



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**“LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES SIN CONFRONTACIÓN: LA
MUERTE DEL TIRANO DE CASA”**

MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ

DIRECTOR: PROF. DR.D. FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ.

MADRID, 2016.

*A Claudia Flórez Tovar, Inés Tovar Parra
y Lucila Parra de Tovar (in memoriam).*

*“Así, sabio como te has vuelto, con tanta experiencia,
entenderás ya qué significan las Itacas.”
Itaca – C. Cavafis.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	1
ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA.	8
PRIMERA PARTE: APUNTES INICIALES.	13
CAPÍTULO ÚNICO: EL CASO MODELO.	13
I.1. Los casos base.	13
A.). El caso de Judy Norman – Estados Unidos .	13
B.) El caso de Victoria – España.	16
C.). El <i>Haustyrannen-Fall</i> – Alemania.	17
I.2. Aspectos comunes a los tres casos.	21
A.) El agresor.	21
B.) Las agresiones.	24
C.). Inexistencia de posibilidades de salvación por otras vías.	26
D.) Relación de tiranía privada.	27
E.) El medio de defensa utilizado.	31
I.3. Caso modelo.	32
SEGUNDA PARTE: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LAS DIFERETNES SOLUCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES	35
INTRODUCCIÓN.	35

EXCURSO: El Síndrome de la mujer maltratada (<i>Battered Woman Syndrome - BWS</i>).	40
---	----

CAPÍTULO PRIMERO:

LAS SOLUCIONES EN SEDE DE JUSTIFICACIÓN	43
I.1. La legítima defensa del Derecho continental.	43
- No aplicar la legítima defensa en estos casos constituye una aplicación masculina del derecho penal: La posición de <i>Larrauri</i> .	54
I.2. La <i>self-defense</i> en el Derecho anglo norteamericano y el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación.	61
A.). <i>Self – Defense</i> .	61
a.). Críticas al estándar del <i>hombre razonable</i> y la solución de las aproximaciones individualizadoras como criterios para establecer la creencia razonable.	112
b) La creencia razonable errada y su relación con el error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa (legítima defensa putativa).	152
c.) La legítima defensa putativa: Solución a caballo entre la justificación y la ausencia de culpabilidad: La posición de Muñoz Conde. (Teoría estricta de la culpabilidad).	155
I.3. Estado de necesidad defensivo.	159

CAPÍTULO SEGUNDO: SOLUCIONES EN SEDE DE EXCLUSIÓN DE CULPABILIDAD.

II. 1. Estado de necesidad exculpante (§35.1 StGB) y el error sobre las circunstancias del estado de necesidad exculpante (§35.2 StGB): Las soluciones de la jurisprudencia alemana.	169
EXCURSO: Breve análisis crítico de la Sentencias del LG de Offenburg del 24.07. 2002 y del BGH del 23. 03. 2003 – <i>Hautyrannen- Fall</i> .	184
II. 2. Miedo insuperable: La solución de la doctrina y la jurisprudencia españolas.	187

II.3. <i>Duress</i> : La propuesta de Dressler.	205
- Sección común a los apartados anteriores: Relación entre el miedo insuperable y la <i>duress</i> .	213
II. 4. La Self-Defense como excusa: Las propuestas de Catheryn Rosen y Claire Finkelstein.	216

CAPÍTULO TERCERO:

SOLUCIONES EN SEDE DE CIRCUSTANCIAS DE ATENUACIÓN DE LA PENA.

III. 1. La atenuante de <i>Provocation</i> en el Derecho anglo norteamericano.	221
- Relación con la atenuante de “arrebato, obcecación y otro estado pasional de entidad semejante”. (Art. 21.3 CPe.) y el §213.1 del StGB	250
a.) Arrebato, obcecación u otros estados pasionales similares. Art. 21. · CPe.	251
b.) §213.1 del StGB.	256
c.) Relación	258
III. 2. La teoría de la corrección restrictiva negativa del tipo en Alemania. (<i>Die Lehre von die Negativen Typenkorrektur</i>).	262

CONCLUSIONES INTERMEDIAS.

TERCERA PARTE: APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS CASOS DE LA MUERTE DEL TIRANO DE CASA EN SITUACIONES DONDE NO HAY CONFRONTACIÓN.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

I.1. Naturaleza jurídica y fundamentos de la legítima defensa	285
---	-----

A.). Fundamento individual – <i>Shutzprinzip</i> .	286
B.). Fundamento supraindividual - <i>Rechtsbewährungsprinzip</i> .	288
C). Las teorías monistas.	289
D.) La tesis del doble fundamento.	291
I.2. Elementos de la legítima defensa.	294
A.) La agresión: actual e ilegítima.	294
a.) Legítima defensa contra agresiones omisivas.	297
B.) Necesidad de la acción defensiva	309
C.) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.	317
D.) Aspecto subjetivo: La voluntad de defenderse.	320
I.3. Restricciones ético- sociales a la legítima defensa: Especial referencia a las agresiones en el marco de las relaciones de pareja.	324
A.) Especial referencia a las agresiones en el marco de las relaciones de pareja: Limitando las restricciones.	328

CAPÍTULO SEGUNDO: APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS CASOS DE MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO EN SITUACIONES DONDE NO HAY CONFRONTACIÓN: PROPUESTA PERSONAL. 335

II.1. Recapitulación de los argumentos en contra de la aplicación de la legítima defensa en los casos de muerte del tirano doméstico en situaciones sin confrontación.	335
II. 2. Modelo de aplicación: propuesta personal.	337
A.) La agresión: actual e ilegítima.	337
a.) La agresión ilegítima.	337
b.) La actualidad de la agresión.	352
B.) Necesidad de la acción defensiva.	357
C.) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.	377
D.) El elemento subjetivo: ánimo de defensa.	378
E.) Recapitulación: adelantando conclusiones.	379

EXCURSO: Breve referencia a la (no) configuración de la alevosía en estos casos.	381
CAPÍTULO TERCERO: APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA - LA TEORÍA PUESTA A PRUEBA.	387
III. 1. Aplicación de la teoría propuesta.	387
A.) Requisitos para la aplicación de la teoría.	387
B.) Alternativa de solución en los casos en los que no se configuran los requisitos.	388
a.). Ausencia de requisitos circunstanciales.	388
b.) Ausencia de requisitos esenciales.	389
CONCLUSIONES FINALES.	393
BIBLIOGRAFIA	405

TABLA DE ABREVIATURAS

AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
Aufl.	<i>Auflage</i> . (Edición).
A.T.	<i>Allgemeiner Teil</i> . (Parte general)
BGH.	<i>Bundesgerichtshof</i> . (Tribunal Federal alemán).
BGB.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . (Código Civil alemán).
B.T.	<i>Besonderer Teil</i> . (Parte especial)
BVerfG.	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BWS.	<i>Battered Women Syndrome</i>
CDPC	Cuadernos de política criminal.
CEDH.	Convención europea de Derechos Humanos.
Cfr.	Confróntese.
Comp.	Compilador(a).
Coord.	Coordinador(a)/Coordinadores.
Comps.	Compiladores.
CPCol.	Código Penal colombiano.
CPe.	Código Penal español.
Dir.	Director(a)/ Directores
DSM.	<i>Diagnostic and Statistical Manual of Mental disorders</i> .
DP. PG.	Derecho Penal. Parte General.
Ed. (s)	Editor/Editores
Edic.	Edición.
EE.UU	Estados Unidos.
Fasc.	Fascículo.
FS.	<i>Festschrift</i> .

GA.	<i>Goltdammer's Archiv für Strafrecht.</i>
GdS.	<i>Gedächtnisschrift.</i>
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	<i>Juristische Rundschau</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>
JURA	<i>Jura juristische Ausbildung</i>
KritV	<i>Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft</i>
LG.	<i>Landgericht.</i>
L. Rev.	<i>Law Review.</i>
LK.	<i>Leipziger Kommentar StGB.</i>
MPC	<i>Model Penal Code</i>
NJW.	<i>Neue juristische Wochenschrift</i>
N.m.	Número marginal.
NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i>
NK.	<i>Nomos Kommentar. StGB.</i>
MüKo.	<i>Münchener Kommentar.</i>
OLG.	<i>Oberlandesgericht</i>
RECPC.	Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
RDPC.	Revista de Derecho Penal y Criminología.
RGLJ.	Revista general de legislación y jurisprudencia.
RJUAM.	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.
StGB.	Strafgesetzbuch. (Código penal alemán).
SMM.	Síndrome de la mujer maltratada.
STSe.	Sentencia del Tribunal Supremo español.
StV.	<i>Strafverteidiger.</i>
SK- StGB.	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.
Trad.(s)	Traductor(a)/Traductores.
TEPT.	Trastorno de estrés post traumático.
TSe.	Tribunal Supremo.
TSJ.	Tribunal Superior de Justicia.

<i>Vid.</i>	<i>Véase.</i>
<i>ZIS.</i>	<i>Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.</i>
<i>ZRP.</i>	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
<i>ZStW.</i>	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>

INTRODUCCIÓN.

*“Manchmal ist es nur der
Zufall, der einen Menschen zum
Täter oder zum Opfer werden lässt.”*

Aquél que mata a otro para defenderse a sí mismo o a un tercero actúa de manera no contraria a derecho si la agresión de la que es víctima es actual y su reacción defensiva es racionalmente necesaria, no ha provocado el ataque en su contra y lo mueve un ánimo defensivo. Esta afirmación es el contenido de la legítima defensa. A simple vista parece sencillo evaluar cuándo esta figura cubre la conducta de una persona y cuándo no lo hace. Pero, como en todo, hay situaciones grises, difusas, hay casos en los que la configuración de la legítima defensa no se establece en el primer nivel de análisis, sino después de un examen profundo de las circunstancias concretas en las que tienen lugar los hechos.

Este es el caso de las mujeres tiranizadas que matan a sus parejas-agresoras en situaciones donde no hay confrontación. Por un lado, ellas cometen un acto típico de matar que, dependiendo de las diferentes regulaciones penales de los países, va a encajar dentro del tipo penal de homicidio agravado, asesinato, parricidio etc. Además de lo anterior, por la situación en la que se encuentra el agresor en el momento de su muerte (dormido, borracho, desprevenido), se dice que concurre la alevosía, lo que va a influir en la calificación de la conducta punible de la mujer y, como es evidente, en la pena que se le va a imponer. Pero por el otro lado, la actuación de estas mujeres se enmarca en un contexto de violencia reiterada en su contra y está dirigida a defenderse a sí mismas. Y en este punto hilamos con el problema objeto del presente trabajo: por más que la acción de la mujer es un acto claro de defensa, el supuesto de hecho parece

difícil de encajar dentro de la eximente de responsabilidad penal que, precisamente, permite matar a otro para defenderse: la legítima defensa. En primer lugar se alega que no se está en sede de una ataque actual, porque el agresor está, por ejemplo, dormido. Es decir, porque en el momento en que la mujer ejerce la acción defensiva no hay una confrontación, lo que parece fundamentar una idea, a nuestro juicio errada, de que no puede haber agresiones sin confrontación. Y en segundo lugar, se argumenta que, así la agresión sea actual, la acción defensiva de la mujer no es necesaria porque ésta puede recurrir a otros medios para defenderse (ayuda estatal, ayuda de terceros, irse de su casa).

Como se verá en las páginas siguientes, hay una negativa casi unánime (en la doctrina y en la jurisprudencia) respecto a considerar que se pueda configurar una legítima defensa en este tipo de supuestos de hecho. Sin embargo, también hay un acuerdo unánime en que no parece *justo* que estas mujeres deban recibir el mismo trato jurídico penal que reciben aquellos que matan a otro en situaciones donde su vida no corre riesgo y no están actuando para defenderse a sí mismos o a otros. Es este sentido se alega que impedirles a las mujeres reaccionar, por vía del castigo penal, implica condenarlas a ser víctimas de una nueva agresión que puede terminar en su muerte. De igual manera, no parece lógico que condenemos a la víctima, por defenderse de su agresor¹.

Esta sensación de injusticia que genera la idea de condenar a la mujer se pone de manifiesto, por ejemplo, en el indulto parcial concedido el pasado 31 de enero de 2016 por el gobierno francés a Jacqueline Sauvage quien mató a su marido tras 47 años de malos tratos en su contra y en contra de sus hijos. La concesión del indulto parcial se fundamentó en que la situación de Sauvage era

¹ Al respecto Cfr.: **DRESSLER**, Joshua. "Battered Women and sleeping abusers: Some reflections.". En: Ohio State Journal of Criminal Law. Vol 3. 2006. p. 457. Este autor anota que cuando plantea esta situación en clase la mayoría de los estudiantes opinan que la muerte del tirano de casa es moralmente justificable.

una “situación humana excepcional”². En la misma línea se encuentra la decisión del Tribunal Popular Supremo de China de 2014 de anular la pena de muerte que le había sido impuesta a Yi Lan por matar a su marido, tras meses de malos tratos en su contra³.

De igual manera, se han hecho innumerables esfuerzos doctrinales por hallar una solución, diferente a la legítima defensa, para exonerar o reducirle la pena a estas mujeres⁴. Todas estas soluciones, aunque loables, parecen ser el resultado de un análisis equivocado de las circunstancias y el contexto en el que tienen lugar los hechos, lo que evidencia una posible interpretación errada de la legítima defensa, como figura dogmática y quizás, una aplicación masculina de esta causa de ausencia de responsabilidad. Por ello, la finalidad principal de este trabajo es poner de manifiesto cómo, haciendo una correcta interpretación de los requisitos de configuración de la legítima defensa, es posible aplicarla a algunos casos de mujeres maltratadas que, en el marco de una situación personal devastadora, matan a sus agresores en momentos donde no hay confrontación.

Pero si bien esta es la finalidad última de nuestra investigación, no es la única. Con este trabajo también pretendemos poner de manifiesto la utilidad de un análisis dogmático correcto para solucionar una problemática social. A través del análisis de la legítima defensa y su posible aplicación en estos casos, se va a evidenciar cómo la dogmática es una herramienta que puede ayudar a disminuir la brecha de desigualdad cuando se la pone al servicio de los

² La mujer había sido condenada a una pena de 10 años de prisión. A través del indulto parcial, ésta se redujo a 28 meses, lo que le permitió solicitar la libertad condicional. *Vid.*: Comunicado de prensa del Presidente Hollande. Consultado en línea en: <http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/jacqueline-sauvage/>

³ *Vid.*: “Anulan pena de muerte a mujer que mató a su marido tras meses de maltrato”. En: Periódico El Espectador. Junio 24 de 2014. Consultado en línea en: <http://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/anulan-pena-de-muerte-una-mujer-mato-su-marido-tras-mes-articulo-500137>

⁴ *Vid.*: *Infra*. Segunda Parte.

colectivos históricamente discriminados, materializando la idea de Gimbernat, referente a que un correcto desarrollo dogmático evita una aplicación caótica, anárquica, y nosotros agregaríamos, inequitativa e injusta, del derecho⁵.

Por último, la presente investigación busca ser una llamada, o mejor, un grito de auxilio que haga visible la situación de desesperación y desprotección en la que se encuentran las mujeres maltratadas, que es el resultado de una desigualdad estructural en la que históricamente se encuentran las mujeres, con respecto a los hombres. Aunque existentes, las medidas estatales para proteger a las mujeres maltratadas no son suficientes y, además, aún existen hombres que sintiéndose en una situación de superioridad con respecto a la mujer, buscan, a través de la violencia, la dominación y sumisión de ésta, a pesar de los esfuerzos que se han venido haciendo para cambiar esta mentalidad. Estamos convencidos de que con medidas estatales útiles, pero, sobre todo, con un cambio en la mentalidad colectiva, se pueden evitar situaciones de maltrato y de tiranía que, a su vez, evitarían que las mujeres reaccionaran matando a sus agresores, haciendo innecesaria nuestra teoría. Y esto es precisamente lo que esperamos que suceda con este trabajo: que, gracias a la consciencia que espera generar, se quede obsoleto muy pronto.

Para lograr todo esto, partimos de un supuesto de hecho muy concreto, porque no pretendemos – en ningún momento – justificar , a través de la figura de la legítima defensa, todas las situaciones de violencia doméstica en la que el desenlace fatal es la muerte del agresor a manos de la agredida, cuando no hay una situación de confrontación. No nos ocuparemos entonces de los casos de violencia doméstica donde la mujer agrede o mata a su agresor “en el calor de la discusión”, porque consideramos que éstos encajan fácilmente en supuestos

⁵ **GIMBERNAT ORDEIG**, Enrique. “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”. En: *Estudios de derecho penal*. 3 Edic. Tecnos. Madrid. 1990. p. 158.

de legítima defensa y, por tanto, no representan un problema a la hora de eximir a la mujer víctima⁶.

