementos respetando los principios y derechos fundamentales.

Es por esta razón que hoy en día la teoría del delito debe ser estudiada al margen del derecho constitucional, así lo recalca Mir Pug, cuando señalaba que el fundamento del derecho penal es el estado social y democrático de derecho⁴. Por ello el injusto se ancla a los principios constitucionales como la legalidad, mínima intervención del derecho penal, favorabilidad, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, entre otros⁵.

La inherencia entre injusto penal y constitución permite entonces que el juicio de adecuación típica y la valoración de la antijuridicidad se ajuste a la realidad social y a los nuevos enfoques que son resultado del ejercicio de la lucha social llevado a la consagración jurisprudencial de las Altas Cortes, como en el caso del reconocimiento de los derechos

² Zaffaroni, E. Sloka, A. Alagia, A. *Derecho penal: parte general*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2000. p. 343.

³ *Ibid*, p. 345

⁴ Mir Pug, Santiago. *Derecho penal parte general*. Décima Edición. Editorial IB de F, 2018, p. 23

⁵ Pavajeau, A. *Fundamentos liberales y sociales del derecho penal*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. 2018, p. 35.

sexuales y reproductivos de la mujer, la diversidad de género y el rol de la mujer en los procesos de emancipación en búsqueda de romper estereotipos y violencia institucional⁶.

Es entonces desde esta posición, donde el enfoque de género tiene una cabida por vía constitucional, dejando de lado el viejo esquema de subsunción, para poner en diálogo la teoría del delito con los nuevos paradigmas y enfoques. Los debates de la dogmática sobre comisión por omisión, autoría y participación, error de tipo, legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable, ira e intenso dolor, etc, hoy cobran nuevamente interés para ser analizado bajo un nuevo matiz, porque un error de la teoría del delito a lo largo su existencia fue igualar al hombre y la mujer, lo cual en no solo es un error dogmático, sino también criminológico⁷.

2.2 Perspectiva de género en la teoría del delito⁸

Lo primero que debemos comprender cuando hablamos de este enfoque es la palabra ‘género’, para la Curátolo, hace referencia a los roles, funciones, valoraciones, comportamientos y características que fueron impuestas a cada género a través de los procesos de socialización, que, a su vez, fueron o son mantenidos y reforzados por la ideología y todas las instituciones patriarcales⁹.

Butler, por su parte, señalaba que el género era el resultado de prácticas genéricas que se les asignaba roles, prohibiciones y exclusiones, las cuales a través del tiempo se instituían. Por eso, el género es un aparato discursivo que construye prácticas de exclusión, dicta normas, y construye identidades genéricas¹⁰. Para combatir, en consecuencia, la exclusión hay que romper la normativa, empezando por el binarismo obligado. Ello será posible a través de unos contra-discursos y contraprácticas que traspasen lo permitido en cada género, que rompan las adscripciones de género a través de la confusión creada entre sexo, género, roles sexuales, roles genéricos e identidades genéricas¹¹.

⁶ Subijana Zunzunegui, I. J. *La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales*. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2023. 4: 114-137 <https://doi.org/10.47984/legal.2023.006>

⁷ Curátolo, Sofia. *Teoría del delito. Parte Especial y criminología latinoamericana y feminista*. Ediciones Llanes Ediciones, Buenos Aires, Argentina. 2025, pp. 153 y siguientes.

⁸ Hablamos de perspectiva de género como un marco general de teorías, dentro de las cuales se puede encontrar el feminismo, y enfoque de género, se refiere a la aplicación de un método en concreto para poder llevar la teoría a la práctica judicial en concreto. Al respecto, Chaparro, Y. *Aplicación del enfoque de género en las decisiones del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por el delito de violencia intrafamiliar cuando es perpetrado contra una mujer por su pareja o expareja*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, DC., p. 68

⁹ *Ibid*, p. 36

¹⁰ Butler, J. *Gender Trouble. (Feminism and the Subversion of Identity)*, Nueva York: Routledge, 1992. p. 43

¹¹ Osborne, R. Molina, P. *Evolución del concepto de género* (Selección de textos de Beauvoir, Millet, Rubin y Butler) *EMPIRIA*. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales, núm. 15, enero-junio, 2008, p. 149

Teniendo en cuenta este concepto, es posible señalar que la violencia de género tiene su origen en prejuicios acerca de los atributos y las características que poseen hombres y mujeres, y en las expectativas de las funciones sociales que ambos supuestamente deben desempeñar. Estos patrones socioculturales colocan a las mujeres en una posición subordinada respecto de los hombres y propician su discriminación¹².

Es así entonces como la perspectiva de género sirve como modelo epistémico para fijar una nueva re interpretación de la teoría del delito, tal y como afirma Álvarez, no se trata de reivindicar un derecho en específico para las mujeres, si no interpretar y repensar los conceptos teniendo en cuenta las situaciones y necesidades de las mujeres dentro de una sociedad patriarcal, marcada por una fuerte subordinación de la mujer respecto al hombre. En otras palabras, la aplicación de la perspectiva de género en la teoría del delito lleva a preguntarse si el esquema y las categorías han tenido en cuenta los intereses y las preocupaciones relevantes de las mujeres¹³.