⁶ Así por ejemplo: *Vid.*: STSe. del 9 de julio de 1997 Roj: 4891/1997. En este caso el tribunal reconoce la legítima defensa en una situación donde hay confrontación. La acusada era constantemente maltratada por su pareja, de la cual dependía económicamente, y quien la tenía absolutamente aislada al no permitirle tratarse con su familia. El día que tuvieron lugar los hechos, el marido de la acusada estaba ebrio, la insultó y la amenazó de muerte. Según los propios hechos de la sentencia, ello le infundió a la acusada un “especial temor , por la gran agresividad que presentaba Bartolomé.”. Durante la discusión, Bartolomé sacó un revolver con el cual amenazó a la acusada quien “presa del pánico, arrebató a su marido [el arma], y sin solución de continuidad disparó sobre él, en el interior del salón-comedor y como el mismo avanzaba hacia ella siguió disparando.”. La acusada efectuó cinco disparos de los cuales cuatro alcanzaron a Bartolomé, produciéndole la muerte. La acusada abandonó el domicilio y se dirigió a la comisaria donde contó lo sucedido. La Audiencia Provincial de Barcelona la condenó a ocho años de prisión por un delito de homicidio con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, la circunstancia atenuante de arrepentimiento espontáneo y la eximente incompleta de trastorno mental transitorio. Se negó la concurrencia de la eximente de legítima defensa porque, para la Audiencia, “la agresión ilegítima se dio al comienzo de los hechos, pero desapareció desde el momento en que la procesada tuvo el arma en su poder.”. A lo anterior responde el TSe. que la agresión no es sólo el acto material o físico, sino también se extiende a situaciones de amenaza, peligros inminentes o riesgos y procede a hacer un análisis de la existencia de la agresión en este caso, concluyendo que – en efecto- existió: “Pocas veces, muy pocas, esta Sala ha podido comprobar una agresión ilegítima, tan grave y actual como en este caso. No sólo actúa sobre una persona totalmente sojuzgada y constantemente humillada por los brutales maltratos a los que era sometida, sino que es en tal día, no sólo insultada y amenazada, sino que poco después vuelta a amenazar de muerte con revólver.”. De igual manera el TSe. establece la existencia de la injusticia de la amenaza, porque no se desprende de los hechos que la acusada hubiera provocado la agresión y por último concluye que la defensa era necesaria. Lo interesante de esta sentencia es que el TSe. siguiendo su propia jurisprudencia, hace un análisis del contexto en que se desarrollan los hechos, concluyendo que en este caso “la única posibilidad de la acusada fue, no sólo el arrebató sorpresivo del arma, sino su uso”. Con base en lo anterior el TSe. reconoce la existencia de una legítima defensa.

No obstante lo anterior, en ocasiones, en estos casos se plantea que el medio empleado (arma blanca o de fuego) para la defensa no es razonable (en términos de proporcionalidad). La respuesta que se le ha venido dando a esto ha sido que a la mujer –por su inferioridad física- le es casi imposible defenderse de un hombre con sus propias manos, así la agresión la haya realizado éste con sus puños. En estos casos se dice que se debe hacer un análisis de caso concreto, en aras de establecer este requisito de la razonabilidad del medio utilizado para defenderse. Al respecto: Cfr.: **LARRAURI**, Elena. “Violencia doméstica y legítima defensa: un caso de aplicación masculina del derecho.”. En: *Mujeres y sistema penal. Violencia Doméstica*. Editorial BdeF. Buenos Aires 2008. p. 67: “La mujer, para defenderse, debe obligatoriamente

utilizar un medio de mayor intensidad que el del hombre.”. (Este artículo también está publicado en: **LARRAURI**, Elena y **VARONA**, Daniel. *Violencia doméstica y legítima defensa*. EUB. Barcelona, 1995. pp. 9 -85. Haremos referencia a la edición de 2008.). Para un ejemplo claro de análisis de desproporcionalidad del medio empleado: *Vid.*: Sentencia del BGH del 11 de enero de 1984. JZ. pp. 529 -530. En este caso la acusada – estando embarazada- apuñala a su marido, causándole la muerte, después de que éste la hubiese golpeado y amenazado con un cuchillo. Ella, como en el caso español narrado anteriormente, le arrebató el cuchillo y se lo clava en el pecho. El LG la condena a 2 años de prisión y le suspende la pena de manera condicional. Niega la legítima defensa porque la acusada tenía derecho a defenderse de los golpes, pero el medio defensa rebasó la medida y el medio necesario para ésta, fundamentando que, por ser una mujer maltratada de manera reiterada, la acusada sabía que su marido no iba a ser más agresivo que en ocasiones anteriores. En este caso se están utilizando los conocimientos de la víctima en contra de ella, al fundamentar el exceso en el medio de defensa empleado en el hecho de que ella conocía a su marido y sabía que la situación no iba a pasar de una simple amenaza, como en ocasiones anteriores. Este análisis es contrario al hecho por el TSe. en la sentencia citada anteriormente. Justamente el TSe. utiliza el contexto de maltrato para fundamentar la existencia de la necesidad de la agresión, mientras que el LG lo utiliza para negarla.

Otra problemática en los casos de muerte del agresor en situaciones de confrontación (y también en las que no la hay) es que en la mayoría de las ocasiones los Tribunales utilizan el medio de la defensa como manera de probar el dolo de matar de la víctima que se defiende, y por esta razón aplican la eximente incompleta, basando su decisión en un error intensivo en la legítima defensa. Al respecto: **GIL RUIZ**, Juana María, *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dykinson S.L. Madrid, 2007. pp. 209 -212. *Vid.*: STSe. del 14 de marzo de 1997. La acusada fue agredida por su ex pareja cuando ésta se dirigió a la casa de él a recoger unos documentos suyos y de su hija. Una vez solos en el portal de la residencia de la ex pareja, la acusada se negó a subir al piso por los papeles, porque tenía miedo a ser agredida de nuevo. Ante esta situación, la ex pareja de la acusada la golpeó y la empujó, la tiró al suelo y la agarró del cabello, en ese momento la acusada sacó una navaja que llevaba consigo y la clavó en el vientre de su ex pareja, causándole serias lesiones, pero no la muerte. En este último caso el TSe. considera adecuada la decisión de la Audiencia Provincial de Alicante de condenar a la acusada por delito de homicidio frustrado atenuado por la configuración de la eximente incompleta de legítima defensa, basada en un exceso intensivo. Lo anterior, porque la respuesta defensiva fue, a los ojos del juzgador, excesiva y no era necesaria. Tanto para la Audiencia, como para el TSe. “las agresiones que recibió fueron simples golpes propinados con la mano, sin instrumento alguno, y que, por el contrario, la acusada optó por usar una navaja, medio en si mismo ciertamente peligroso y apto para quitar la vida un tercero, y no sólo lo utiliza efectivamente sino que emplea aquélla con ánimo de matar a su agresor dado el concreto empleo de dicho medio, la intensidad, dirección y profundidad del golpe inferido, y los órganos vitales afectados.”. En este caso se basa la existencia del dolo de matar (y por ende se condena por tentativa de homicidio y no por lesiones) en el medio empleado para defenderse y de éste mismo se presume un dolo de matar, ignorando la existencia del ánimo de defenderse. De la misma sentencia se desprende que esta ha sido la fórmula utilizada por el TSe. para diferenciar entre tentativa de homicidio y

Por su carácter excepcional, la legítima defensa solamente está permitida en determinados casos (sobre todo cuando la reacción defensiva resulta en la muerte del agresor) y consideramos que, en situaciones como la que nos ocupa, debemos ser muy cuidadosos a la hora de analizar su aplicación. De igual manera, por el mismo carácter restrictivo de la eximente⁷, es que no pretendemos ampliar o ajustar sus requisitos para que abarquen el universo de casos objeto de análisis. Por ello, vamos a partir de un supuesto de hecho, que se ha repetido en diferentes partes del mundo, que será el que trataremos de justificar por vía de la legítima defensa.

Quede claro entonces, desde este momento, que lo desarrollado en las páginas siguientes sólo será aplicable a casos como el “caso modelo” que expondremos en la primera parte de este trabajo.

lesiones y el hecho de que, en este caso, el sujeto activo sea una mujer, no parece influir en la decisión. Por ende, en este punto, no se evidencia una discriminación basada en el género. La discriminación radica en ignorar la situación de la defendida y su condición física y aplicar un parámetro de valoración de la existencia de la necesidad de la agresión absolutamente amplio y sin aterrizarlo al caso concreto, como el mismo TSe. ha establecido que se debe hacer tal valoración. Cfr.: STSe. del 9 de julio de 1997.

En la STSe. del 12. de junio de 1991, se niega la existencia de una legítima defensa y se aplica la eximente incompleta por que no se dio el requisito de la necesidad de la defensa en concreto, de la necesidad racional del medio utilizado para ésta. En este caso la procesada, maltrata por su marido, lo lesionó durante una discusión. El la amenaza con una navaja, ella se la arrebató y le propina varias puñaladas que le produjeron graves lesiones corporales. El Tribunal de instancia la condena por un delito de parricidio frustrado, basando la existencia del dolo de matar en el medio usado para lesionar (la navaja). De igual manera, el TSe. reafirma la inexistencia de la necesidad racional del medio empleado, argumentando que en el momento en que la procesada le arrebató la navaja al marido, ya no había un peligro para ella. El TSe. ignora el historial de maltratos del que había sido víctima la procesada y desestima el recurso reafirmando lo planteado por el Tribunal de instancia, incluida la condena de 5 años de prisión. En esta sentencia, como en la anterior, se utiliza el medio empleado para presumir el dolo de matar de la autora. De igual manera se niega la existencia de la necesidad racional del medio empleado para la defensa, porque se hace un análisis en abstracto, dejando de lado las circunstancias especiales del caso.

⁷ SK-StGB/Günther. 8. Aufl. Carl Heymanns Verlag. Deutschland, 2012. §32/65. **HILLENKAMP**, Thomas. „In tyrannos –viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen“. En: FS. Für Koichi Miyazawa, (Köhne. Coord). Nomos. Deutschland, 1995. p. 153.

Luego de la presentación del caso modelo, en los capítulos primero, segundo y tercero de la segunda parte, expondremos las diferentes soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se le han dado a estos casos, tanto en el derecho continental, especialmente en España y Alemania, como en el derecho anglo norteamericano, para finalmente, adelantar algunas conclusiones y poner de manifiesto nuestra opinión respecto a las diferentes soluciones⁸. Acto seguido, en la tercera y última parte de este trabajo, luego de ocuparnos de la figura de la legítima defensa en general, explicaremos porqué, a nuestro modo de ver, en estos casos es factible que se configure una legítima defensa. Y con miras a reducir el ámbito de aplicación de nuestra propuesta lo más posible, para evitar justificar lo injustificable, presentaremos los requisitos que deben cumplir los casos para que se les pueda aplicar esta causa de ausencia de responsabilidad; luego de ello propondremos alguna solución para las situaciones que no cumplan con los mencionados requisitos.

ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA.

A lo largo de todo el texto utilizaremos el término violencia doméstica para referirnos al tipo de violencia del que es víctima la mujer que termina matando a su pareja agresora en una situación sin confrontación. Por ello, es necesario explicar qué entendemos por violencia doméstica, por violencia de género y establecer si son lo mismo, si están relacionadas o si son conceptos diferentes.

La violencia de género es aquella que se ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo. Es decir, toda aquella violencia basada en que la víctima es mujer, es

⁸ En ocasiones las narraciones de los hechos de las decisiones jurisprudenciales analizadas, pueden ser largas y muy detalladas. Pero esto tiene su razón de ser: En casos como el que nos ocupa los hechos son de suma importancia para fundamentar la existencia del maltrato, la imposibilidad de la mujer para irse por otras vías, etc.

considerada violencia de género⁹. En este sentido, se dice que este tipo de violencia está dirigida a reforzar la situación de subordinación en la que se encuentra la mujer con respecto al hombre, es una manifestación de la situación de desigualdad existente entre los hombres y las mujeres y constituye una forma clara de discriminación¹⁰.

La violencia doméstica es, por su parte, aquella que se manifiesta en forma de agresiones y malos tratos, pero en el ámbito del hogar. Es decir que tiene lugar en un contexto en el que el agresor y la víctima o víctimas, están relacionados por un vínculo de parentesco o de afinidad¹¹. Este tipo de violencia, normalmente es ejercida por parte de padres o madres contra hijos o hijas y viceversa (situación que se da, normalmente, cuando los padres y/o madres son de edad avanzada y son maltratados por sus hijos o hijas) o contra la

⁹ Al respecto: *Vid.*: Declaración de Beijing. 1995. Art. 113. "La expresión "violencia contra la mujer" se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.". En la misma línea: **LARRAURI**, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta. Madrid, 1997. p. 46.

¹⁰ United Nations Declaration on the Elimination of Violence against Women. Preamble. En la misma línea: *Vid.*: **GIMENO REINOSO**, Beatriz y **BARRIENTOS SILVA**, Violeta. "Violencia de género *versus* violencia doméstica. La importancia de la especificidad.". En: Revista venezolana de estudios de la mujer. Vol 14. No. 32. 2009. p. 40. **ASÚA BATARRITA**, Adela. "Los nuevos delitos de <<violencia doméstica>> tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre". En: Cuadernos Penales Jose María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Num. 1. 2004. p. 203. **MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando. "Desigualdades penales y violencia de género". En: AFDUAM. No. 13. 2009. p. 71, quien afirma, con razón, que "“En el caso de grupos social o culturalmente marginados la vulnerabilidad no surge del *mero hecho de tener las características que definen la pertenencia al grupo* –ser mujer, o inmigrante, etc.–, sino, en su caso, de las acciones de discriminación de terceros motivadas por dicha pertenencia.". **PEÑARANDA RAMOS**, Enrique. "¿Qué puede hacer el Derecho Penal contra la violencia de género?." En: DEBATE, publicación de la Asociación Democrática Progresista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 2. 2008. p. 4

¹¹ **DEMPSEY**, Michelle Madden. "What counts as domestic violence? A conceptual analysis.". en: William and Mary Journal of Women and the Law. Vol 12. 2006. pp. 311-314. La domesticidad de la violencia, según esta autora, se determina por el lugar en el que tienen lugar los hechos y por la relación existente entre las partes. En la misma línea: *Vid.*: **MARK**, Heike. *Häusliche Gewalt gegen Frauen. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte*. Tectum Verlag. Marburg, 2001. p. 13.

pareja. Esta violencia doméstica contra la pareja, a su vez, también tiene diferentes manifestaciones.

Así, hay, al menos, dos tipos de violencia doméstica en el ámbito de la pareja. En primer lugar estaría la violencia *común* entre parejas¹², que puede darse de hombres a mujeres y de mujeres a hombres¹³ y entre parejas del mismo sexo. En estos casos la violencia aparece de manera ocasional como respuesta errada a una situación de conflicto¹⁴.

Y en segundo lugar, la manifestación de violencia doméstica en el ámbito de la pareja, que es de interés para el objeto de este trabajo, es decir, las situaciones de tiranía privadas o de control violento¹⁵. En estos casos se utiliza la violencia

¹² *Common couple violence*.

¹³ **JOHNSON**, Michael. "Patriarchal terrorism and common couple violence: Two forms of violence against women". En: *Journal of Marriage and the Family*. No. 57. 1995. p. 287. En esta categoría se podría incluir la reacción defensiva de la mujer maltratada, en contra del agresor como lo hace Dempsey. *Vid.*: **DEMPSEY**. (2006). *op. cit.* p. 318. Sin embargo, Johnson la entiende como una tercera forma de violencia doméstica (*violent resistance*). Al respecto: **JOHNSON**, Michael. "Domestic Violence: It's not about gender - Or is it?". En: *Journal of Marriage and family*. No. 67. 2005. p. 1127.

Respecto a las características de las mujeres agresoras en el ámbito doméstico: *Vid.*: **LOUE**, Sana. *Intimate partner violence. Societal, Medical, Legal and Individual Responses*. Plenum Publishers. USA, 2001. pp. 13 -15.

En nuestro parecer, en casos como los que nos ocupan, no se podría catalogar como violencia doméstica (entendiendo ésta como un comportamiento antijurídico) la acción defensiva de la mujer en contra de su agresor, si se logra establecer que esta reacción defensiva está cubierta por la legítima defensa.

¹⁴ **DEMPSEY**. (2006). *op. cit.* p. 318. **JOHNSON**. (1995). *op. cit.* p. 285.

¹⁵ Aunque también se usa la denominación *terrorismo íntimo* para definir estas conductas. Consideramos que la utilización de este término es errada, porque el terrorismo hace referencia a una conducta realizada por una o varias personas, para generar terror en un grupo de personas indeterminadas, como por ejemplo la población civil. Mientras que en este caso el comportamiento del tirano de casa está dirigido a generar terror a una persona (o un grupo de personas) determinadas. Es decir, los miembros de su familia. Por ello, a lo largo del trabajo, haremos referencia a "situaciones o relaciones de tiranía privada", siguiendo la terminología utilizada por Maslow. *Vid.*: **MASLOW COHEN**, Jane. "Regimes of private tyranny> What do they mean to morality and for the criminal law?". En *University of Pittsburgh Law. Rev.* Vol 57. 1996. pp. 757 - 808.

como mecanismo de control sobre la mujer - pareja. Esta búsqueda de control es el resultado de las concepciones patriarcalistas referentes a que ella es propiedad del hombre, una vez entabla una relación de pareja con él, que es una expresión de la histórica situación de desigualdad en la que se encuentra la mujer, con respecto al hombre¹⁶. Por ello, en este tipo de violencia, hay un contenido de género y constituye una forma de la violencia basada en éste¹⁷.