La perspectiva de género no reivindica un derecho específico para las mujeres –que coexista con otro propio de los hombres–. Propugna, más bien, repensar los conceptos y redefinir las interpretaciones teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres y, principalmente, articulando una respuesta definida desde el mentado prisma a la pregunta de cómo impacta el derecho en las mujeres. En otras palabras: aplicar al derecho un enfoque de género significa preguntarse si las normas han tenido en cuenta los intereses y las preocupaciones relevantes de las mujeres, indagando si en la construcción de los conceptos que anidan en el sistema jurídico se han valorado las experiencias de estas¹⁴.

Y en la construcción de la teoría del delito se omitieron muchos aspectos que hoy cobran relevancia, miremos algunos ejemplos. En la comisión por omisión el deber de garante que se desprende de la constitución, la ley, el contrato o la injerencia, obvió el rol de la mujer madre en cuanto a la posibilidad de cumplir su obligación dentro de un marco de violencia doméstica sistemática. Un ejemplo de ello lo encontramos en el Tribunal Oral en lo Criminal No. 6, de la Capital Federal de Argentina, causa No. 6116/2015, en donde se adelantó el juzgamiento de Marlen Antonella Gonzalez, por haber actuado de forma pasiva al momento en que su pareja golpeó a su hija, una niña de tres años que fruto del golpe, padeció un traumatismo craneofacial

¹² Curátolo, Sofia. *Teoría del delito. Parte especial y criminología latinoamericana y feminista*. Ediciones Llanes Ediciones, Buenos Aires, Argentina. 2025, p. 37.

¹³ Álvarez, S. *El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios*. Revista Juezas y Jueces para la Democracia, 2022, p. 28.

¹⁴ Curátolo, Sofia. *Teoría del delito. Parte especial y criminología latinoamericana y feminista*. Ediciones Llanes Ediciones, Buenos Aires, Argentina. 2025, p. 38.

graves y varias equimosis. Aquí se cuestionó la posición de garante de Marlen, sin embargo, dentro del proceso se demostró la violencia de género que sufría ella de parte de su cónyuge, lo cual desde una simple mirada de la estructuración del injusto se adecua, pero desde un enfoque de género la figura de la posición de garante tiene otro análisis, ello porque en el escenario de violencia de género, la capacidad de reacción y oposición puede verse reducida fruto de miedo, el temor, la angustia y la posición propia de una mujer con un posible síndrome de mujer maltratada¹⁵.

Otro ejemplo puede verse en la ira e intenso dolor como atenuante punitivo, recordemos que históricamente la aplicación de este, según la legislación, era un exonerante de responsabilidad y en otros servía para atenuar la pena, en el caso Colombiano, desde el Código Penal de 1936 (Ley 95/36) hasta el actual (Ley 599/00), la ira e intenso dolor es un atenuante punitivo, sin embargo, esta figura se usaba generalmente a favor del hombre para justificar el uxoricidio¹⁶. Hoy, en marco de la lectura constitucional y sociológica sobre el enfoque de género, la ira e intenso dolor cobra relevancia de cara a examinar los requisitos para su procedencia, dentro de ellos la permanencia de la agresión injusta, teniendo en cuenta que la violencia doméstica por ejemplo, se realiza de manera sistemática¹⁷. ¿Es posible que una mujer pueda, en estado de ira e intenso dolor de carácter permanente, usar un momento de descuido del agresor para poderlo agredir? esta pregunta se irá desarrollando a lo largo del artículo.

Estos y otros ejemplos podemos mirarlos desde la perspectiva de género, lo relevante de ello es que tenemos hoy en día las herramientas constitucionales para poner en diálogo la teoría del delito y la perspectiva de género, la cual no solo se agota en el injusto, si no también, como veremos en este artículo, es posible plantear en un escenario de la culpabilidad, porque derivado de un estado de vulnerabilidad en la que se encuentran un grupo de mujeres, la exigencia de poder actuar de otro manera (elemento de la culpabilidad) no puede ser actualizado y conlleva necesariamente a la exculpación¹⁸. Lo mismo deberá analizarse respecto de la necesidad de la pena y el rol del enfoque de género en la ejecución de la pena.

III. Antijuridicidad: nuevas perspectivas en relación a la legítima defensa.

¹⁵ *Ibíd*, p. 92.

¹⁶ Gonzalez, Jairo. *La ira e intenso dolor. Atenuante o eximente de responsabilidad según halla necesidad pena*. Universidad de los Andes, Colombia. 2005, pp. 24 y siguientes.

¹⁷ Alzate, L. Vallejo, J. *Feminicidio y estado de ira e intenso dolor: ¿categorías compatibles o conceptos excluyentes?*. Universidad EAFIT, Cali, Colombia. 2016, p. 34.

¹⁸ Ruales, A. El enfoque de género en el juicio de culpabilidad a partir de la sentencia sp2649 del 2022 de la corte suprema de justicia de colombia. *Revista Científica Codex*, 9(17). <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/9336>. 2025.

No vamos a realizar en este artículo una reflexión histórica de esta categoría dogmática del esquema del delito, queremos más bien resaltar las nuevas discusiones y perspectivas dogmáticas y hermenéuticas, con el fin de identificar el diálogo entre esta y la perspectiva de género.