De lo anterior se desprende que no toda la violencia doméstica es violencia de género porque la denominada “violencia común” no está fundamentada en un componente de dominación sobre la mujer y discriminación contra ésta. Igualmente, no toda la violencia de género es violencia doméstica, porque no todas las manifestaciones de la primera suceden en el contexto en que tiene lugar la segunda. Así, podemos establecer que violencia doméstica no es lo mismo que la violencia de género, pero que – en ocasiones – están relacionadas, porque la primera resulta una manifestación de la segunda¹⁸.

Así las cosas, porque, como bien los expresa Johnson, “ya no es científica ni éticamente aceptable hablar de violencia doméstica sin especificar, alto y claro, el tipo de violencia a la que se está haciendo referencia”¹⁹, sea este el momento de aclarar que cuando la expresión “violencia doméstica” sea utilizada a lo largo del presente trabajo estamos haciendo referencia a las situaciones de

Las características de este tipo de relaciones serán explicadas más adelante. *Vid.: Infra*. Primera parte. Capítulo único. I.2. D.).

¹⁶ **DEMPSEY**. (2006) *op. cit.* p. 318. En una línea similar, pero con matices, está la posición de Larrauri quien considera que no existe una relación causal determinista entre la situación de desigualdad y la violencia contra la mujer. La desigualdad es un factor de riesgo más no la causa última de este tipo de violencia. *Vid.: LARRAURI*. (1997)B. *op. cit.* p. 29 y 32. Nosotros consideramos que la desigualdad es la base para que el hombre crea que tiene algún tipo de derecho de control o dominación sobre la mujer, que es la razón por la que se utiliza la violencia en estos casos.

¹⁷ Al respecto: *Vid.: JOHNSON*. (2005). *op. cit.* p. 1128.

¹⁸ En esta línea: *Vid.: LAURENZO COPELLO*, Patricia. “La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal.”. En: RECPC. No. 7-8. 2005. p. 4.

¹⁹ **JOHNSON**. (2005). *op. cit.* p. 1126.

tiranía privada que, además, constituyen una manifestación de la violencia de género.

PRIMERA PARTE: APUNTES INICIALES.

CAPÍTULO ÚNICO: EL CASO MODELO.

I.1. Los casos base.

Para la construcción del “caso modelo” hemos tomado como base tres situaciones, que llegaron a los tribunales, muy similares entre sí y que ilustran a la perfección las hipótesis a las que pretendemos aplicar la teoría desarrollada.

A.). El caso de Judy Norman – Estados Unidos ²⁰.

La primera situación fáctica que nos servirá de base para construir nuestro caso modelo tuvo lugar en Estados Unidos en el año 1985. Se trata del caso de Judy Norman, quien mató a su esposo mientras éste dormía.

Norman era una mujer maltratada de manera constante por su marido, con quien llevaba casada veinticinco años y tenía varios hijos. Los maltratos constantes consistían en ataques físicos, tales como bofetadas, empujones, patadas, golpes con diferentes objetos (le tiraba vasos a la cara y botellas de cerveza). Apagaba cigarrillos en su cuerpo, le lanzaba café caliente y comida a la cara. El marido de Judy Norman (JT) no trabajaba y la obligaba a prostituirse para llevar dinero a la casa. La golpeaba si no traía el dinero suficiente. Solía referirse a ella con palabras displicentes y “en algunas ocasiones le hizo comer alimento de animales del recipiente del perro”²¹. Normalmente la obligaba a

²⁰ Supreme Court of North Carolina. *State of North Carolina v. Judy Norman*. No. 161PA88. April 5, 1989. Este fallo es el resultado de una orden de realizar un nuevo juicio, impartida por la Corte de apelaciones.

²¹ *Ídem*.

dormir en el suelo. Durante los años que estuvieron juntos, el agresor trató de asesinar a Judy Norman en diversas ocasiones.

Según el propio testimonio de Judy Norman, los ataques sólo ocurrían cuando su marido se encontraba borracho, pero él se negaba a dejar de beber y bebía constantemente.

En la mañana del día anterior a su muerte, estando bajo los efectos del alcohol, el marido de Judy Norman se dirigió a la zona de descanso en una carretera cercana donde obligaba a la a prostituirse y la atacó. De regreso a casa, fue detenido en la carretera por una patrulla de policía y arrestado por conducir bajo los efectos del alcohol. Al día siguiente fue puesto en libertad y regresó a su casa, donde continuó bebiendo y maltratando a su esposa. En la tarde de ese mismo día, Norman llamó a los comisarios, quienes se presentaron. Norman acusó a su marido de maltratarla, a lo que le respondieron que interpusiera una denuncia, porque ellos no podían hacer nada sin una orden. Ella se negó alegando que temía que su marido la matara. Una hora después volvieron a llamar a los comisarios para que se hicieran presentes en la residencia de los Norman porque Judy se había tomado un frasco de pastillas para los nervios. Mientras los paramédicos la atendían, el marido la insultaba y le pedía a éstos que la dejaran morir. En el hospital, después de un lavado de estómago, Norman habló con una terapeuta que le recomendó instaurar cargos contra J.T. Ella acordó con la terapeuta ir a un centro de salud mental de su barrio para que la ayudaran a tomar una decisión.

Al día siguiente Norman fue al centro de salud mental. Al regresar enfrentó a su marido, le pidió que dejara de beber y le dijo que ella se comprometía a ayudarlo. Él le respondió que antes de que eso sucediera le cortaba la garganta. Norman fue también al centro de servicios sociales, pero su marido la siguió y la obligó a regresar a la casa con él. Durante ese día el abuso y el maltrato

continuaron, la amenazó con matarla, le lanzó objetos a la cara y le apagó un cigarrillo en el torso. No le permitió comer ni comprar comida para los niños.

En la noche, cuando se fueron a dormir, *JT* no le permitió acostarse en la cama y la obligó a acostarse en el suelo. El marido de Norman se durmió. Una de las hijas de la pareja había dejado al cuidado de Norman a su hijo, quien empezó a llorar. Norman se llevó al bebé a la casa de su madre y lo dejó allí. Luego regresó a casa con una pistola y le disparó a su marido, que aún dormía, causándole la muerte.

Fue acusada de un delito de asesinato. Norman testificó durante el juicio que estaba muy asustada, que le temía a su marido y que por ello no había sido capaz de denunciarlo, ni de irse de la casa. Dijo que se había ido de la casa temporalmente en varias ocasiones, pero que él siempre la encontraba y la obligaba a regresar, mediante malos tratos físicos. Cuando el juez le preguntó por qué había matado a su marido, Judy Norman respondió: "Porque estaba asustada, le temía, sabía que cuando se levantara iba a pasar lo mismo de siempre, me dio miedo de que cuando él me llevara a la zona de descanso de los camiones, fuera peor que siempre. No podía soportar esto más. No había otra solución, así esto implique ir a prisión. Es mejor eso, que vivir de esa manera. Ese era el peor infierno."²² El jurado la absolvió de los cargos de asesinato, pero la condenó por homicidio voluntario. Por lo anterior, Norman recurrió la decisión a la Corte de Apelaciones, alegando que había matado a su marido en defensa propia (*self-defense*). La Corte de Apelaciones²³ ordenó que se realizara un nuevo juicio y en éste se condenó a Norman a 6 años de prisión, argumentando que no se podían ampliar los requisitos de inmediatez y

²² *Ídem*.

²³ Sobre el fallo de la Corte de Apelaciones: Cfr.: CUTLER, Jeffrey M. "Criminal Law- Battered Woman Syndrome: The killing of a passive victim - A perfect defense or a perfect crime? - State v. Norman. ". En: Campbell Law Review. Vol 11. Issue 2. Spring, 1989. pp. 263 - 278.

necesidad de la *self-defense* y que en el caso no había pruebas de que se configurara una defensa propia completa, ni incompleta²⁴.

Durante el juicio, varios expertos declararon que Judy Norman padecía el síndrome de la esposa maltratada, caracterizado por “la convicción de la mujer maltratada de que nada ni nadie pueden ayudarla, ni siquiera ella misma. Cree que no puede escapar del control de su marido y que éste no es ni vulnerable a la ley ni a otras fuentes de ayuda.”²⁵.

B.) El caso de Victoria²⁶ – España.

Victoria y Marco Antonio se habían casado en 1983 y tenían una hija. Meses después de su matrimonio, Marco Antonio abandonó su trabajo y comenzó a beber, razones éstas por las cuales la relación se empezó a dañar. En 1987 Victoria empezó a trabajar en un bar con jornadas muy largas. La paga la guardaba en una cartilla que tenía con su madre, para que su marido no se la quitara. Él la maltrataba de manera constante, la golpeaba y le dejaba moretones en el rostro. En una ocasión, cuando Victoria se negó a coserle un botón, Marco Antonio le retorció la muñeca (todo esto sucedió en presencia del hermano de Victoria) y ella interpuso medidas provisionales de separación judicial, que no llegaron a puerto, porque Marco Antonio amenazó a Victoria de muerte. Le decía que la iba a matar con la escopeta de caza que tenía. Incluso, fue a buscarla en una ocasión al bar donde trabajaba y la amenazó con la escopeta, la golpeó y la insultó. Se presentó denuncia contra Marco Antonio por las amenazas y a raíz de ello él le vendió la escopeta a su hermano, no sin antes

²⁴ Supreme Court of North Carolina. *State of North Carolina v. Judy Norman*. No. 161PA88. April 5, 1989. Del análisis de esta decisión nos ocuparemos más adelante.

²⁵ *Ídem*

²⁶ STSe. Del 29 de junio de 1990. No. 5064/1990.

aclararle a su mujer que podría recuperarla cuando quisiera y que “la mataría con ella un día muy señalado”²⁷.

Por temor a la amenaza, Victoria se apoderó de la escopeta que tenía su jefe en el local donde trabajaba y se la llevó a su casa. Montó y cargo el arma y la ocultó en su habitación con el fin de “tener cerca la escopeta, si su marido intentaba quitarle la vida, como medio de defensa.”.

Esa noche Marco Antonio intentó forzar a Victoria a tener relaciones sexuales y sostuvieron una pelea violenta. En la mañana del día siguiente, Marco Antonio intentó de nuevo mantener relaciones sexuales con su esposa, quién se negó e iniciaron de nuevo una discusión. Finalizada la discusión Marco Antonio se acostó en la cama de espaldas a Victoria, quien tomó la escopeta y le disparó. Marco Antonio se levantó de la cama y ella disparó de nuevo, el disparó alcanzó la ventana de la habitación. Marco Antonio murió en el pasillo. Luego de ello, Victoria llamó a su madre y le dijo que no aguantaba más la situación y le pidió perdón por lo ocurrido.

Fue imputada por un delito de parricidio agravado por la alevosía y atenuado por el arrepentimiento espontaneo. Este fallo se recurrió y el TSe ratificó la condena, sin embargo le atenuó la pena porque, a su parecer, concurría la eximente incompleta de miedo insuperable.

C.). El *Haustyrannen-Fall*²⁸ – Alemania.

La acusada conoció a su marido F en 1983 y se hicieron amigos. Él era parte de un grupo de moteros. Desde el inicio de la relación, él se mostró como un hombre agresivo y empezó a maltratarla, pegándole bofetadas. No obstante lo

²⁷ STSe. Del 29 de junio de 1990. No. 5064/1990. p. 2.

²⁸ Este caso se conoce también como el *Familientyrann II*. Sentencia del BGH. 25. 3. 2003. NJW. 2003 . pp. 2464 – 2468.

anterior, la acusada se casó con él en 1986. Después del nacimiento de la primera hija de la pareja, *F* empezó a ser más agresivo con su mujer, la golpeaba en la cara con sus puños, en el abdomen, y la pisaba si algo de la rutina doméstica no llenaba sus expectativas o, a su juicio, la acusada no cumplía sus órdenes con la rapidez que *F* deseaba que las cumpliera. Estando la acusada embarazada de su segunda hija, *F* la golpeó fuertemente en la región abdominal y la pisoteó. La acusada atribuyó a este ataque el hecho de que su hija hubiera nacido con el paladar hendido.

A causa de los actos violentos de los que era víctima de manera constante, la acusada tomó la decisión de separarse de *F* en mayo de 1988. Inmediatamente dejó la casa y se fue a un refugio para mujeres maltratadas, ya que no se fue a casa de sus padres por miedo a las represalias de su marido. Luego de mucha insistencia y disculpas por parte del marido, la acusada regresó a su casa cuatro semanas después.

En otra ocasión, para el año 1993, *F* golpeó a la acusada de tal forma que la dejó tirada en el piso; allí, en el suelo, continuó pisoteándola con sus botas militares. Como consecuencia de este ataque ella sufrió múltiples contusiones y, una vez en el hospital, mintió acerca de lo sucedido, diciendo que había tenido un accidente. Otro episodio de violencia tuvo lugar cuando *F* golpeó la cabeza de su mujer con tal fuerza que ésta quedó inconsciente en el piso. Desde mediados de los 90 *F* la golpeaba con más frecuencia, cada vez que él creía que ella había hecho algo mal. Una vez, incluso, la golpeó mientras dormía porque en un sueño suyo ella le había provocado celos. A causa de estos golpes, la acusada debió someterse a una cirugía en la boca. Continuó golpeándola, en algunos casos con un bate de *baseball*, la humillaba y la insultaba delante de sus compañeros del *Rockergruppe*, frente a quienes – en una ocasión- la obligó a ponerse de rodillas y repetir que ella era una “mujer dejada y la última

porquería”²⁹. Ella aceptaba y toleraba el maltrato, porque temía que si hacía algo para repelerlo, su marido fuese a reaccionar de una manera mucho más violenta. Con el paso del tiempo *F* empezó a maltratar también a sus hijas.

En el verano de 2001 la acusada quedó en embarazo y , aproximadamente un mes antes de los hechos, sufrió un aborto. Durante este tiempo *F* tenía ataques de ira muy fuertes y los maltratos fueron en aumento³⁰. La pisaba con sus botas militares y, mientras la acusada estaba tirada en el piso, le daba puñetazos en la cara.

El día de la muerte de *F*, cerca de las 3:30 de la madrugada, al regresar éste a casa, volvió a golpear a su esposa hasta hacerla sangrar por la boca. Luego de esto se acostó a dormir. Ella permaneció despierta porque tenía que levantarse a las 6:00 de la mañana para alistar a las niñas para el colegio. En ese momento buscó el revólver de su marido, revólver que él había adquirido de manera ilegal, para protegerse de ataques de grupos de moteros enemigos. Alrededor del medio día la acusada entró a la habitación y mientras su marido dormía, desde una distancia aproximada de 60 cms. le disparó todo el contenido del tambor del revólver, ocasionándole la muerte.

La acusada se encontraba en una situación sin salida, su estado de salud empeoraba con el paso de los días, estaba convencida de que no podría resistir más los malos tratos de su esposo. Temía que fueran aún mayores y que se dirigieran contra sus hijas y que, a causa de su debilitada salud, ella no fuera a ser capaz de defenderse y defenderlas a ellas. Después de tres intentos de suicidio, la acusada se dio cuenta de que esta no era la salida, porque sus hijas iban a quedar a merced de su marido, sin quien las defendiera de sus ataques. La acusada no encontró otra solución diferente a la de darle muerte a su

²⁹ *Ídem.* p. 2465..

³⁰ *Ibídem.*

agresor³¹, estaba convencida de que no podría separarse de él, ni siquiera con la ayuda de entidades estatales. Cuando regresó de la casa de mujeres, su marido la amenazó y le recordó que él podía atacarla en cualquier momento. Sentía que ni estando en prisión él, ella iba a estar segura, porque su marido le había dicho que, en ese caso, podría mandar a uno de sus compañeros del grupo a atacarla. Ella siempre tomó en serio las amenazas de su marido y sabía que su grupo era famoso por ser un colectivo muy violento.

La defensa de la acusada alegó que estaba en una situación de legítima defensa (*Notwehrsituation*), sin embargo el LG consideró que se trataba de un asesinato alevoso que, precisamente por la concurrencia de la alevosía, no podía ser justificado por vía de legítima defensa³². Dadas las situaciones excepcionales del caso, el LG decidió no condenar a la acusada a cadena perpetua, sino que - haciendo uso de la *Rechtsfolgenlösung*³³, le impuso una condena de nueve años de prisión.

³¹ BGH. 25. 3. 2003. NJW. 2003 . Hilfe. 34. p. .2465. "Sie sah darin die „einyige Lösungsmöglichkeit“, um die für sie ruinöse Beziehung zu ihrem Mann zu beenden.“.

³² El BGH le critica al LG no haber analizado la posibilidad de que concurrieran otras causas de justificación o exculpación. BGH. 25. 3. 2003. NJW. 2003. p. .2465.