1.1. De lo antijurídico formal a lo supraconstitucional

De entrada podemos decir que lo antijurídico va contravía del ordenamiento, el cual se compone de normas y reglas jurídicas petrificadas en la carta política (lo cual incluye también el bloque de constitucionalidad) y la disposiciones normativas generales y especiales (como las penales en el proceso de criminalización primaria)¹⁹. Sin embargo, la valoración del injusto no puede recaer en la simple y vacua contratación entre el comportamiento típico y la afectación de un bien jurídico tutelado, porque desconociera el principio *neminem laedere*, ya que las normas cumplen un fin axiológico, el comportamiento delictivo no solo desconoce un precepto normativo en concreto (la norma penal por ejemplo), si uno todo un conjunto de principios, valores y reglas jurídicas constituidos por vía supraconstitucional²⁰.

Desde esta primera perspectiva la antijuridicidad vista como un aspecto negativo, debe valorar tanto el comportamiento de relevancia para el derecho penal como su contrastación en conjunto de normas, reglas y principios reconocidos por el ordenamiento. A esto, se le ha denominado antijuridicidad formal, pero reiteramos, ese formalismo no es solo relacional, sino que debe ser conglobante, y estudiado como un todo complejo entre conducta y sistema²¹.

Sin embargo, en sede de antijuridicidad también debe realizarse una valoración desde el punto vista material, entiéndase esto, la posibilidad real de que la conducta desplegada por el agente tenga la idoneidad para afectar el bien jurídico o ponerlo en peligro. Este punto ha desatado varios problemas y debates criminológicos, entre otros aspectos, por la expansionismo del derecho penal²², el cual está en una búsqueda constante de criminalizar todos los comportamientos de la sociedad, agrietando el muro de contención del poder punitivo y

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1998.

²⁰ Pavajeau, A. *El principio de la antijuridicidad material*. Ediciones Nueva Jurídica. 2019, p. 103.

²¹ Zaffaroni, E. Sloka, A. Alagia, A. *Derecho penal: parte general*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2000, p. 360.

²² Silva, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas. 2001, p. 25.

habilitando a los agentes del estado a controlar, generar violencia y criminalizar de manera estereotipada a grupos sociales vulnerables.

De esta forma, existe aún una discusión abierta sobre los fundamentos para señalar que una conducta tiene o no interés para el derecho penal, por ejemplo, en el caso de dosis mínima, estableciendo hasta qué punto es posible criminalizar el consumo, teniendo en cuenta que el bien jurídico que se está afectando es su propia integridad personal, y por principio de lesividad, al no existir una afectación real a un bien colectivo, no es posible recriminar; esto es similar al caso de la tentativa de suicidio. Pese a un intento por establecer los requisitos para definir ¿que es relevante o no al derecho penal? la propuesta más coherente que se ha desarrollado es la supraconstitucional a través de la consagración de los principios como el de “derecho penal como ultima ratio, o “derecho penal de mínima intervención”²³.

Así entonces la antijuridicidad desde una perspectiva material solo podrá actualizarse, cuando la conducta tenga relevancia para el derecho penal, y además resulte idónea, evitando activarse como una especie de alarma cuando comportamientos de poca significancia (delitos bagatela) o con poca lesión para el bien jurídico, generen aparentemente una actualización del injusto penal. Los límites entonces, de la antijuridicidad no es el mero formalismo, sino la valoración supraconstitucional, la cual irradia de manera ribosómica por todo el ordenamiento, reconociendo a los principios como los límites en la interceptación de esta categoría.

3.2 Fundamento de lo antijurídico en la violencia de género

Si decimos que la antijuridicidad tiene un fundamento supraconstitucional, es necesario entonces reconocer que en los delitos que se realizan en contra de las mujeres por razones de género, no podemos hablar de que el bien jurídico afectado o puesto en peligro solo es aquel contenido en la parte especial de la regulación penal. Por ejemplo, en la violencia intrafamiliar, no solo se afecta el bien jurídico de la familia, toda vez que este delito tiene una afectación pluriofensiva, lesiona a la integridad personal, el derecho a la tranquilidad, el derecho a no recibir malos tratos, entre otros, por eso, la valoración de antijuridicidad formal y material debe

²³ Al respecto, la propuesta de Ferrajoli parte de una tesis fundamental, y es la protección del más débil, por eso el proceso la intervención mínima aparece como una nueva concepción del ius puniendi, y desde esta perspectiva la antijuridicidad material debe tener como presupuesto una afectación real, concreta y de interés para el derecho penal, la cual se materializa en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de relevancia supraconstitucional. Al respecto: Ferrajoli, L. El derecho penal mínimo. En revista poder y control No 0, Barcelona, PPU, 1986, p. 43.

tener un amplio espectro de disposiciones supraconstitucionales y constitucionales que se encuentran desconocidas por la realización de comportamientos en contra de la mujer²⁴.

Observemos el marco supraconstitucional, constitucional y legal que protege el derecho de las mujeres, el cual se convierte en el fundamento que debe analizarse en sede de antijuridicidad cuando el comportamiento desplegado por el agente es motivado por la violencia de género.