³³ Solución legal desarrollada por el BGH, a raíz de la sentencia del BVerfG del 21 de junio de 1977 en la que se establece que la prisión permanente, como toda pena, debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y la culpa del delincuente. La *Rechtsfolgenlösung* consiste en que debido las circunstancias especiales de algunos casos de asesinato, no se impone la pena de prisión perpetua, sino una pena de prisión temporal, aplicando por analogía el §49.1.1. StGB. Estas circunstancias excepcionales deben implicar que la imposición de la cadena perpetua es desproporcionada, frente al hecho cometido. Al respecto: Sentencia del BGH del 19.05.1981. GSSt 1/81. Sobre su aplicación al caso concreto: **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Eschelbach**. *StGB Kommentar*. 2. Aufl. C.H. Beck. München, 2015. §211/58. Negando la procedencia de la *Rechtsfolgenlösung*: Sentencia del BGH del 23. 11. 2004. - 1StR 331/04. NStZ 2205. pp. 154-155. Sobre esta solución: **REICHENBACH**, Peter. „Die Rechtsfolgenlösung des BGH als Weg zur schuldangemessenen Strafe beim Mord“. En: JURA. 2009. pp. 176- 183. **ZORN**, Alexandra. *Die Heimtücke im Sinne des §211 Abs.2 StGB - ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*. Duncker & Humblot. Berlin, 2013. pp. 140 -141. **ARZT**, Gunther, **WEBER** Ulrich, **HEINRICH**, Bernd und **HILGENDORF**, Eric. *Strafrecht. B.T.* 3. Aufl. Verlag Ernst und Werner Gieseking. Bielefeld, 2015. §2/17 y 18. **KINDHÄUSER**, Urs. *Strafrecht. B.T. Teil I.* 7 Aufl. Nomos. Deutschland, 2015. §2/5.

La condenada recurrió la sentencia y el caso llegó al *BGH (Hasutyranen – Fall)*. Éste ordenó que se realizara un nuevo juicio, porque el LG, si bien fundamentó correctamente la existencia de la alevosía y la no concurrencia de una legítima defensa, debió haber analizado la posibilidad de que se configurara un estado de necesidad exculpante (§35 del StGB) o, al menos, un error sobre los presupuestos de éste (§35.2 del StGB).

I.2. Aspectos comunes a los tres casos.

Los tres casos narrados anteriormente son casos de conflicto entre dos personas que se encuentran en una situación de dependencia emocional y que tienen un final violento, como la muerte de uno de los miembros de la pareja a manos del otro³⁴.

De igual modo, los tres casos también tienen varios aspectos en común.

A.) El agresor.

En este tipo de situaciones de violencia doméstica, en términos generales, el agresor se caracteriza por presentar distorsiones cognitivas relativas a pensamientos o creencias machistas³⁵. Estos hombres buscan parecerse al prototipo de hombre fuerte, autosuficiente y que tiene absoluto control sobre su

³⁴ *Beziehungstaten*. Al respecto: Vid.: **STECK**, Peter. "Gewaltdelinquenz". En: *Handbuch der Rechtspsychologie*. (R. Volbert/M.Steller. Eds.). Hogrefe. Göttingen, 2008. p. 29.

³⁵ **FERNÁNDEZ MONTALVO**, Javier y **ECHEBURÚA**, Enrique. "Variables psicopatológicas y distorsiones cognitivas de los maltratadores en el hogar: un análisis descriptivo.". En: *Análisis y modificación de conducta*. Vol. 23. No. 88. 1997. p. 165. "En lo que se refiere a los pensamientos relacionados con la mujer, destaca la existencia de ideas machistas sobre los roles sexuales.". En la misma línea: **LARRAURI**. (1997)B. p. 48. Sobre la construcción de estereotipos femeninos como forma de discriminación y violencia: Cfr.: **COOK**, Rebecca y **CUSSACK**, Simone. *Estereotipos de género. Perspectivas legales trasnacionales*. (A. Parra. Trad.). Profamilia. Bogotá, 2010.

entorno³⁶. Los maltratadores domésticos buscan reafirmarse como los “amos” del hogar y su conducta suele estar dirigida a lograr que todo se haga como el pretende que se haga. En otras palabras, acciones que van dirigidas a obtener una dominación total de los miembros de su familia. No en vano son llamados tiranos domésticos.

Según Holtzworth-Muroe y Stuart hay tres tipologías de hombres maltratadores: a.) aquellos que realizan los actos de maltrato exclusivamente en el ámbito familiar, b.) aquellos que padecen algún trastorno límite de la personalidad y c.) aquellos que son violentos en general³⁷. Si comparamos los hechos de los tres casos base con las características que tienen los maltratadores del grupo c.), podríamos afirmar que los agresores de los tres casos base (JT Norman, Marco Antonio y F), forman parte de este tercer grupo.

Los agresores domésticos que son violentos en general³⁸ se caracterizan, según Holtzworth-Muroe y Stuart, por tener un comportamiento psicopático (y en

³⁶ **CEREZO DOMINGUEZ**, Ana Isabel. *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. p. 246. “Estas actitudes estereotipadas se basan en creencias de tipo irracional que suponen una diferenciación total entre los sexos, de modo que avalan que los hombres en la pareja tienen asignadas unas obligaciones y derechos mientras que las mujeres detentan otras.”.

³⁷ **HOLTZWORTH-MUROE**, Amy y **STUART**, Gregory L. “Typologies of male batterers: Three subtypes and the differences among them.”. En: *Psychological Bulletin*. Vol 116. No. 3. 1994. pp. 481 y 482. La clasificación se basa en “la gravedad y la extensión de la violencia, así como en las características psicológicas y psicopatológicas de los agresores”. Al respecto: Cfr.: **ECHEBURÚA**, Enrique , **AMOR**, Pedro J. y **DE CORRAL**, Paz. “Hombres violentos contra la pareja: trastornos mentales y perfiles tipológicos”. En: *Pensamiento Psicológico*. Vol. 6, No. 13, 2009. p. 31. En la misma línea: Cfr: **FERNÁNDEZ MONTALVO y ECHEBURÚA**. (1997). *op. cit.* pp. 171 y ss. Estos autores también establecen los tipos de maltratadores en función de la extensión de la violencia y del perfil psicopatológico de los individuos.

³⁸ *Generally violent batterers*. **HOLTZWORTH-MUROE y STUART**. (1994). *op. cit.* p. 482. Este tipo de maltratadores (los violentos en general) son agresivos tanto en la casa, como en la calle y tienen ideas distorsionadas sobre la violencia como manera de solucionar los problemas. Cfr.: **FERNÁNDEZ MONTALVO y ECHEBURÚA**. (1997). *op. cit.* pp. 171. **ECHEBURÚA, AMOR, y DE CORRAL**. (2009). *op. cit.* pp. 32 y 33.

ocasiones antisocial). Suelen tener un historial de antecedentes delictivos³⁹ y normalmente abusan del alcohol y/o de los psicotrópicos⁴⁰. Por otra parte, este tipo de agresores tienden a ser hostiles con todas las mujeres y desarrollan poca empatía frente a ellas, porque las consideran seres inferiores⁴¹. Por la mismas razones, las suelen culpar de sus reacciones y conductas violentas⁴².

Analicemos entonces la descripción de los agresores de los casos a la luz de estas características. Tanto *JT* Norman, como Marco Antonio y *F* abusaban del alcohol⁴³. De los hechos de los tres casos se desprende que los agresores consideraban a sus parejas seres inferiores que debían hacer todo lo que ellos les ordenaban. Esto se evidencia, por ejemplo, en el ataque del que fue víctima Victoria cuando se negó a coserle un botón a Marco Antonio o en el hecho de que *JT* Norman obligara a su mujer a prostituirse y llevar a la casa una suma de dinero específica y si no lo hacía la golpeaba. De igual manera, los insultos de los que las tres mujeres eran víctimas evidencian que sus maridos las consideraban seres inferiores, e incluso no consideraban que merecieran un trato digno. Así, Norman obligaba a su mujer a dormir en el piso y a comer del recipiente del perro la comida del animal y *F* obligaba a su esposa a ponerse de

³⁹ Al respecto: Cfr.: **OGLE**, Robbin S. y **JACOBS**, Susan. *Self defense and battered women who kill. A new framework*. PRAEGER. USA, 2002. Kindle edition. pos. 735/3040. Con amplias referencias bibliográficas sobre estudios al respecto.

⁴⁰ **FERNÁNDEZ-MONTALVO**, Javier y **ECHEBURÚA**, Enrique. "Trastornos de personalidad y psicopatía en hombres condenados por violencia grave contra la pareja.". En: Revista Psicothema. Vol. 20. No. 2. Año 2008. p. 194. **REDONDO ILLESCAS**, Santiago y **ANDRES PUEYO**, Antonio. "Perfil y tratamiento de maltratador familiar". En: Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública. No. 30. 2004. p 28. **OGLE** y **JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 737/3040.

⁴¹ **DOWNS**, Donald Alexander. *More than victims: Battered women, the syndrome society ad the law*. The University of Chigago Press. Chicago and London, 1996. p. 62.

⁴² **CEREZO DOMINGUEZ**. (2000). *op. cit.* p. 247.

⁴³ Es importante aclarar que el alcoholismo del agresor, es un factor de riesgo, pero no una causa determinante del maltrato del hombre a la mujer, en la relación de pareja. *Vid.*: **LARRAURI**. (1997)B. *op. cit.* p. 31. El abuso del alcohol es un detonador para que la relación se convierta en una tiranía privada. Al respecto: *Vid.*: **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* p. 767.

rodillas frente a sus compañeros del grupo de *Rockers* mientras la hacía repetir insultos contra ella misma.

Los tres hombres eran reconocidos por sus comportamientos violentos y algunos de ellos tenían conductas delictivas reiteradas. Así, por ejemplo, Norman fue detenido y encarcelado por conducir bajo los efectos del alcohol y *F* formaba parte de un colectivo famoso por sus acciones violentas.

B.) Las agresiones.

Por las características descritas anteriormente, los maltratadores domésticos suelen ejercer sobre sus víctimas malos tratos físicos⁴⁴, psíquicos y sexuales. Los malos tratos psíquicos son aquellos que producen desvalorización o sufrimiento en quien los padece. Las amenazas, humillaciones, insultos, aislamiento, ridiculización de opiniones y la humillación en público, son manifestaciones de estos⁴⁵.

Las agresiones sexuales hacen referencia a las situaciones en las que se obliga a la víctima a mantener una relación sexual y/o acto sexualizado o se le intenta forzar para ello⁴⁶. De igual manera, consideramos que hay violencia sexual

⁴⁴ Al respecto: Cfr.: **RIVAS VALLEJO**, María del Pilar y **BARRIOS BAUDOR**, Guillermo. *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Thomson – Aranzadi. Navarra, 2007. p. 153. **LÓPEZ GARCÍA**, Elena. "La figura del agresor en la violencia de género: Características personales e intervención.". En: Papeles del psicólogo. No. 88. Septiembre, 2004. p. 2.

⁴⁵ Las manifestaciones somáticas del maltrato psicológico pueden ser las siguientes: Confusión, mareos, pérdidas de memoria, ansiedad, depresión, ideas de suicidio y/o intentos de suicidio. *Vid.*: **RIVAS VALLEJO** y **BARRIOS BAUDOR**. (2007). p. 155. **MARK**. (2001). *op. cit.* p. 19. **LOUE**. (2001). *op. cit.* p. 16.

⁴⁶ La violencia sexual hace referencia a aquellas agresiones donde concurre una tentado a la libertad sexual, mediante violencia o intimidación. Al respecto: Cfr.: **CANCIO MELIÁ**, Manuel. "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 959 y 1003. La agresión sexual en uno de los mayores temores de las mujeres, al respecto: Cfr.: **DOWNS**. (1996). *op. cit.* p. 57. "Las

cuando, frente a la negativa de la víctima a mantener relaciones sexuales, ésta es agredida física o verbalmente.

De los hechos de los casos analizados se desprende que las tres mujeres fueron víctimas de los tres tipos de agresiones antes descritos:

Cuadro 1.

CASO/PRESENCIA DE MALOS TRATOS	FÍSICOS	PSÍQUICOS	SEXUALES
Norman	Bofetadas, empujones, patadas, golpes con diferentes objetos.	Prostitución obligada. Insultos y amenazas. Desvaloración: Obligarla a comer del recipiente del perro y a dormir en el suelo. Manifestaciones somáticas: Intento de suicidio.	Prostitución forzada. como manifestación de violencia sexual en contra de la mujer.
Victoria	Golpes en el rostro, que le dejaban moretones.	Amenazas de muerte.	Intentos de forzar a la mujer a mantener relaciones sexuales. Las negativas de ella para mantener relaciones con su marido

mujeres deben soportar otro miedo que los hombres casi nunca enfrentan: *el miedo a ser violadas*. Este miedo es una constante en la vida de las mujeres, del que no pueden escapar.”.

			desencadenaban situaciones de violencia física y verbal.
<i>Haustyrannen-Fall</i>	Bofetadas, pisotones. Golpes que la dejaban inconsciente o que le generaban secuelas que debían ser tratadas médicamente.	La acusada debía cumplir las órdenes de su marido, de lo contrario éste la agredía. Desvaloración y humillaciones en público. Insultos. Manifestaciones somáticas: Varios intentos de suicidio.	

C.). Inexistencia de posibilidades de salvación por otras vías.

Las mujeres en los tres casos tomaron medidas para evitar el peligro. Judy Norman llamó a los alguaciles y éstos le dijeron que no podían hacer nada si no interponía una denuncia. No recibió la ayuda inmediata que necesitaba, por parte de las autoridades. De igual manera, pidió ayuda en los centros sociales de su vecindario, pero, al enterarse de esto, su marido reaccionó violentamente en su contra. Incluso trató de suicidarse para terminar con su sufrimiento. Por su parte, Victoria trató de divorciarse, pero su marido la amenazó de muerte.

En el *Haustyrannen-Fall*, la procesada dejó su casa y se fue a un refugio de mujeres maltratadas, porque irse a casa de sus padres no era una opción viable. Temía que su marido no solo la atacara a ella, sino también hiciera algo contra su familia y, al igual que Judy Norman, trató de suicidarse en varias ocasiones.

El común denominador de los tres casos está en el hecho que las mujeres no tenían opciones de salvamento. Tanto es así, que llegaron a pensar que quitarse la vida era una opción para salvarse del peligro constante en el que se encontraban⁴⁷. El estado físico y psicológico en el que estaban, a causa del maltrato, les impedía defenderse de otra manera. Todas temían las reacciones violentas de sus maridos y todas decidieron matarlos.

D.) Relación de tiranía privada.

Ahora bien, otro aspecto común a los tres casos es el hecho de que la relación existente entre las procesadas y sus parejas es una relación de tiranía privada o de control coercitivo⁴⁸. Este tipo de relaciones se caracterizan por la presencia de un sujeto (el tirano) que busca la dominación absoluta de los miembros de su familia, bien sea su compañera sentimental, sus hijos o ambos, que serían los sujetos tiranizados⁴⁹.

El elemento central de las tiranías privadas es la dominación por parte del tirano, respecto a su mujer y/o a sus hijos a través de comportamientos

⁴⁷ Un gran número de mujeres víctimas de maltrato doméstico piensan, al menos una vez, que el suicidio es la única manera de acabar con su sufrimiento. En este sentido: *Vid: DOWNS*. (1996). *op. cit.* p. 61.

⁴⁸ **STARK**, Evan. *Coercive Control*. Oxford University Press. New York. 2007. Kindle Edition. pp. 241 -243.

⁴⁹ **FISHER**, Karla, **VIDMAR**, Neil and **ELLIS**, Rene. "The culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases.". En: Southern Methodist University Law. Rev. Vol 46. 1993. p. 2126.

sistemáticos y reiterados⁵⁰, que constituyen la estructura de este tipo de relaciones.⁵¹ Así, el tirano tratará siempre de evitar que quienes están subyugados busquen coaliciones externas. En otras palabras, desde el principio de la relación buscará que la mujer se aísle y no tenga contacto ni con su familia ni con sus amigos⁵². Esto se explica porque este tipo de coaliciones externas implican que una persona, que no está bajo el control del tirano, tenga información sobre la relación y haga que quien esté siendo tiranizado reaccione de alguna manera, para intentar salir de la relación. La supresión de posibilidades de establecer coaliciones externas se da desde el principio de la relación, porque es en este momento donde la persona víctima de la tiranía puede ser más fácilmente influenciada para que tome medidas para dar por terminado el vínculo que la une con el tirano⁵³.

En estas relaciones, quien toma toda las decisiones es el tirano, por tanto se da una anulación de la capacidad de decisión del tiranizado. Esto atenta directamente contra su libertad de expresión y su autonomía⁵⁴, ya que si trata de hacerse oír o ejercer algún tipo de autonomía, normalmente va a ser *castigado*⁵⁵. Este castigo puede ser o no físico. Se da una coartación de la libertad de expresión y de la autonomía decisoria del tiranizado⁵⁶.

⁵⁰ Sobre los patrones de violencia: Vid.: **BROWNE**, Angela. *When Battered Women Kill*. The Free Press. New York. 1987. Kindle Edition. pp. 58 -61.

⁵¹ **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* p. 763.

⁵² Aislamiento social, emocional y económico. El tirano suele ser el encargado de las finanzas de la familia. **FISHER, VIDMAR and ELLIS**. (1993). *op. cit.* p. 2132. . **STARK**. (2007). *op. cit.* p. 261 - 271.

⁵³ **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* pp. 783 y 784. **MARK**. (2001). *op. cit.* p. 14, quien entiende este aislamiento como una manifestación de violencia social (*Sozialer Gewalt*).

⁵⁴ Se da una "abolición de la capacidad de voto o ejercicio de decisiones " (*abolition of the vote*) del tiranizado. **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* pp. 779 y 780 y se ejerce un control sobre su capacidad de expresión (*control over voice*). pp. 771 -773.

⁵⁵ *Ídem*. pp. 779 y 780. Nota 20.

⁵⁶ **STARK**. (2007). *op. cit.* p. 271.

La violencia o las amenazas de violencia son otro elemento de este tipo de relaciones. Si bien las tiranías privadas no son una relación meramente de maltrato físico y emocional, éste es un componente importante, ya que a través suyo se puede ejercer el control, y por ende la dominación total, que es el fin último del tirano⁵⁷. Si no se cumplen sus órdenes o no se hacen las cosas a su manera, el tiranizado recibirá un castigo⁵⁸. Esta violencia puede ser frecuente y ritualizada o ser utilizada de manera controlada y poco frecuente, de tal manera que sólo haga el daño “necesario” para generar miedo en el sujeto tiranizado; o bien, a través de las amenazas de violencia, mantener el terror como un estado constante⁵⁹. Estas amenazas, en los casos en que hay hijos comunes, pueden ser contra la libertad e integridad de éstos⁶⁰.

El tirano va a evitar que el sujeto tiranizado tenga una vía de salida de la relación. Así, las medidas coercitivas para evitar esta situación constituyen un elemento primordial del régimen de tiranía⁶¹. Normalmente las medidas coercitivas consisten en amenazar la vida y la integridad de la persona, en caso de que esta decida irse o recurrir a ayudas estatales⁶². Y para darle credibilidad a estas amenazas va a aumentar el nivel de violencia para demostrar de lo que sería capaz en caso de que el tiranizado se fuera, y va a tratar de convencerle de que nadie, ni siquiera la ley, tiene capacidad para ayudarlo⁶³.

⁵⁷ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* p. 773. Sobre el maltrato como medio para alcanzar la dominación: *Vid.:* **BOLAND,** Beth I.Z. “Battered Women Who Act Under Duress.”. En: *New England Law Rev.* Vol 28. 1994. p. 608. **STARK.** (2007). *op.cit.* p. 236. **MARK.** (2001). *op.cit.* p. 13.

⁵⁸ **FISHER,VIDMAR and ELLIS.** (1993). *op. cit.* p. 2131.

⁵⁹ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* p. 774. **STARK.** (2007). *op.cit.* pp. 249 -251.

⁶⁰ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* p. 774.. Situaciones de “toma de rehenes” o amenaza de éstas. (*Hostage – Taking and threats of hostage –taking*). Sobre el abuso y/o maltrato de los hijos como una manifestación de violencia doméstica: *Vid.:* **STARK.** (2007). *Op.cit.* pp. 251 - 253.

⁶¹ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* p. 778.

⁶² El tirano le asegura al sujeto tiranizado que si se va de la casa, lo va a perseguir y a acosar por el resto de su vida. *Ídem.* p. 778.

⁶³ *Ídem.* p. 779.

Es evidente que las relaciones que mantenían las procesadas con sus compañeros, en los casos narrados anteriormente, eran relaciones de tiranía. Veamos esto detalladamente en el siguiente cuadro.

Cuadro 2⁶⁴.

Caso/Características de la relación de tiranía.	Evitación de coaliciones externas	Anulación de la voluntad y la autonomía (capacidad de decisión)	Supresión de vías de salida por medio de intimidación y/o violencia.
Norman	De los hechos del caso no se desprende que hubiese una clara evitación de coaliciones externas. Sin embargo, cada vez que Norman buscó ayuda, fue víctima de violencia por parte de su marido.	Prostitución forzada como manifestación de ataque contra su autonomía.	La procesada se va varias veces de la casa, pero su marido la obliga a regresar por medio de amenazas y violencia física. Después de que la procesada acude a los servicios sociales, hay una escalada de violencia física y psicológica.
Victoria	La acusada escondía el dinero que ganaba, por miedo a que su	Maltrato cuando ella se negaba a seguir las órdenes del marido o cuando a él le	Amenaza de muerte después de interponer medidas provisionales de

⁶⁴ Dentro de este cuadro no se listan los episodios de violencia física y/o psicológica, porque éstos ya están contenidos en el Cuadro 1.

	marido se lo quitara.	parecía que no las cumplía adecuadamente. Escalada de violencia ante la negativa de la procesada a mantener relaciones sexuales con su marido.	separación judicial.
<i>Haustyrannen-Fall</i>	De los hechos del caso no se desprende que hubiese una clara evitación de coaliciones externas. Sin embargo, cada vez que la procesada buscó ayuda, fue víctima de violencia, por parte de su marido.	Malos tratos como castigo por no cumplir las órdenes dadas por su marido con la velocidad que él deseaba que fuesen cumplidas.	Amenazas de acoso si ella se iba de la casa. Le recuerda que ni estando en prisión la va a dejar en paz.

E.) El medio de defensa utilizado.

En los tres casos objeto de análisis, las mujeres mataron a sus maridos con un arma de fuego, mientras éste se encontraba dormido (Norman y *Hautyrannen-Fall*) o distraído (Caso de Victoria).

I.3. Caso modelo.

Partiendo del análisis de los tres casos base, procederemos entonces a exponer las circunstancias fácticas y características que deben tener las situaciones a las que aplicaremos la teoría desarrollada a lo largo de las siguientes páginas.

La situación fáctica debe ser la siguiente:

Estamos frente a un caso de maltrato reiterado por parte de la pareja sentimental o de un familiar cercano (con el que convive) a la víctima. Por maltrato reiterado hacemos referencia a agresiones físicas y verbales, maltrato psicológico y/o violencia sexual, que se repiten de manera sistemática.

El agresor es un sujeto machista, que normalmente abusa del alcohol y/o las drogas y que tiende a humillar a su pareja. Es un hombre controlador y dominante, lo que se evidencia en el trato deshumanizante y abusivo que le da a la víctima (le da ordenes, la maltrata si no las cumple, la obliga a mantener relaciones sexuales, la humilla en privado y en público). Las agresiones del maltratador están dirigidas a minar el autoestima y la confianza propia de la víctima y a reafirmarse como “amo del hogar”. De igual manera, todas las características de una relación de tiranía privada están presentes⁶⁵. Es decir, el agresor aísla a la mujer, alejándola de sus familiares y amigos (evitación de coaliciones externas), le impide buscar vías de salida por medio de la intimidación y/o la violencia y trata de anular constantemente la capacidad de decisión y la autonomía de la mujer.

Por otro lado, estamos en presencia de una mujer asustada, que ha tratado de escapar de la situación de maltrato de la que es víctima, pero que por temor a las reacciones de su marido o por ineficiencia de las autoridades no ha podido

⁶⁵ Vid.: *Supra* Cuadro 2.

hacerlo. Es una mujer que, por experiencia, sabe que su marido reaccionará violentamente en determinadas circunstancias y es víctima de un patrón de violencia⁶⁶. Ha sido constantemente amenazada por su marido, sabe que su vida – a los ojos de su agresor- no tiene valor alguno, ya que éste se lo ha hecho saber y teme constantemente por su vida (y en ocasiones por la de sus hijos)⁶⁷.

Debido a ese temor, no es capaz de enfrentarse a su marido mientras éste la agrede, y sabe que si se trata de defender las agresiones serán peores. La víctima de agresiones constantes está deprimida, normalmente se encuentra en mal estado de salud y vive en un constante estado de terror.

En algunas ocasiones ha intentado pedir ayuda o buscar soluciones alternativas a su problema, y al ver que éstas no han sido útiles, bien porque no obtiene la ayuda deseada, bien porque el nivel de violencia en su contra se incrementa, se da cuenta de que la única forma de salvarse es matando al tirano en un momento donde no haya confrontación; es decir, mientras está dormido, borracho o distraído.

⁶⁶ **DUTTON**, Mary Ann. *Empowering and healing the Battered Woman: A Model for Assessment and Intervention*. Springer Publishing Company. New York. 1992. p.4. "La mujer maltratada es víctima de más que de episodios discretos de violencia. Así, el abuso se caracteriza por la ocurrencia continua de varios comportamientos por parte de su pareja, dirigidos a ejercer poder y control sobre ella, por un periodo de tiempo de meses o de años". Este patrón que describe Dutton no atiende a la misma lógica que el BWS desarrollado por Walker. Al respecto: Cfr.: **DOWNS**. (1996). *op. cit.* p. 60.

⁶⁷ Para una amplia descripción de las características que desarrollan las mujeres maltratadas: Cfr.: Testimonio del Dr. Althoff dentro del caso *People v Beasley*. Citado por: **OGLE y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 369/3040.

SEGUNDA PARTE: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN. LAS DIFERENTES SOLUCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

INTRODUCCIÓN.

La doctrina y la jurisprudencia no han sido indiferentes a las situaciones de la “muerte del tirano doméstico”. Con la consciencia y la certeza de que estamos frente a una situación que merece una reflexión jurídica, se ha venido realizando un esfuerzo por buscar una solución jurídicamente correcta para los casos de las mujeres víctimas de maltratos constantes y reiterados que matan a sus agresores mientras éstos duermen, están desprevenidos o se encuentran bajo la influencia de algún tipo de sustancia alcohólica o psicotrópica.

Los autores que tratan esta problemática consideran, de manera unánime, que se debe buscar una solución jurídica para atenuar o eximir, bien sea por vía de justificación o exculpación, de pena a las mujeres víctimas de violencia doméstica que matan a sus agresores. Parece ser que la percepción general es que estas mujeres no deben responder por un delito de asesinato u homicidio o, al menos, no de la misma manera (en términos de gravedad de la pena), que otras personas que han sido autoras de los delitos mencionados⁶⁸.

⁶⁸ En España por ejemplo: Cfr.: **LARRAURI**. (2008)A. *op cit.* pp. 41 -94. **OLMEDO CARDENETE**, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier. Barcelona, 2001. pp. 119 y ss. **MAYORDOMO RODRIGO**, Virginia. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*. Universidad del país Vasco. Bilbao, 2003. pp. 149 y ss. **VARONA GÓMEZ**. Daniel. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Comares. Granada, 2000. pp. 307 y ss. y del mismo autor: “La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica.” En: **LARRAURI**, Elena y **VARONA GÓMEZ**, Daniel. *Violencia Doméstica y Legítima Defensa*. EUB. Barcelona, 2005. pp. 90 – 144. **REQUEJO CONDE**, Carmen. *La legítima defensa*. Tiran lo blanch. Valencia, 1999. pp. 129 y ss. **JIMÉNEZ DIAZ**, María José. “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés

Ya en 1983 el *BGH* abogaba por hacer un análisis de la posible configuración de alguna causas de justificación o exculpación en este tipo de casos. En su sentencia del 02. 08. de 1983, este Tribunal ordena un nuevo juicio para una mujer que mató a su marido maltratador, mientras éste dormía y que había sido condenada por asesinato⁶⁹.

El *BGH* consideró que el juez de primera instancia se apresuró a la hora de emitir su fallo, ya que no tuvo en cuenta la insoportable situación en la que se encontraba la mujer debido a la tiranía a la que se veía sometida por parte de su marido, la agonía y el miedo que le generaba el comportamiento terrorífico del difunto. A los ojos del *BGH* esto debió tenerse en cuenta a la hora de analizar el caso, y además recomendó hacer un análisis de la posible concurrencia de causas de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad y causas de ausencia de culpabilidad como el estado de necesidad exculpante, el estado de necesidad putativo y la legítima defensa putativa⁷⁰.

postraumático y eximente de miedo insuperable.”. En: *Estudios penales sobre violencia doméstica*. (Lorenzo Morillas Cueva. Coord.) ER. Madrid, 2002. pp. 287 y ss. **SUÁREZ LÓPEZ**, José María. “Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica.” En: *Estudios penales sobre violencia doméstica*. (Lorenzo Morillas Cueva. Coord.) ER. Madrid, 2002. pp. 239 y ss. **MUÑOZ CONDE**, Francisco. “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa.”. En: *Revista penal*, no. 24. Julio de 2009. pp. 122 -134. (El citado artículo constituye una variación de otro artículo del autor. *Vid.* **MUÑOZ CONDE**, Francisco. “¿”Legítima defensa” putativa?. Un caso límite entre justificación y exculpación.”. En: *Estudios penales y criminológicos*. No. 15. 1990 -1991. pp. 265 - 288. No nos referiremos a esta versión, ya que ésta no contiene el apartado donde el autor expone su posición frente al tema de la muerte del agresor, por parte de la mujer maltratada, en situaciones donde no hay confrontación.). Entre otros. En Alemania: **GROPENGIEßER**, Helmut. *Der Haustyrannenmord. Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht*. Dunker & Humblot – Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin, 2008. **GEERDS**, Dehev. “Das Ende des Tyrannen” En: *JURA*. 6. 1992. pp. 321 -324. **BECKEMPER**, Katharina. “Tötung des Familientyrannen”. En: *JA*. Heft. 2. 2004. pp. 99-104. **TRECHSEL**, Stefan. “Haustyrannen <<mord>> - ein Akt der Notwehr?” En: *KritV. F.S. für Hassemer zum 60 Geburtstag*. 2000. pp. 183-191. **OTTO**, Harro. „Heimtückemord unter außergewöhnlichen Umständen/Haustyrannen-Fall”. En: *NstZ*. 2004. pp. 142 -144. Entre otros.

⁶⁹ Sentencia de *BGH* del 2.08.1983 - 5 StR 503/83. *NStZ*. 1984. pp. 20 y 21.

⁷⁰ *Ídem*. p. 21.

Si bien la mayoría de los autores en España y Alemania niegan la posibilidad de enmarcar estos supuestos dentro de la legítima defensa, en Estados Unidos hay un gran sector doctrinal que defiende la aplicación de la *self defense*.

Este tema ha sido ampliamente tratado por la doctrina anglo-norteamericana, tanto que parece ser un tema obligado en las monografías y artículos sobre la defensa propia y en los apartados que la tratan en los manuales⁷¹. La doctrina anglo-norteamericana se ha visto influenciada por este tipo de casos de tal manera que se ha replanteado la forma de entender los requisitos generales de la *self-defense*⁷², porque las situaciones de mujeres maltratadas que matan a sus maridos en contextos donde no hay confrontación representan un reto para esta figura⁷³. Este reto deriva de la misma preocupación existente en España y Alemania sobre qué hacer respecto a estas situaciones en las que, aunque no parece lógico condenar a la mujer que ha sido maltratada durante años, por tratar de salvarse a sí misma y/o a sus hijos, la defensa propia, aparentemente, es inapropiada para exonerarla de responsabilidad penal.

⁷¹ Vid.: **SANGERO**, Boaz. *Self- Defence in Criminal Law*. Hart Publishing. Oxford-Portland, Oregon, 2006. pp. 339 y ss. **LEVERICK**, Fiona. *Killing in Self-Defence*. Oxford University Press. Oxford – NY., 2006. pp. 87 -108. **NOURSE**, Victoria. “Self -Defense”. En: *The Oxford Handbook of Criminal Law*. (Dubber/Hörnle. Eds.) Oxford University Press. Oxford- NYC, 2014. pp. 621 y ss. **DRESSLER**, Joshua and **GARVEY**, Stephen. *Cases and materials on Criminal Law*. 6th Edition. West. Thomson Reuters. USA, 2012. p. 512 y ss. **DRESSLER**, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 6th. Edition. Lexis Nexis. USA, 2012. p. 240 y ss. **LaFAVE**, Wayne R, *Criminal Law*. 9th Edition. West, USA, 2010. pp. 574 y 576. **LIPPMAN**, Matthew. *Contemporary Criminal Law: Concepts, Cases, and Controversies*. 2nd Edition. Sage. USA, 2010. p. 227 y ss. Entre otros. El número 57 de la University of Pittsburgh Law. Rev de 1996, estuvo enteramente dedicado al tema de las mujeres maltratadas que matan en situaciones sin confrontación.

⁷² En inglés de Estados Unidos se escribe la palabra *defense* con S, siguiendo la ortografía (*spelling*) anglo- francesa, mientras que inglés británico y canadiense la palabra *defence* se escribe con C. Ambas formas de escribir la palabra serán utilizadas a lo largo de las siguientes páginas, dependiendo del país del que provengan la doctrina y la jurisprudencia referenciadas. Sin embargo, en los apartes donde no se hace referencia a algún país específico, hemos optado por utilizar la ortografía estadounidense.

⁷³ Así: Cfr: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 116.

La inimputabilidad no aparece como una opción de solución, porque parecen configurarse en la mujer los requisitos necesarios para reconocer que se encuentra en capacidad de comprender lo injusto de su conducta o actuar conforme a esa comprensión⁷⁴. Algo similar sucede con la *diminished responsibility*⁷⁵ en el derecho anglo norteamericano. Ésta aparece como una opción que ha venido perdiendo fuerza con el paso del tiempo. A simple vista parece una solución sencilla alegar que la mujer que mata a su marido en situaciones donde no hay confrontación padece de un trastorno mental (quizás causado por los años de maltrato) y que precisamente, es a raíz de ese trastorno que mata a su agresor. Contra esta solución no sólo se han alzado las voces feministas, sino en general la doctrina, dando razones que niegan su corrección en estos casos y que fundamenta el hecho de que haya perdido terreno con respecto a otras opciones de defensa.