Constitucionalmente encontramos en Colombia el artículo 13, por medio del cual se consagra el principio y derecho a la igualdad, el artículo 43 que reconoce la igualdad de los derechos y oportunidades de las mujeres y los hombres, el artículo 93 donde señala la prevalencia de los tratados internacionales sobre el ordenamiento interno, la Ley 1257 de 2008, por medio del cual se crean medidas para la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres, la Ley 823 de 2003 la cual establece normas sobre la igualdad de oportunidades para las mujeres, Ley 164 de 1994 mediante la cual se aprueba la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*,

En el caso Mexicano Constitucionalmente encontramos el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se prohíbe la discriminación por razón de género, y el artículo 4 que establece la igualdad entre y mujeres, señalando expresamente que el estado garantizará el goce y ejercicio del derecho a la igualdad sustantiva de las mujeres. A nivel legal encontramos la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) – 2007, Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres – 2006.

En el caso Argentino la Constitución Federal consagra en el artículo 16 el principio y derecho de igualdad, del cual se desprende la relación de equivalencia entre hombres y mujeres, y el artículo 74, inciso 22, mediante el cual le da prevalencia constitucional a los tratados internacionales, incluyendo el CEDAW y la Convención de Belém do Pará. Y normativamente está la Ley 26.485 (2009), mediante la cual se busca Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, Ley 23.592 (1988), que buscaba erradicar la discriminación por razones de género, en otras.

Y en común, a nivel internacional se han consagrado las siguientes convenciones, declaraciones, protocolos y pactos, los cuales, en su mayoría han sido adoptados por los países latinoamericanos. A continuación se relacionan:

²⁴ Suarez, Y. Desafíos en la aplicación de la antijuridicidad material en la violencia económica contra las mujeres. VOX JURIS, Lima (Perú) 43 (2): 161-171, 2025.

1. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
5. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
6. Protocolo de San Salvador (1988).
7. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995)

De esta forma, como hemos observado, para el caso de Colombia, México y Argentina, la antijuridicidad material y formal en los casos de violencia de género, tiene unos presupuestos supranormativos que se deben tener en cuenta, porque ante la omisión, el análisis del injusto queda relegado a una simple comisión del delito sin darle un componente y enfoque adecuado.

También es necesario entonces resaltar, que la perspectiva de género se aplica al momento de analizar las causales de justificación. Y es aquí en donde se deben centrar los nuevos debates, porque debemos determinar si los requisitos señalados en la jurisprudencia y la doctrina, y consagrado algunos normativamente, resultan al día de hoy actuales y suficientes si los vemos desde esta nueva perspectiva. Pensemos entonces en el caso de la legítima defensa, donde la relación de fuerza entre hombre y mujer podría por criterios biológicos no ser la misma, teniendo que examinar si es posible la agresión *ex post* y no inminente. En el caso del estado de necesidad, se debe auscultar el grado de vulnerabilidad de las mujeres, porque si bien el derecho penal es estereotipado y persigue grupos vulnerables²⁵, las condiciones de las mujeres es mucho más vulnerable derivado de la estructura patriarcal en la que viven, la cual, dependiendo del contexto puede ser más violenta y discriminatoria que otras.

En este artículo nos centraremos en analizar la legítima defensa desde una perspectiva de género, poniendo en discusión sus requisitos, y mirando algunos casos en concreto para poder identificar la problemática desde un plano casuístico.

3.3. La legítima defensa desde una perspectiva de género.

²⁵ Castañeda, D. *La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida penal. Una revisión del concepto de culpabilidad*. Nuevo Derecho, 21, 2018, p. 33.

Observemos un caso antes de introducirnos en el tema. Judy Norman convivió con su pareja durante 25 años, con el cual procreó varios hijos. Su relación estuvo marcada por una constante violencia doméstica, que cada vez se agravaba mucho más. Además de los insultos y palabras desagradables, el esposo de Judy le pegaba con puños, objetos (como vasos), patadas e incluso le apagaba cigarrillos en su cuerpo. Su marido no trabajaba, la obligaba a prostituirse para que llevara dinero a la casa, y cuando no era suficiente, la agredía y humillaba²⁶.

El día anterior al homicidio, Judy fue golpeada en la calle por su marido, quien fue arrestado porque conducía en estado de embriaguez, y al salir al día siguiente, continuó bebiendo y maltratándola. Ella llamó a los comisarios de policía, pero él negó haberla golpeado, por lo que la policía solo le señaló a Judy que debía poner la denuncia. En ese momento Judy se tomó un frasco entero de pastillas para los nervios, por lo que los paramédicos tuvieron que intervenir para reanimarla, mientras su marido les decía que la deberían dejarla morir²⁷.

Esa noche, su marido se acostó y la mandó a dormir al suelo. Judy buscó un arma, aprovechó que su marido estaba dormido y le disparó causándole la muerte. Por estos hechos fue acusada de asesinato, sin embargo, gracias al testimonio el jurado la absolvió de los cargos de asesinato, pero la condeó por el homicidio voluntario. El abogado de Judy acudió a la Corte de Apelaciones, por lo que el juicio se volvió hacer de nuevo, alegando dentro del mismo la *self-defense* (legítima defensa), pero la Corte la condenó a 6 años de prisión, señalando que no se podían ampliar los requisitos de inmediatez y necesidad de la legítima defensa²⁸.

3.3.1 Análisis del caso de Judy Norman desde los requisitos de la legítima defensa.

El caso de Judy Norman se remonta a 1985, por lo que nos pone un buen antecedente sobre la legítima defensa en situaciones de no confrontación. Antes de empezar acercarnos al problema suscitado en el caso, debemos señalar que el esquema del delito en el sistema anglosajón es diferente al de los países que adoptaron la dogmática Alemán/italiana, sin embargo, en lo que respecta a la legítima defensa, los requisitos parecen ser de cierta manera, algo similares. El primer requisito para la configuración de la legítima defensa es (i) *Imminent Threat*, que se traduce en el peligro inminente, el segundo es (ii) *Reasonable Fear of Harm*

²⁶ Correa, María. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del tirano de la casa*. Editorial Ibañez, p. 39

²⁷ *Ibíd*, p. 40

²⁸ *Ibíd*, p. 41

(miedo razonable) el tercero (iii) *Proportional Response* (proporcionalidad), el cuarto (iv) Duty to retreat (deber de retirarse) y Stand Your Ground (deber de defender la posición)²⁹.

En el caso de Judy se discutía la existencia o no del requisito primero, esto es, el peligro inminente, porque al estar su esposo dormido, según señaló en aquel momento el juicio, no podía predicarse que la agresión era resultado de una agresión actual. Esto sin embargo, ocurrió en una época en donde la perspectiva de género no tenía resonancia en los Estados Unidos, ni tampoco se aplicaba el enfoque de género por parte del jurado y los jueces.

¿Cómo deberíamos resolver este caso el día de hoy?, afirmamos unos párrafos más arriba que tanto la antijuridicidad como valoración negativa como las causales de justificación, debe fundamentarse e interpretarse bajo la óptica supraconstitucional, y es justamente en el marco de este presupuesto que la legítima defensa debe replantearse en cuanto a sus requisitos reconocidos históricamente.

En el caso de Judy, no hay duda sobre el peligro inminente que tenía derivado del maltrato sistemático al que estaba sometida por parte de su pareja, igual podemos decir de la proporcionalidad, en el sentido de que si usaba solo los golpes, era muy probable que al despertar, el marido la hubiera golpeado hasta asesinarla. Sobre el requisito de *retiro*, se logró evidenciar que una vez ella mata al agresor, se puso a disposición de las autoridades y sobre el requisito de stand your ground, ella tenía la legitimidad y actuó buscando proteger su integridad derivado de una violencia consecucional y sistemática.

Esta postura se mantendría si examinamos el caso bajo los requisitos de la legítima defensa como está consagrada en México³⁰, Colombia³¹ y Argentina³², esto es, agresión actual e injusta, que no sea evitable, que no exista otro medio diferente para repeler y sea proporcional³³. El requisito entonces que está en discusión es la *inmediatez de la agresión*.

Este requisito ha sido reconocido por la dogmática casi que unánimemente, y predica que no se puede sostener la existencia de la causal cuando el agredido tiempo después

²⁹ Patiño, E. *La legítima defensa y el self defense. Una aproximación desde el derecho comparado*. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. 2021, pp. 15 y siguientes.

³⁰ Código Penal Federal. Artículo 15, numeral 4 que señala: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende

³¹ Código Penal Colombia, Ley 599 de 2000, artículo 32, numeral 6 que señala Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea.

³² Código Penal de la Nación Argentina. Artículo 34, inciso 6 que consagra “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

³³ Monroy, W. Causales de exclusión de antijuridicidad. En: *lecciones de derecho penal. Parte general*. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2011, p. 376.

reacciona, por lo que la reacción debe ser inmediata³⁴, esto es, la respuesta ante una situación en que pone en riesgo el bien jurídico debe ser, en términos de tiempo, al instante.

Este requisito ha sido reiterado en la jurisprudencia de las Altas Cortes en varios países que adoptaron el finalismo como corriente para regular los códigos penales en América Latina, sin embargo, en los últimos años hemos venido asistiendo a un cambio de paradigma judicial, porque el enfoque de género como método para llevar a la práctica los modelos de la perspectiva de género, han permitido que a nivel sustancial, se logre darle un alcance interpretativo a las categorías dogmática y sus elementos, y en sede procesal, se permite reinterpretar los estándares de la prueba y su valoración³⁵.

Recientemente Jesus Silva en su tratado de derecho penal identifica este problema cuando trata la legítima defensa, señalando que doctrinalmente hay cuatro eventos en donde se debate la existencia o no de la agresión permanente, (i) en lo que respecta a los delitos de carácter permanentes y continuos como las detenciones ilegales, el segundo (ii) en los delitos permanentes continuos o discontinuos como los de peligro abstracto, en tercer lugar (iii) la permanencia sui generis (en el cual se enmarca el tirano doméstico) y finalmente (iv) los agresivos persistentes³⁶.

Sin embargo, para Silva el elemento más cuestionado es el que atañe a la muerte del tirano de la casa, según el cual, lo que se intenta es hacer una extensión del concepto de actualidad de la agresión. Se aparta este autor de la tesis planteada desde las teorías feministas, porque en su criterio se estaría privando el concepto de actualidad de su connotación temporal, *“perdiendo su autonomía y pasando a depender del requisito de la necesidad racional de defenderse”*³⁷.

Bajo esta óptica, la figura de la legítima defensa perdería su axiología, y podría encauzar en toda conducta que busca razonablemente defenderse, por eso, para Silva debe acogerse lo tesis de la doctrina mayoritaria, la cual señala que debe tratarse estas situaciones cuando no existe confrontación, desde el miedo insuperable como causal de exoneración de responsabilidad o atenuante punitivo³⁸.