Contra este tipo de soluciones se alega, en general, que a través de ellas se priva de racionalidad a la actuación de la mujer, convirtiéndola en una reacción excesiva y anormal, dejando de lado el hecho de que su actuación haya sido razonable dentro del contexto⁷⁶. De igual manera, aplicar estas figuras implica reforzar la idea de que las reacciones defensivas de las mujeres maltratadas son irracionales⁷⁷, estereotipo que ha sido un obstáculo a la hora de reconocer una

⁷⁴ Sobre el concepto y el contenido de la inimputabilidad Vid.: Por todos: **MARTÍNEZ GARAY**, Lucía. *La imputabilidad penal concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. **MIR PUIG**, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 10 Edic. Reppertor. Barcelona, 2016. p. 581.

⁷⁵ Excusa parcial que reduce la responsabilidad por asesinato (*murder*) a homicidio (*manslaughter*). Quien se defiende debe padecer una anomalía mental que le impide responsabilizarse de sus actos. La anomalía puede ser causada por una enfermedad mental o por una lesión que generó dicha anomalía. **CLARKSON**, C.M.V. *Understanding Criminal Law*. Sweet & Maxwell. London, 2001. p. 103. En la misma línea: Cfr.: **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 255.

⁷⁶ **BRADFIELD**, Rebeca. "Women Who Kill: Lack of Intent and Diminished Responsibility as the other <defences> to spousal homicide.". En: *Current Issues in criminal justice*. Vol 13. N0. 2. 2001. p.144.

⁷⁷ **TYSON**, Danielle. *Sex, Culpability and the defence of Provocation*. Routledge. London and New York. 2013. Kindle Edition. Pos. 758/7142. "Masculinity has historically, philosophically and

defensa diferente en casos de mujeres que matan a sus agresores⁷⁸. Nos suscribimos a estos alegatos.

Debido a que parece haber una relativa unanimidad respecto a que la solución no se encuentra en estas figuras⁷⁹, no consideramos relevante analizar los requisitos de configuración de éstas y su posible aplicación en los casos que nos ocupan.

Por último se encuentran las soluciones que, si bien no eliminan la responsabilidad penal de la mujer, sí la reducen. Quienes defiende estas soluciones son aquellos autores que, si bien no consideran que la mujer deba ser exonerada, creen que su conducta no tuvo lugar en un contexto delictivo común, y por tanto, la pena no debe ser aquella que se le impone a las conductas que sí tienen lugar en este tipo de contextos.

Por su parte, las soluciones jurisprudenciales coinciden, en gran medida, con las que ha dado la doctrina. Cuando los tribunales se han enfrentado a casos en los que la mujer víctima de violencia doméstica constante mata a su agresor en situaciones sin confrontación, también se han decantado por aplicar causas de justificación, de exculpación o figuras que conducen a una atenuación de la pena.

politically been constructed positively and threatened as a normative in terms of culture, reason and rationality; the feminine, in contrast, <has been socially constructed as <other> to the masculine norm and is invariably associated with nature, the body, disorder, and irrationality."

⁷⁸ Al respecto: Cfr.: O'DONOVAN, Katherine. "Defences for Battered Women Who kill". En: *Journal of Law and Society*. Vol.18. No. 2 . 1991. pp. 229 y 230.

⁷⁹ De hecho, Dressler recuerda que en Estados Unidos, esta defensa se utilizaba antes de que se planteara la posibilidad de alegar una defensa propia. Al respecto: Cfr.: DRESSLER, Joshua. "Battered women who kill their sleeping tormenters: Reflections on maintaining respect for human life while killing moral monsters. En: *Criminal Law Theories: Doctrines of the general part*. (Shutesand/Simester Eds.). Oxford University Press. Oxford- NYC. 2002. p. 277.

Sin embargo, algunos pocos casos, sobre todo en el Reino Unido, fueron solucionados a través de esta figura. Vid.: Court of Appeal. *R. v Kiranjit Ahluwalia*, [1993] 96 Cr. App. R. 133 y *R v Thornton* (2). [1996] 1 WLR 1174.

Podemos adelantar entonces que las soluciones que da la doctrina y la jurisprudencia a estos casos se pueden dividir en tres grupos: soluciones en sede de justificación (*Infra.* Capítulo primero), soluciones en sede de ausencia de culpabilidad (*Infra.* Capítulo segundo) y las soluciones que implican solamente una reducción punitiva. (*Infra.* Capítulo tercero).

EXCURSO: El Síndrome de la mujer maltratada (*Battered Woman Syndrome - BWS*).

Debido a que este síndrome ha sido utilizado para fundamentar la existencia de la *self-defense* (y en ocasiones la de la *provocation*) en los ordenamientos anglo norteamericanos, y es utilizado por algunos autores españoles para fundamentar su propuesta de solución a nuestro universo de casos, consideramos relevante explicar brevemente su surgimiento y características.

El síndrome de la mujer maltratada (en adelante SMM) fue descrito por primera vez en 1977 por Leonore E. Walker⁸⁰. Los resultados de este estudio fueron el fundamento para que este síndrome fuera incluido como un sub-tipo del TEPT en el DSM III en 1980⁸¹. En 1984, Walker publicó las conclusiones de su estudio en las que explica que SMM consiste en un patrón de signos y síntomas que tienen las mujeres luego de haber sido víctimas de malos tratos por parte de sus parejas sentimentales, las cuales, a través de dominio y la coerción, pretenden que la mujer haga su voluntad⁸². Los criterios utilizados para diagnosticar este síndrome, son seis a saber: 1. recuerdos constantes de los eventos traumáticos, 2. hiperexitación y altos niveles de ansiedad, 3. comportamientos evasivos y embotamiento emocional que se manifiesta como depresión, disociación,

⁸⁰ **WALKER**, Leonore. *Battered Women*. 1979. Kindle edition, HarperCollins e-books-2009.

⁸¹ **WALKER**, Leonore E. *The battered woman syndrome (with research associates)*. 3. Ed. Springer. USA, 2009. Kindle Edition. pos. 942/8591.

⁸² **WALKER**, Leonore E. *The Battered woman syndrome*. Springer publishing company. New york. 1984.

minimización, represión y negación, 4. Interrupción de las relaciones personales como medida de control y dominio del agresor, 5. percepción distorsionada de la imagen propia y/o manifestaciones físicas o somáticas y 6. problemas relativos a la intimidad sexual⁸³.

Los compañeros de estas mujeres son celosos y posesivos en exceso, ejercen contra ellas violencia verbal extrema a través de comentarios de naturaleza degradante que contienen juicios de valor negativos. Así mismo, suelen restringir las actividades a sus parejas, valiéndose de la violencia física y/o psicológica, amenazarlas de manera no verbal o verbal con castigos futuros y agredirlas sexual y físicamente⁸⁴.

Las mujeres que cumplen estos criterios, según Walker, son víctimas de malos tratos que, además, presentan una condición denominada “indefensión aprendida”, que la autora desarrolló para explicar por qué las mujeres maltratadas no se van de sus casas, ni dan muestras de querer terminar con la relación que las une a su maltratador.

Luego de analizar los resultados de un estudio realizado por Seligman, en el que asocia la no reacción de un grupo de perros sometidos a malos tratos constantes (los animales, luego de ser maltratados, pierden la capacidad o la habilidad de defenderse), con una manifestación de depresión humana⁸⁵, la autora concluye que, como los perros, estas mujeres pierden la habilidad de predecir qué hacer en una situación particular, y esta inhabilidad es la responsable de que se den distorsiones en la percepción. Por tanto, son incapaces de defenderse de los ataques de los que son víctimas⁸⁶.

⁸³ **WALKER.** (2009). *op. cit.* pos. 952-955/8591.

⁸⁴ *Ídem.* pos. 1014-1020/8591.

⁸⁵ **SELIGMAN,** Martin. E.P. *Helplessness: On Depression, Development and Death.* W.H. Freeman. San Francisco, 1975.

⁸⁶ **WALKER.** (1984). *op. cit.* pp. 86 -94. **WALKER.** (2009). *op cit.* pos. 1341/8591.

Esta teoría ha sido utilizada desde finales de los años 70 para fundamentar la existencia de la *self-defense* en procesos relativos a mujeres que matan a sus agresores en situaciones sin confrontación. A través del SMM se pretende demostrar que la mujer creía razonablemente que no tenía otra salida y por eso decide matar a su compañero.

Sin embargo, la utilización de este síndrome dentro de los procesos judiciales como fundamento para la *self-defense* ha sido ampliamente criticada por diferentes autores, cuestión de la que nos iremos ocupando a lo largo del presente trabajo y respecto a la cual expondremos nuestro punto de vista en las conclusiones intermedias que se encuentran al final de esta segunda parte.

CAPÍTULO PRIMERO: LAS SOLUCIONES EN SEDE DE JUSTIFICACIÓN.

I.1. La legítima defensa del Derecho continental.

La gran mayoría de los autores que han tratado el tema descartan la posibilidad de encuadrar estos supuestos dentro de la eximente de legítima defensa. En los casos de la muerte del tirano doméstico en situaciones donde no hay confrontación, se ha negado la existencia de la legítima defensa porque la agresión no es actual⁸⁷, porque hay una falta de necesidad racional en el medio empleado y/o existe una ausencia del aspecto subjetivo, es decir, la voluntad de defensa⁸⁸.

a. Normalmente, se ha dicho que en los casos de situaciones donde no hay confrontación no se configura una agresión actual precisamente por eso, porque no hay confrontación de ningún tipo. En estos casos la víctima espera a que su agresor esté desprevenido (dormido etc.) para ejercer su acción defensiva y es por ello que no se configura una situación clara de ataque. Tampoco se podría hablar de inminencia de la agresión porque, al estar desprevenido el agresor, no hay fundamentos objetivos y razonables para que la mujer crea que será víctima de una agresión en un futuro cercano. No parece entonces existir una agresión

⁸⁷ Sobre los requisitos de la legítima defensa, tema del que nos ocuparemos más adelante, Cfr.: **MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando. "La legítima defensa en el derecho penal". En: RJUAM. No 25. Año 2012. pp. 19-48. Sobre la la agresión y sus características en la doctrina española: Cfr.: Por todos: **LUZÓN PEÑA**, Diego Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Segunda edición. B. De F. Buenos Aires, 2006.

⁸⁸ Al respecto: Cfr.: **LARRAURI**. (2008)A. *op. cit.*. p. 55, quien trata de desvirtuar estas críticas, como se verá más adelante. **VILLEGAS DÍAZ**, Myrna. "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal.". En Revista de Derecho. Vol XXIII – No. 2. Diciembre de 2010. pp. 151 -160.

actual o inminente que se enmarque dentro del primer requisito de configuración de la legítima defensa⁸⁹.

Esta posición se ve reflejada en algunas sentencias del TSe. donde no se reconoce la configuración de la legítima defensa porque, a los ojos de este órgano juzgador, la agresión ha cesado y por tanto no es actual.

En primer lugar está la STSe. del 1 de octubre de 1991:

Aurora y Fermín se casaron el 23 de julio de 1966, unión de la cual nacieron dos hijas. Las relaciones entre los cónyuges fueron tensas desde el principio de su

⁸⁹ En esta línea: **OLMEDO CARDENETE**. (2001). *op. cit.* p. 119. **IGLESIAS RÍO**. Miguel Ángel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*. COMARES. Granada, 1999. pp. 429 y 430. Para este autor, no cabe una legítima defensa en estos casos, bien sea porque no se está en presencia de una agresión actual, bien porque hay un exceso defensivo. Así: **GROPENGIEßER**. (2008). *op. cit.* p. 84. Según este autor, mientras el agresor esté dormido, los abusos anteriores han llegado a su fin y los nuevos aún no son inminentes. Por tanto no hay un ataque actual y no hay una situación de legítima defensa (*Notwehrlage*). En la misma línea: **GEERDS**. (1992). *op. cit.* p. 321. **ARTKÄMPER**, Heiko, **ESDERS**, Rudolf, **JAKOBS**, Carola und **SOTELSEK**, Marc. *Praxiswissen Strafverfahren bei Tötungsdelikten*. ZAP verlag. Köln, 2012. p. 123/183. **OTTO**, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 6. Aufl. Wde G, Berlin, 2000. §8/40. **JÄGER**, Christian. *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*. Augl.6, C.F. Müller. Hamburg, 2013. §4/114, quienes niegan la legítima defensa en estos casos porque la acción defensiva se realiza antes de que se de, en contra de quien la ejerce, una agresión actual. Sin embargo reconocen que es posible que en el futuro se vaya a configurar una lesión contra los bienes jurídicos de la mujer. **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/20. **BECKEMPER**. (2004). *op. cit.* p. 102. **KÜHL**, Kristian. *Strafrecht A.T.* 7 Aufl. Vahlen, München, 2012. §7/24. **ZORN**. (2013). *op. cit.* p. 91. **HILLENKAMP**. (1995). *op. Cit.* pp. 152 - 154. **OTTO**. (2004). *op. cit.* pp. 143. **RINGELMANN**, Christoph. „Mord an der Grenze von Unrecht und Schuld. Der Haustyrannenmord zwischen Unrecht. Schuld und Strafe“. En: *Grenzen des rechtfertigenden Notstands*. (M.Mona/K. Seelmann. Coords.). Schulthess. Basel, 2006. p. 209. **MORRIS**, Oisín. *Die normative Restriktion des Heimtücke begriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen*. Duncker & Humblot. Berlin, 2010. p. 147, quien considera que los ataques de los que es víctima la mujer, se pueden entender como agresiones en el sentido de la legítima defensa, pero no son actuales en el momento en el que se desarrolla la acción defensiva.

matrimonio. Discutían frecuentemente de manera violenta, lo que los llevó a separarse temporalmente en varias ocasiones.

En 1983 Fermín fue diagnosticado con la enfermedad de Chacor Marie Tooht, caracterizada por producir parálisis progresiva que, a su vez, le generó depresiones y alteraciones en el ánimo y la conducta. Esto aumentó las discusiones entre la pareja y el maltrato y las amenazas contra Aurora por parte de su marido. Por todo ello, Aurora sufrió un cuadro de depresión mayor que requirió de tratamiento psiquiátrico. En 1987 Aurora solicitó el divorcio y la pareja vivió separada un tiempo. Reanudaron su relación, pero ésta continuó siendo tensa porque las situaciones de amenazas y malos tratos por parte de Fermín se siguieron presentando, ahora con mayor intensidad.

La noche del 1 de marzo de 1989, la pareja tuvo una fuerte discusión que terminó cuando Aurora se fue a dormir. Pasadas unas horas, Fermín la sacó violentamente de la cama y la pareja inició, de nuevo, una acalorada discusión durante la cual Fermín amenazó a Aurora y la golpeó con un candelabro. La acusada tomó otro candelabro con el que empezó a golpear a su marido. A raíz de los golpes mutuos, Fermín y Aurora cayeron al suelo y allí continuó la lucha; Aurora le proporcionó varios golpes a su marido en la cara y en la cabeza con un candelabro y con una figura de bronce. A raíz de la discusión, las hijas de la pareja se despertaron, pero Aurora las mandó de nuevo a dormir porque “iba a pasar algo” y no quería que ellas estuvieran presentes. Aurora se dirigió a la cocina, en donde tomó un cuchillo y regresó al lugar en el que se encontraba su marido. Le clavó el cuchillo varias veces en el cuello causándole la muerte. Aurora llamó inmediatamente a la policía y confesó todo.

La Audiencia de instancia condenó a Aurora por un delito de parricidio atenuado por la debilidad mental y el arrepentimiento espontáneo, a una pena de doce años de prisión. La defensa de Aurora interpuso un recurso de casación por infracción de ley fundamentado en la no aplicación de la eximente de legítima defensa y, de manera subsidiaria, por no haberse aplicado una

legítima defensa putativa basada en un error invencible, ya que ella creía que la violencia en su contra iba a continuar.

EL TSe. plantea los problemas jurídicos a solucionar: a.) “¿se mostraba necesaria la muerte del antagonista de la procesada para seguir manteniendo que la misma obró hasta lograr el éxito letal bajo los dictados de la eximente?. En una palabra, en esta segunda fase de la acción ¿siguió existiendo la agresión ilegítima que justificara la extrema reacción de la procesada?”⁹⁰ y b.) “¿Cabe afirmar la supuesta creencia de la procesada en que el marido había de continuar en la escalda de violencia?.”⁹¹.

Respecto al primer problema, el TSe. establece que hasta antes de que la procesada se levantara y fuera a buscar un cuchillo a la cocina, había una agresión provocada por el marido y la reacción de Aurora de golpear a Fermín con un candelabro y una figura de bronce se podía calificar como legítimamente defensiva. Pero, para el TSe., se dio un “corte o cesura en el circuito acción agresiva-reacción defensiva”, lo que generó la ausencia de la unidad de acto, necesaria para la configuración de la eximente de legítima defensa. No había una base fáctica para asegurar que, como alegó la defensa, la acusada estuviera esperando una escalada en la violencia por parte del marido.⁹².

⁹⁰ STSe. del 1 de octubre de 1991. No. 4966/1991.

⁹¹ *Ídem*.

⁹² “No puede desconocerse, como hace la recurrente, que el marido padecía la enfermedad o síndrome de CHARCOT MARIE TOOTH consistente en atrofia muscular hereditaria que, como afirma el factum, le producía progresiva paralización de los miembros inferiores (...). Esto quiere decir que si el marido caía al suelo, como ocurrió en la lucha sostenida con su mujer, le tenía que resultar muy difícil cuando no imposible recuperar la verticalidad si no era ayudado. (...). Postrado en el suelo el marido, resultaba prácticamente inerte, si a su posición de incapacidad producida por su grave minusvalía se añaden los “múltiples” golpes que le propinó en cabeza y cara su mujer primero con un candelabro y luego con una figura de bronce en respuesta a los golpes que recibió aquél. Llegada a este punto de su acción, la procesada pudo contar con la ayuda de sus hijas, en especial la mayor, para pedir auxilio, ya a los vecinos, ya a la Policía, como lo hizo después de acuchillar al marido en zona tan vital como el cuello, haciendo uso del teléfono de que disponían en casa.” STSe. del 1 de octubre de 1991. Fundamento segundo.

Para el TSe. la agresión ilegítima había cesado y la acusada reanudó la defensa sin necesidad, por lo que no es posible la concurrencia de la eximente. Al no existir la agresión, se configura un caso de exceso extensivo que anula la eximente en sus dos grados (completa e incompleta). Tampoco observó un exceso intensivo porque, al no haber necesidad de defensa por inexistencia de la agresión, tampoco hubo racionalidad del medio empleado.

Al segundo problema jurídico responde el TSe. que, con base en lo que ya había argumentado, no era posible la concurrencia de un error en los presupuestos de la legítima defensa.

El TSe. desestimó los dos fundamentos del recurso de la procesada y confirmó la condena de la Audiencia Provincial.

En segundo lugar está la STSe. de 30 de septiembre de 1993, cuyos hechos probados son los siguientes:

El 24 de julio de 1988, el matrimonio conformado por Casimiro y Aurora y sus cinco hijos pequeños, se dirigieron a la casa de campo propiedad de la familia, en una vereda de Murcia. Luego de trabajar todo el día en el campo, Casimiro regresó a la casa y solicitó mantener relaciones sexuales con su esposa, a lo que ésta se negó porque los niños estaban en casa y las habitaciones no tenían puertas. A raíz de la negativa de Aurora, Casimiro, como en otras tantas ocasiones, empezó a insultarla y la desvistió a la fuerza hasta dejarla en ropa interior. La acusada intentó salir de la casa, pero al verse casi desnuda regresó. Casimiro volvió a insultarla y la golpeó en la cabeza contra la pared. En ese momento Casimiro se dirigió al cuarto donde guardaba los instrumentos de la labranza y tomó una pala, que se cayó al suelo. Casimiro tropezó y Aurora, en una situación de miedo y angustia, cogió la pala y lo golpeó en repetidas ocasiones, luego tomó una picoleta y lo golpeó en el cráneo. Estos últimos golpes le causaron a Casimiro varias fracturas craneales, contusiones cerebrales y

hemorragias que le causaron la muerte. Aurora llamó a la Guardia Civil y contó lo sucedido.

La Audiencia Provincial condenó a Aurora por un delito de parricidio con la concurrencia de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio y la atenuante de arrepentimiento espontáneo, a cuatro años y dos meses de prisión. La defensa de Aurora recurrió la sentencia por tres motivos. El primero no es relevante para el análisis que pretendemos hacer, así que nos concentraremos en el segundo y el tercero. El segundo, por infracción de ley, por no aplicarse un error sobre la existencia de las circunstancias objetivas de la legítima defensa, ya que Aurora creía que iba a ser agredida con la pala que portaba su marido. Y el tercero, por no aplicarse la eximente de miedo insuperable.

En primer lugar, el TSe. recuerda los argumentos esgrimidos por el Tribunal de instancia para negar la existencia de la legítima defensa por falta de agresión ilegítima:

“El mucho tiempo transcurrido desde que el marido había golpeado a su esposa; el que fuera ella la que acudió a la habitación donde éste se encontraba; el que no hubiera exteriorizado ni siquiera ademán de agredirla y que fuera ella la que le golpeó cuando el marido se encontraba a gatas, en el suelo, primero con la pala y posteriormente con una picoleta, con tal intensidad y reiteración que le produjo varias fracturas de cráneo, contusiones cerebrales y hemorragias meníngeas que le causaron la muerte, no abonan, a juicio del Tribunal de instancia, la presencia de los elementos que caracterizan la situación de legítima defensa.”.

Con base en esta argumentación, el TSe. niega la existencia de un error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, añadiendo a la argumentación que para demostrar que una persona no se encontraba en creencia de actuar amparado por una causa de justificación “es preciso situarse en el momento en el que el sujeto actúa, <<ex ante>> y no <<ex post>>”. En conclusión, el

tribunal niega la existencia de un error sobre la existencia de los presupuestos objetivos de la legítima defensa (en este caso la agresión), porque de los hechos del caso no se desprende que se haya configurado este error o que se configuraran los elementos de la eximente.

Respecto al tercer motivo del recurso, el TSe. reafirma lo argüido por el Tribunal de instancia para negar el miedo insuperable. La Audiencia provincial no apreció la concurrencia de esta eximente porque la acusada fue voluntariamente al lugar donde estaba su marido con la pala y lo golpeó. Para la Audiencia, no resultaba lógico hablar de miedo insuperable cuando la acusada pudo evitar el encuentro con su marido. Luego, el TSe. recoge la doctrina de la sala sobre miedo insuperable, a saber: a.) que haya una incidencia en la psique del agente de la creencia de la producción de un daño grave e inminente, b.) que el miedo producido sea invencible⁹³ y que coloque al agente en una situación de no dominio de su voluntad y c.) que sea causado por un hecho real y efectivo que sea anuncio de un mal mayor al causado por el agente. Aplicando lo anterior a los hechos del caso, de la mano de la argumentación del Tribunal de instancia, el TSe. niega la existencia de esta eximente en el caso concreto.

De las dos sentencias españolas podemos concluir, en primer lugar, que las soluciones dadas por el TSe. a los casos de muerte del agresor en situación donde no hay confrontación no son, a nuestro juicio, satisfactorias, ya que el TSe. parte de la base de que ni siquiera existe una agresión en estos casos, cuando es clarísimo que, al menos, habría una agresión interrumpida. Y en segundo lugar, que la posición del TSe. es exactamente igual a la de la doctrina.

b. Ahora bien, contra el argumento de no actualidad de la agresión, se ha dicho que la mujer ha sido víctima de maltratos constantes y que esos maltratos

⁹³ Es decir, no dominable por la generalidad de las personas. Esto indica la utilización del criterio del hombre medio.

configuran una agresión extendida en el tiempo. Se trataría de entender que el concepto de agresión actual también se compone por la idea de una agresión permanente, entendido como un comportamiento que subyuga a la víctima a través de violencia física y que viola de manera grave su dignidad humana.

En esta línea, encontramos propuestas como la de Trechsel y Laurrari⁹⁴ que, sin ampliar los requisitos de la legítima defensa, entienden que en estos casos esta figura es aplicable.

Treschsel aboga porque el concepto de agresión actual sea adaptado al contexto dentro del cual se desarrolla la muerte del agresor. Para este autor, la situación en la que se encuentra la víctima equivale a una agresión permanente y no a un peligro permanente (*Dauergefahr*).⁹⁵

Según Trechsel, el concepto de agresión se debe adaptar al contexto: El tirano de casa ataca y humilla a diario a sus víctimas indefensas y, por tanto, su comportamiento corresponde a aquello que les es subyacente a la noción de “acción continuada” (*Fortgesetzten Handlung*). La violencia física regular anula – con el tiempo – cada voluntad y, casi, cualquier fuerza de voluntad. Genera ansiedad y constituye un grave ataque permanente sobre la integridad psicológica de las víctimas. La mera presencia del tirano va a intimidar a sus víctimas. Así, en lugar de la violencia física, se produce la psicológica, que

⁹⁴ Al respecto Cfr.: **LARRAURI**. (2008)A. *op cit.* pp. 57 y ss. De la propuesta de esta autora nos ocuparemos en el siguiente acápite.

⁹⁵ **TRECHSEL**. (2000). *op. cit.* pp. 183 -191. El autor analiza dos decisiones del Tribunal Suizo. A su juicio este órgano banalizó la situación de las víctimas al establecer que se encontraban frente a un peligro permanente. En contra de esta posición: **MARTIN**, Gian. *Defensivenotstand unter besonderer Berücksichtigung der <<Haustyrannentötung>>*. Schutlthess. Basel. 2010. p.226, quien cataloga la teoría de Treschsel como “poco realista”.

Contra la idea de “agresión permanente”, con especial referencia al caso de la muerte del tirano doméstico, mientras éste duerme: **SK-StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/66.

puede estar presente durante un periodo de tiempo más largo que la violencia física⁹⁶.

Este comportamiento tiránico del maltratador es, a los ojos de Trechsel, inhumano y degradante en el sentido del art. 3 de la CEDH y además viola la dignidad humana de manera grave. Tal violación a la dignidad humana constituye, más que un peligro, un ataque permanente. Así, el tirano no es una mera fuente de peligro, porque quien durante largos periodos de tiempo interviene en los bienes jurídicos de una víctima particular es un atacante, y por tanto se podría ejercer una acción defensiva en su contra, incluso cuando se toma un descanso. Esta situación se asimila a la que caracteriza a los delitos permanentes⁹⁷. Así se configura una presión psicológica constante que es constitutiva de agresión permanente contra la que cabe una acción defensiva⁹⁸. En contra de esta idea, algunos autores sostienen que “la aplicación de la legítima defensa en estos casos no puede vincularse al hecho de que la víctima sea objeto de violencias en repetidas y numerosas ocasiones, sino que está supeditada a la actualidad (...) de cualquiera de los actos de agresión que el sujeto pasivo padece.”⁹⁹.

⁹⁶ **TRECHSEL**. (2000). *op. cit.* p. 187. Según este autor una de las intenciones de las actitudes tiránicas es someter a las víctimas de tal manera que éstas terminen por abandonar la idea de resistencia.

⁹⁷ *Ídem*. p. 188.

⁹⁸ *Ibidem*. En contra de este planteamiento: *Vid.*: **HAVERKAMP**, Rita. „Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf“. En: GA. 2006. p. 593. Esta autora considera que esta concepción implica poner al mismo nivel la legítima defensa y el estado de necesidad y, a su juicio, esto no es correcto porque la legítima defensa está diseñada para justificar conductas típicas en casos en los que hay una agresión actual y muy grave, mientras que a través del estado de necesidad se evitan peligros.

⁹⁹ **OLMEDO CARDENETE**. (2001). *op.cit.* pp. 120 y 121, quien entiende que el supuesto de la actualidad de la agresión no se puede concebir “en el sentido de tener que esperar a que el agresor de comienzo a su acontecimiento, sino que naturalmente bastará con que la agresión sea inminente aunque en el instante preciso en que la víctima se defiende aquél no se encuentra todavía desarrollando de modo directo el ataque”. pp. 119 y 120.

En otra línea, se ha entendido también que se configura un ataque cuando las posibilidades de defensa empeoran significativamente o se hacen más difíciles cuanto más se retrase la acción defensiva¹⁰⁰. Un retraso en la acción defensiva de la mujer (esperar a que se dé un nuevo ataque), puede empeorar sustancialmente sus posibilidades de salvación, ya que corre el riesgo de ser lesionada nuevamente o asesinada¹⁰¹.

Contrarios a lo anterior, están los autores que entienden que la única manera para enmarcar estas situaciones dentro de la legítima defensa sería ampliando los requisitos para su configuración¹⁰², porque tal y como está concebida esta causa de ausencia de antijuridicidad los casos de muerte del tirano doméstico no podrían estar justificados a través de ella.¹⁰³ Así las cosas, consideran que estos casos son constitutivos de una *situación similar a la legítima defensa* que podría estar cubierta por las reglas de la legítima defensa, si se hace una interpretación extensiva de ella¹⁰⁴.

¹⁰⁰ **RENGIER**, Rudolf. „Anmerkung zum BGH Urteil vom 2.8.1983“. En: NSTZ. 1983. p. 21. En una línea similar: Molina Fernández considera que hay situaciones excepcionales en las que es lícito anticipar la defensa, porque demorar la actuación implique que la defensa sea ineficaz. Cfr.: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 30. Esta es la teoría de la defensa eficaz (*Theorie der wirksamsten Abwehr*). Al respecto: **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §32/14.

¹⁰¹ **WELKE**, Wanja Andreas. „Der <<Haustyrannen-mord>> in deutschen Straftatsystem“. En: ZRP. 2004. p. 19.

¹⁰² **IGLESIAS RÍO**. (1999)A. *op. cit.* pp. 429 y 430. En la misma línea: Cfr: **SUÁREZ LÓPEZ**, José María. “Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica.” En: *Estudios penales sobre violencia doméstica*. (Lorenzo Morillas Cueva. Coord.) ER. Madrid, 2002. p. 258. Este autor no es partidario de “una flexibilización de los requisitos de la legítima defensa en supuestos de violencia familiar”, porque esto conllevaría a extender esta causa de ausencia de antijuridicidad. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/40.

¹⁰³ Si bien estamos de acuerdo con que los requisitos para la configuración de esta eximente no deben ampliarse, debido al carácter excepcional de ésta, no consideramos que la vía para aplicar la legítima defensa a los casos de muerte del tirano doméstico en situaciones sin confrontación sea a través de la ampliación de sus requisitos.

¹⁰⁴ Suppert propone hacer una interpretación teleológica y aplicar de manera analógica la legítima defensa a casos de situaciones similares a éstas que constituyen casos de defensa preventiva. Al respecto: Vid.: **SUPPERT**, Hartmut. *Studien zur Notwehr und <<notwehrähnlichen Lage>>*. Ludwing Röhrscheid Verlag. Bonn, 1973. pp. 356 y ss. En contra: **HAVERKAMP**. (2006).

c. Para fundar la **ausencia de necesidad** de la acción defensiva, se ha sostenido que el ordenamiento jurídico debe darle prioridad a que la mujer busque otras vías para dar solución a su situación. Lo que implica que en casos como los que nos ocupan no existiría la necesidad de la defensa, como requisito de configuración de la eximente. La mujer tendría la posibilidad de abandonar el domicilio familiar, recurrir a las autoridades competentes, o lograr que el agresor se vaya de la casa obligado por una medida cautelar¹⁰⁵.

Sin embargo, en contra ello se ha sostenido que, por diversas razones¹⁰⁶, en estas situaciones no es una opción viable para las mujeres irse de sus casas, o lograr que el agresor abandone el hogar. Lo anterior resulta poco útil para evitar el peligro que se cierne sobre la vida y/o integridad de la mujer.

En primer lugar, la denuncia no se ha mostrado como una vía de defensa útil para la mujer. En el 2013, por citar un ejemplo, murieron cincuenta y cuatro mujeres en España, a manos de sus parejas o ex parejas. Once de las víctimas habían denunciado. De igual manera, cuatro de ellas tenían una medida de protección¹⁰⁷. Las quince mujeres que habían denunciado o tenían una medida de protección están muertas, lo que demuestra que ni la denuncia, ni la medida fueron útiles para proteger sus vidas. No obstante, supongamos que el agresor deja el domicilio familiar ¿qué le impide a éste regresar para agredir o matar a la mujer?. Parece que las medidas de protección no son útiles a la hora de

op. cit. p. 593, quien considera que la propuesta de Suppelt es ambigua y desdibuja el límite entre las situaciones de defensa preventiva y en las que se reconoce la legítima defensa.

Sobre esta interpretación aplicada al caso concreto: *Vid.*: **HILLENKAMP**, Thomas. *Vorsatztat und Opferverhalten*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1981. pp. 115 -116. **GEERDS**. (1992). *op. cit.* p. 322, quien no parece decantarse por esta alternativa. En contra de esta solución: *Cfr.*: **BECKEMPER**. (2004). *op. cit.* p. 102, que afirma que aunque exista un ataque, así entendido, parece que la acción de defensa no es necesaria.

¹⁰⁵ **OLMEDO CARDENETE**. (2001). *op.cit.* p. 122. **BECKEMPER**. (2004). *op. cit.* p. 102.

¹⁰⁶ Sobre estas razones volveremos más adelante.

¹⁰⁷ Cifras del Instituto Nacional de Estadística español. La información se puede consultar en: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926144037&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259924822888.

proteger a la víctima, así que es poco probable que el agresor no incumpla la medida y, por tanto, no regrese a su anterior domicilio. En esta misma línea, parece que el hecho de denunciar pone en un mayor riesgo a las mujeres, aunque ya no vivan con sus agresores¹⁰⁸.

En segundo lugar, no resulta factible que el hombre maltratador, que tiene creencias machistas, es decir que ha interiorizado un modelo de hombre fuerte, autosuficiente y controlador como modelo a seguir, y que además suele ser autoritario y, por esas creencias que tiene, se siente el “dueño y señor” de la casa¹⁰⁹, vaya a salirse de su territorio, incluso teniendo una orden judicial¹¹⁰.