Sin embargo, nuestra postura se verá en el título final, la cual desde ya anunciamos respeta tanto lo que señala la doctrina como también reconoce los postulados de las teorías

³⁴ Ibid, p. 377.

³⁵ Ureña, L. *Inclusión del enfoque de género durante la persecución penal en relación con casos de violencia de género: principales hallazgos y tensiones*. Universidad de los Andes. Bogotá, DC. 2022.

³⁶ Silva, Jesus. *Derecho Penal: Parte General*. Editorial Civitas. 2025, p. 1423.

³⁷ Ibid, p. 1424.

³⁸ Ibid, p. 1425.

feministas, que como se verá, para ciertos casos resulta obligatoria la re interpretación de los elementos de las categorías del esquema del delito.

IV. Legítima defensa ex post ¿necesidad de una agresión actual e inminente en la muerte del tirano doméstico?

No queríamos dejar inconclusa nuestra postura sobre el caso de Judy, bajo nuestra visión y teniendo como base una idea de la teoría del delito como fuente inherente supraconstitucional, consideramos que en el caso de Judy si se encontró justificada la legítima defensa, lo anterior por las siguientes consideraciones, que a la vez será sub requisitos para procedencia de la causal como se verá más adelante:

1. Existencia de un patrón sistemático de violencia: Judy estuvo durante 25 años expuesta a una violencia doméstica severa y radical, que generó en ella trauma psicológico, que consistía en un temor recurrente a que su pareja la agrediera y la amenazara. Su vida fluctuó entre golpizas, malos tratos, monotonía y humillación, lo cual, de una u otra forma generó una dependencia hacía su agresor, pero que con el paso del tiempo estalló, y su única solución era: matar al dictador de la casa.

2. Inexistencia de otro medio alternativo para proteger su vida y la de su familia. Pese a que Judy trató de denunciar a su agresor, y llamar en varias ocasiones a la policía, la ineficacia de estas medidas hicieron que Judy pierda confianza en las instituciones. Incluso, según se relata, en alguna ocasión trató que ella y su pareja fueran a terapia, pero su agresor no sólo desautorizó esta propuesta, su reacción fue la violencia física en contra de ella.

3. La muerte como única vía para culminar la agresión persistente: Judy sabía que la única alternativa para salvar y proteger su vida como bien jurídico, era matar a su pareja, porque de fallar en su intento era justamente ella la que probablemente iba a morir, por este motivo, las posibilidades estaban reducidas y el camino era solo: matar al agresor.

4. Los hechos previos como determinantes y concomitantes para mantener la permanencia de la agresión injusta: como se pudo observar, justo la noche anterior Judy había sido agredida por su pareja, ella incluso intentó sobremedicarse con pastillas dentro de su desespero, recibiendo en el momento que los paramédicos la reanimaba, insultos y frases como

“déjenla morir”. Los hechos previos son relevantes al momento de determinar la preexistencia de una agresión permanente, porque la posibilidad de agresión es inminente una vez el agresor recupere la consciencia, o incluso, apenas deje la posición desprevenida.

5. La tolerancia, el contexto y el medio como determinantes para la impunidad del agresor: un aspecto que debe valorarse en este caso, a pesar de que se desarrolló en 1985, era la pasividad por parte de las autoridades, y el contexto predilecto para que el agresor gozara de impunidad. Esto se presenta frecuentemente en países con déficit en la distribución económica y conflictos armados o políticos, el grado de vulnerabilidad por parte de la mujer es mayor, y la posibilidad de tener respuesta favorable por parte del Estado suele ser casi nula³⁹.

A las anteriores reflexiones, se puede añadir que existía una necesidad defensiva por parte de Judy, derivado de una constante agresión que podría de un momento a otro poner en riesgo su vida, además, es claro que la motivación era defenderse, evitando de esta forma que su marido despertara y volviera de manera agresiva atacarla.

La profesora Maria Camila Correa, contraria a la postura de Silva, propone una postura a favor del reconocimiento de la legítima defensa en situaciones de no confrontación, para ello elabora los requisitos de la legítima defensa pero enfatizando en la *agresión inmediata* y la *necesidad* de producir la muerte al agresor. En síntesis estos son los dos requisitos que formula la autora para que se pueda reconocer esta causal de justificación:

1. Agresión actual e ilegítima. La ilegitimidad de la agresión se desprende del maltrato físico y psíquico en contra de la mujer, la cual no solo afecta en algunas ocasiones la integridad personal y pone en riesgo la vida, si no que a veces el daño se extiende y se afecta la libertad sexual e individual.

La actualidad de la agresión se justifica en el sentido de que la mujer tiranizada está en una *agresión continua*, por lo que cabe una acción defensiva en cualquier momento antes de que siga lesionando el bien jurídico (o bienes jurídicos). Según la autora, las agresiones sistematizadas generan una situación de peligro latente, es decir, en primer lugar hay agresiones o ataques que inician y terminan de manera inmediata, pero también, existe un peligro constante para los bienes jurídicos por la reiteración de estas conductas⁴⁰.

³⁹ Véase al respecto: Osorio, E. Ayala, E. Urbina, J. *La mujer como víctima del conflicto armado en Colombia*. Revista Academia & Derecho, Año 9, N° 16, 2018, p. 52

⁴⁰ Correa, Maria. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del tirano de la casa*. Editorial Ibañez, p. 308.

2. Necesidad de una acción defensiva: algunas críticas que se suscitan sobre la configuración de esta causal, es que la mujer tiranizada tiene otra vías tanto judiciales como personales, sin embargo, dentro de un escenario de violencia sistemática, existen unos barrotes invisibles como señala la autora, que generan que esas alternativas no solo se vuelvan insuficientes, si no también inviables. La mujer en un escenario de violencia se encuentra poseída por el miedo⁴¹.

Los demás requisitos serían la *falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende*, el cual sería difícil que no se configure cuando existe una violencia sistemática de género, justamente por una característica de este tipo de violencia es la subordinación de la mujer por parte del hombre. El otro requisito es el *ánimo de defensa*⁴², que como vimos en el caso de Judy Norman, se encuentra demostrado porque su intención no es otra que culminar y dejar de postergar una posible muerte anunciada.

V. Nuestra postura a manera de conclusión.

Hemos observado que el fundamento hoy en día de la teoría del delito es supraconstitucional, y obedece a un diálogo entre los nuevos paradigmas que emergen de la lucha por una sociedad más igualitaria, y que son conocidos y reiterados por las Altas Cortes en sus decisiones judiciales. Por eso, la perspectiva de género es necesaria para interpretar y fijar los alcances de las categorías dogmáticas y sus elementos, y la legítima defensa es una institución predilecta para generar ese diálogo epistémico constitucional.

Bajo este contexto inicial, podemos señalar que compartimos en parte la postura de la profesora Correa, en el sentido de que en el escenario de la violencia doméstica los bienes jurídicos de la mujer tiranizada se encuentran en un peligro latente, por lo que la respuesta a la agresión tiene justamente como fin evitar la concreción material e inminente de ese peligro. Sin embargo, en lo que respecta a la *necesidad*, no puede predicarse que la muerte es la única posibilidad *per se* para poner fin al riesgo inminente de ser lesionado. Para ello deberá tenerse en cuenta los sub requisitos que habíamos resaltado en el caso de Judy Norman, esto es:

1. *Inexistencia de otro medio alternativo para proteger su vida y la de su familia.*
2. *La muerte como única vía para culminar la agresión persistente.*

⁴¹ *Ibíd*, p. 309.

⁴² *Ibíd*, p. 329.

3. *La tolerancia, el contexto y el medio como determinantes para la impunidad del agresor.*

Respecto del primero y segundo podemos agruparlas en un solo sub criterio, y hace referencia a que la mujer tiranizada, dentro del contexto de violencia, se ha visto totalmente coartada por el miedo, que por más que intente buscar la ayuda de su familia, las autoridades, estas medidas resultan insuficientes, bien sea por el rol del agresor (criminal, manipulador, posición de dominación económica, entre otros) o las amenazas realizadas por el tirano. De ahí entonces que la única salida a este calvario sea la muerte. En estos contextos es posible observar que la necesidad de la muerte se encuentra justificada por el estado en que vive y el nivel de la estructura de la dominación. Como segundo sub requisito, deberá también tenerse en cuenta el medio en el cual conviven, porque sin duda, en países como Colombia o Argentina donde existe una desatada violencia y problemas de distribución económica, el hombre agresor tiene más facilidad para perpetuar su impunidad, un ejemplo de ello se puede observar en comunidades indígenas o campesinas alejadas del centro del país, una muestra de ello lo encontramos en el estudio del año 2024, donde se observó que en los cinco primeros meses de la año anterior, la violencia de género en Colombia aumentó en un 36%, y los departamentos con mayor número de atenciones era Bolívar, seguido de Antioquia y Norte de Santander⁴³, territorios donde suele haber presencia de grupos armados, y además, culturalmente tienen una cultura patriarcal. Así entonces, este criterio será necesario para analizar la procedencia de la causal de justificación

EXCURSOS: La legítima defensa desde la perspectiva de género para otros escenarios. Al principio señalamos tres casos donde se identificaron los siguientes problemas (i) la proporcionalidad como requisito de la legítima defensa en el caso de Roxana (ii) la legítima defensa en situaciones de agresión sexual sistemática y (iii) la legítima defensa sin confrontación dentro de la violencia domestica. Miremos una muy pequeña solución de los dos primeros casos, ya que sobre el último lo tratamos en el caso de Judy Norman.

(i) La proporcionalidad como requisito de la legítima defensa en el caso de Roxana.

⁴³ Al respecto mirar el siguiente estudio: <https://www.swissinfo.ch/spa/la-violencia-de-g%C3%A9nero-aument%C3%B3-un-36-%25-en-colombia-en-los-primeros-cinco-meses-de-2024/81281464#:~:text=Los%20cinco%20departamentos%20donde%20se,%2D%20y%20Cundinamarca%20%2D258%2D>.

En el caso de Roxana, la agresión fue inminente, y la muerte del agresor se produce en el desarrollo del forcejeo, sin embargo, se discute la proporcionalidad, porque posterior al golpe que recibe en la cabeza Sinaí, está lo sigue golpeando y agrediendo. De manera muy respetuosa consideramos que la proporcionalidad en desarrollo de una violencia de género debe examinarse de manera más flexible, entre otros aspectos, porque tratándose de delitos que afectan la integridad personal o la libertad sexual, la reacción esperada no puede ser siempre recíproca, no solo por la diferencia biológica, sino también por el impacto psicológico de las víctimas. Roxana atacó a Sinaí derivado de un escenario violento, donde además de ser violada, el agresor quería seguir perpetrando el delito, y no es posible exigir una mesura en la respuesta a la agresión, es necesario valorar esos hechos y la figura con un enfoque de género, máxime cuando el contexto donde se suscitaron los hechos está identificado por ser propicio para que estas conductas se realicen con frecuencia.

(ii) La legítima defensa en situaciones de agresión sexual sistemática: caso Virgelina Aguiar.

Este caso lo tomamos por dos situaciones en especial, la primera porque es la única decisión de una Alta Corte que hasta ahora se pronuncia sobre la legítima defensa con enfoque de género, pese a que la valoración que realiza la Corte Constitucional en la decisión es profunda, lo interesante será la decisión que deberá proferir el Tribunal Superior, el cual está obligado aplicar enfoque de género en su decisión, y resolver si absuelve o atenúa la pena a Virgelina. Y la segunda razón, porque la legítima defensa en situación de no confrontación solo se ha observado en los casos de violencia domestica, pero no se ha señalado la procedencia de la causal de justificación cuando se presentan casos de acoso sexual sistemático, el cual se acompaña de violencia vicaria. Lo interesante de este caso en particular es justamente lo segundo, porque Virgelina aprovechó un descuido del abusador para proporcionarle la muerte, en un contexto donde había sido amenazada con un cuchillo y se le había negado el derecho a ver a sus hijos. Sin embargo, si bien el caso debe analizarse con perspectiva de género, consideramos que no se cumplen los requisitos de la legítima defensa, por ausencia del elemento de la inmediatez, pero más allá de ello, no se configura el requisito de necesidad.

Por las circunstancias de los hechos, este caso podría solucionarse en sede de culpabilidad por la existencia de un miedo insuperable, entre otras razones, porque la persona acababa de ser violada, es decir, su libertad sexual estaba completamente vulnerada, sumado a

ello a la posición de subordinación que tenía respecto del agresor, y en tercer lugar el miedo de no poder ver a sus hijos. Sobre si es vencible o invencible ya será un aspecto propio que se deberá analizar conforme a las pruebas obrantes dentro del proceso.

VI. Referencias bibliográficas

- Álvarez, S. El consentimiento sexual afirmativo y los estándares probatorios. *Revista Jueces y Jueces para la Democracia*, 2022.
- Alzate, L. Vallejo, J. Femicidio y estado de ira e intenso dolor: ¿categorías compatibles o conceptos excluyentes?. Universidad EAFIT, Cali, Colombia. 2016
- Butler, J. *Gender Trouble. (Feminism and the Subversion of Identity)*, Nueva York: Routledge, 1992.
- Castañeda, D. La culpabilidad por la vulnerabilidad como medida penal. Una revisión del concepto de culpabilidad. *Nuevo Derecho*. (21). 2018.
- Correa, Maria. Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del tirano de la casa. Editorial Ibañez.
- Curátolo, Sofía. Teoría del delito. Parte Especial y criminología latinoamericana y feminista. Ediciones Llanes Ediciones, Buenos Aires, Argentina. 2025.
- Ferrajoli, L. El derecho penal mínimo. En revista poder y control No 0, Barcelona, PPU, 1986
- Gonzalez, Jairo. La ira e intenso dolor. Atenuante o eximente de responsabilidad según halla necesidad pena. Universidad de los Andes, Colombia. 2005.
- Patiño, E. La legítima defensa y el self defense. Una aproximación desde el derecho comparado. Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. 2021
- Pavajeau, A. Fundamentos liberales y sociales del derecho penal. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. 2018.
- Pavajeau, A. El principio de la antijuridicidad material. Ediciones Nueva Jurídica. 2019
- Monroy, W. Causales de exclusión de antijuridicidad. En: lecciones de derecho penal. Parte general. Editorial Universidad Externado de Colombia. 2011
- Mir Pug, Santiago. Derecho penal parte general. Décima Edición. Editorial IB de F, 2018.
- Osborne, R. Molina, P. Evolución del concepto de género (Selección de textos de Beauvoir, Millet, Rubin y Butler) *EMPIRIA*. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales, núm. 15, enero-junio, 2008.
- Osorio, E. Ayala, E, Urbina, J. La mujer como víctima del conflicto armado en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, Año 9, N° 16, 2018

- Silva, Jesús. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editorial Civitas. 2001.
- Silva, Jesus. Derecho Penal: Parte General. Editorial Civitas. 2025.
- Suarez, Y. Desafíos en la aplicación de la antijuridicidad material en la violencia económica contra las mujeres. VOX JURIS, Lima (Perú) 43 (2): 161-171, 2025.
- Subijana Zunzunegui, I. J. La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 2023. 4: 114-137 <https://doi.org/10.47984/legal.2023.006>
- Ureña, L. Inclusión del enfoque de género durante la persecución penal en relación con casos de violencia de género: principales hallazgos y tensiones. Universidad de los Andes. Bogotá, DC. 2022.
- Zaffaroni, E. Sloka, A. Alagia, A. Derecho penal: parte general. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 2000.
- Zaffaroni, Eugenio. Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo I. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina. 1998