- No aplicar la legítima defensa en estos casos constituye una aplicación masculina del derecho penal: La posición de Larrauri.

Como mencionamos previamente, Larrauri hace un análisis detallado acerca de las posibles soluciones jurídicas (causas de ausencia de responsabilidad) que existen para las situaciones que nos ocupan. Esta autora inicia su artículo¹¹¹ explicando los tres periodos de la crítica feminista al derecho penal¹¹², para con

¹⁰⁸ Este fue el caso de R.A.M.S, que fue asesinada por su ex pareja el pasado 8 de diciembre de 2014 en Valladolid. El autor de los hechos tenía varias denuncias en su contra por violencia de género y había estado detenido. *Vid.*: Periódico EL MUNDO de España. Edición España. Diciembre 8 de 2014. <http://www.elmundo.es/espana/2014/12/08/54856d88ca47415d4b8b456e.html>.

¹⁰⁹ Sobre las características y actitudes (perfil psicosocial) del hombre maltratador o agresor: Cfr.: CEREZO DOMINGUEZ. (2000). *op.cit.* pp. 244 y ss.

¹¹⁰ Sobre esto volveremos más adelante para explicar las razones por las cuales las mujeres maltratadas no tienen realmente ninguna otra opción que la muerte de su marido, así estas otras opciones existan objetivamente. *Vid.*: *Infra*. Tercera Parte. Capítulo segundo. II.2. B.).

¹¹¹ LARRAURI. (2008)A. *op. cit.*

¹¹² Sobre ello Cfr.: SMART, Carol. “La mujer del discurso jurídico. “. En: *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Elena Larrauri (Comp.). Siglo XXI editores. México – España. 1994. pp. 167 y ss. Smart explica que las tres fases por las que ha pasado la crítica feminista al derecho, son las siguientes: 1.) El derecho penal es sexista. Esta crítica hace referencia a que el derecho pone a las

base en el primer periodo de esta crítica, “El derecho penal es masculino”, construir su argumentación. La idea central que guía el trabajo de Larrauri es que la no aplicación de la legítima defensa en los casos de muerte del tirano de casa en situaciones donde no hay confrontación es un ejemplo de lo que ella denomina *la aplicación masculina del derecho penal*¹¹³. Y para probar su punto trata de desvirtuar cada uno de los argumentos que se han utilizado para negar la aplicación de la legítima defensa en estos casos, a saber: a.) inexistencia de la agresión, b.) inexistencia de la necesidad racional del medio empleado y c.) ausencia del elemento subjetivo: querer defenderse.

mujeres en desventaja frente a los hombres. Así, les asigna menos recursos materiales, las juzga con estándares diferentes e inapropiados, genera desigualdad de oportunidades y no reconoce los daños causados a las mujeres, cuando se le dan ventajas a los hombres. pp. 170 – 173. 2.) El carácter masculino del derecho penal. Partiendo de los planteamientos de Catherine Mackinnon (**MACKINNON**, Catharine. *Feminism unmodified discourses on life and law*. Harvard University Press. Londres, 1987.) establece Smart que esta crítica hace referencia a que los ideales de objetividad y neutralidad, que son propios del derecho, son valores masculinos que se han venido entendiendo como valores universales. El derecho no fracasa al aplicarle al sujeto femenino los valores objetivos, sino que estos valores *objetivos*, que en efecto aplica, son valores masculinos. pp. 173 – 175. y 3.) El derecho tiene género. El derecho, al crear normas, crea una determinada visión de la realidad. pp. 175 -178. En la misma línea: Cfr.: **ALLEN**, Hilary. *Justice unbalanced* . Open University Press. Milton Keynes, 1987. p. 30. **PIZARRO BELEZA**, Teresa. “Legítima Defensa e Género Femenino: Paradoxos da << Feminist Jurisprudence>>?”. En: Revista crítica de Ciencias sociales. No. 31. 1991. pp. 143 -148.

¹¹³ Pero no sólo el caso de la no aplicación de la legítima defensa constituye un ejemplo de aplicación masculina del derecho penal. Larrauri explica – por citar un ejemplo- cómo, en estos casos, a la mujer se le atribuye el dolo de matar a través del arma utilizada (que normalmente es un objeto corta punzante o un arma de fuego). Afirma la autora que “este indicador es perjudicial para la mujer. Pues mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no. Por lo que, ya sea para lesionar o para matar, lo habitual será que la mujer utilice un arma peligrosa.”. Se dice que éste es un ejemplo clásico de aplicación masculina del derecho, porque los criterios que se utilizan – aparentemente objetivos- son realmente criterios masculinos. Es decir, en este ejemplo, se parte de que hay un exceso en el arma utilizada por la mujer y de allí se establece el dolo, porque la valoración de la situación se hace con base en criterios o parámetros ideados en situaciones de confrontación hombre – hombre, sin tener en cuenta las especiales condiciones físicas de la mujer. **LARRAURI**. (2008)A. *op. cit.* p. 44. En una línea similar: **FORELL**, Caroline and **MATHEWS**, Donna M. *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man*. New York University Press. NY, 2001. pp. 203 – 207. quienes aseguran que la *Self defense* está moldeada sobre parámetros masculinos y se le niega su aplicación a las mujeres, porque “ellas no matan como matan los hombres”.

1. La autora plantea dos vías para resolver la problemática referente a la supuesta inexistencia de la agresión. La primera es establecer que la agresión es inminente, fundamentando dicha inminencia en las amenazas constantes de las que es víctima la mujer y en los conocimientos que, como víctima de maltratos reiterados, tiene de las reacciones de su agresor. La segunda, argumentar que se está en sede de un delito permanente, estableciendo que la agresión es incesante y por tanto actual, así ésta se haya interrumpido.

1a. Para Larrauri, hay una agresión ilegítima que se materializa en el actual art. 153 del CPe. Aunque reconoce que, en principio, podría no ser actual si se considera que se trata de una agresión que se está produciendo. Además, en su opinión, si el ataque hubiese sido actual, la mujer habría tenido pocas posibilidades de defensa. Y por ello, la exigencia de la actualidad de la agresión condena a la mujer a un *murder by instalment* (asesinato a plazos) e implica hacer inservible para las mujeres la legítima defensa y “limitarla a los hombres que sí pueden defenderse en el momento inmediato en el que se está produciendo el ataque.”¹¹⁴. Y agrega que “el requisito de la <<actualidad de la agresión>> ilegítima formulado de forma neutral y aplicado de forma objetiva, convierte en inaplicable a la legítima defensa para eximir de responsabilidad a la mujer autora.”¹¹⁵.

A renglón seguido, Larrauri reconoce que en un primer momento de análisis es claro que el hecho de que la mujer mate a su marido cuando éste no está atacándola no parezca corresponderse con los límites temporales de la legítima defensa. Sin embargo, recuerda acertadamente que la doctrina y el mismo CPe. en su artículo 20.4, aceptan que la agresión sea inminente, porque resultaría absurdo forzar a la persona a esperar a que se inicie el ataque para autorizarla a defenderse.

¹¹⁴ *Ídem.* p. 56.

¹¹⁵ *Ibidem.*

Con esto en mente sostiene la idea de que hay una agresión inminente, que se configura a través de las amenazas constantes de parte del hombre a la mujer. No obstante, reconoce que es difícil establecer la inminencia del ataque, más cuando se está frente a amenazas que anuncian una agresión. A su juicio, esta dificultad de admitir las amenazas como agresión le es atribuible a la jurisprudencia del TSe. en esta materia, porque esta institución ha definido la agresión necesaria para la configuración de la legítima defensa como un ataque que debe adoptar la forma de acometimiento físico¹¹⁶, lo que dejaría a las amenazas fuera del concepto de agresión. Para Larrauri, las amenazas son una agresión ilegítima que no sólo anuncian un mal, sino son un mal *per se*, porque son un ataque a la libertad¹¹⁷ y exteriorizan la intención de causar un mal¹¹⁸. Negar que las amenazas del marido son una agresión inminente implica que “lo que no se admite como válida es la versión de la mujer”¹¹⁹ lo que es “más una cuestión de credibilidad que de actualidad.”¹²⁰

Haciendo un repaso por la jurisprudencia, Larrauri la critica porque el TSe. duda de que el ataque hubiese sido el acto posterior del agresor de no haberse realizado la defensa, y pone en entredicho la capacidad de la mujer de prever y anticipar la siguiente situación agresiva, negando la importancia de los conocimientos especiales de la víctima. La mujer maltratada conoce las reacciones de su marido y sabe perfectamente qué indica cada actitud de éste. Es decir, “si le ha dicho que cuando se despierte o cuando vuelva, <<ya

¹¹⁶ Recuerda la autora la crítica que hace Luzón a esta interpretación. *Ídem.* p. 57. Al respecto Cfr.: **LUZÓN PEÑA.** (2006). *op. cit.* p. 114 y ss. Sin embargo, el TSe. ha ampliado esta definición de agresión; ésta ya no sólo se entiende como acometimiento físico o acto de fuerza, sino también cuando hay una actitud que indique que va a haber un ataque. Al respecto: *Vid.*: STSe. del 3 de marzo de 1993. 2124/1993 y del 6 de octubre de 2014. 4224/2014.

¹¹⁷ En estos casos habría que valorar la racionalidad de la respuesta defensiva estableciendo si el ataque se dirige contra la amenaza como ataque a la libertad a contra el mal futuro que anuncia la amenaza. *Ídem.* p. 57. Nota. 20.

¹¹⁸ *Ídem.* p. 58. Se debe determinar si las amenazas son ciertas y, en realidad, anuncian un ataque posterior.

¹¹⁹ *Ídem.* p. 59

¹²⁰ *Ibidem.*

hablaremos>>>¹²¹ conoce el alcance de la expresión y lo que puede llegar a suceder, porque ya le ha sucedido en ocasiones anteriores.

1b. La segunda vía para probar la existencia de la agresión, propuesta por Larrauri, parte de que la doctrina ha aceptado la legítima defensa en delitos permanentes. Larrauri establece que el delito contenido en el art. 153 del CPe. es permanente, no sólo porque protege la vida y la integridad, sino la libertad y la seguridad de la víctima¹²² y que aunque la agresión haya cesado, lo que se debe analizar es si el peligro para la víctima ha desaparecido o no, porque la contienda no ha terminado¹²³. Así, puede haber una agresión permanente susceptible de legítima defensa.

2. Respecto al segundo argumento contrario a la aplicación de la legítima defensa en estos casos, es decir la ausencia de necesidad racional de la defensa, establece Larrauri que se debe hacer un análisis a la luz del caso concreto. No es claro que la mujer tenga otras opciones para protegerse y defenderse (que es el criterio para valorar la necesidad de la acción defensiva) y, por tanto, obligarla a huir de su casa es más gravoso que en otros supuestos de legítima defensa, porque para la mujer puede implicar una renuncia a su identidad personal.

Para esta autora, la huida puede ser preferible pero no exigible. Así mismo, alegar falta de racionalidad porque el medio empleado (la muerte del agresor) no es proporcional, perjudica a la mujer e implica ignorar que ésta tiene que utilizar un medio de defensa de mayor intensidad que el que utiliza el hombre para atacarla un hombre puede estrangular con sus manos, una mujer no¹²⁴. La

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² *Ídem*. p. 60. "Si, por el contrario, se entiende que el bien jurídico lesionado por la situación de malos tratos no es sólo la integridad física, sino la libertad y la seguridad de la mujer, ello permite afirmar que el ataque es incesante (y, en consecuencia cumple el requisito de actualidad).".

¹²³ *Ídem*. p. 62.

¹²⁴ *Ídem*. pp. 66 y ss. Al respecto: *Vid.*: **PIZARRO BELEZA**. (1991). *op. cit.* p. 148.

existencia de medios menos lesivos debe ser compatible con que éstos sean eficaces para conjurar el peligro y exigibles de ser adoptados. Aboga la autora porque este análisis se haga en consideración al grupo de referencia del que es parte la víctima: el de la mujer maltratada¹²⁵.

3. Por último, la autora rechaza el argumento relativo a la inexistencia del elemento subjetivo de esta causa de justificación por dos razones. La primera, porque hay posiciones doctrinales que entienden que el elemento subjetivo es el conocimiento de la situación, sin que se requiera un elemento ulterior basado en la finalidad. Es decir, que es suficiente para la configuración de la eximente que se den objetivamente los requisitos y que se tenga conocimiento de ellos. Y la segunda, que incluso el sector doctrinal que exige el ánimo de defenderse para la configuración de la legítima defensa, admite que con éste, pueden concurrir otros ánimos.

Larrauri plantea soluciones alternativas que no implican la condena de la mujer en caso de que la argumentación anterior no sea aceptada. Así, por ejemplo, si se sigue creyendo que la mujer utiliza un medio defensivo de mayor intensidad, podría haber una legítima defensa putativa, porque ella cree objetivamente que no hay manera diferente para defenderse. O, si no se admite que la agresión interrumpida es actual, se podrían calificar estos supuestos como un exceso extensivo en la legítima defensa, ya que la defensa sigue siendo necesaria y la agresión no ha desaparecido porque ésta puede resurgir en cualquier momento.

Concluye que la no aplicación de la legítima defensa en estos casos es una muestra de que las reglas de la legítima defensa fueron elaboradas partiendo de la idea de una situación de confrontación entre hombres de igual tamaño y fuerza que se realiza en un solo acto, a la luz de la cual se interpreta el requisito de actualidad de la agresión, y que por ello los requisitos de esta eximente son

¹²⁵ *Ídem*. p. 69.

difíciles de aplicar a casos en los que los sujetos de la confrontación (que perdura en el tiempo) son un hombre y una mujer de diferente tamaño y fuerza.

I.2. La *self-defense* en el Derecho anglo norteamericano y el error sobre presupuestos objetivos de una causa de justificación.

A.). *Self – Defense*.

a. La *self-defense* es considerada una causa de justificación (*justification*). Éstas son parte de las defensas generales¹²⁶ (*general defenses*) que se dividen en defensas de justificación (*justification defenses*) y defensas de excusa (*excuse defenses*). Las primeras son aquellas que exoneran de responsabilidad penal, porque la conducta criminal ha sido cometida en un contexto especial¹²⁷ y, por tanto, es aceptada socialmente. En palabras de Fletcher, una conducta justificada es aquella que satisface la definición del delito¹²⁸ (*offense*) pero cuya incorrección es cuestionable¹²⁹. Lo anterior equivale a decir que una conducta justificada es una conducta correcta¹³⁰ y ajustada a derecho.

¹²⁶ Al respecto: Cfr.: ALLEN, Michael.. *Textbook on Criminal Law*. 11th Edition. Oxford University Press. Oxford-New York, 2011. p. 204.

Algunos autores, como Robinson, subdividen las defensas de justificación en defensas en las que se utiliza la fuerza defensiva y otras defensas. La *self defense* se encuentra dentro de las defensas en las que se utiliza la fuerza defensiva (*defencive force defenses*). Éstas últimas “se diferencian de las defensas de justificación generales porque tratan acerca de amenazas de daño provenientes de un agresor humano en contra del interés particular del sujeto que se defiende”. ROBINSON, Paul H. *Criminal Law defenses*. West Group. USA, 1984. Vol. 2. p. 69.

¹²⁷ CLARKSON, C.M.V. *Understanding Criminal Law*. Sweet & Maxwell. London, 2001 p. 88.

¹²⁸ Sobre la definición del delito en el *Common Law*: Cfr.: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del <<Common Law>>*. Comares. Granada, 2002. p. 24 y 25.

¹²⁹ FLETCHER, George. P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press. USA, 2000. p. 759. En la misma línea: Cfr.: DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 4th. Edition. Lexis Nexis. USA 2006. p.219. CLARKSON.(2001). *op. cit.* p. 80, para quien aquel que se defiende se comporta de manera correcta.

¹³⁰ DRESSLER, Joshua. “Justifications and Excuses: A brief Review of the Concepts and the Literature.” En: Wayne Law. Rev. No. 33. 1987. pp. 1162 y 1163. CLARKSON.(2001). *op. cit.* p. 80. LaFAVE (2010) *op. cit.* p. 570. Nota.1, para quien la conducta justificada es la acción moralmente correcta, la acción que se debe realizar. Al respecto: Cfr.: ALEXANDER, Laurence. “Justifications and innocent aggressors”. En: Wayne Law. Rev. No. 33. 1986-1987. p. 1177. FINKELSTEIN, Claire O. “Self defense as Rational Excuse”. En: University of Pittsburgh Law Rev. No. 57. 1996. pp. 621 -624. Para esta autora, decir que una conducta está justificada no solo

En el *Common Law*¹³¹ una persona que agrede o mata a otra está justificada, si de manera razonable cree que esa respuesta (agresión o muerte) era necesaria para

implica decir que ésta está permitida, sino que también es reforzada por el ordenamiento. Es la conducta que se espera que la persona realice en las especiales circunstancias en las que se encuentra. En la misma línea: Court of Appeals of New York. *People v. Mc Manus*. 67 N.Y. 2d. 541 (1986) . “La defensa de justificación permite el uso de la fuerza bajo ciertas circunstancias. De conformidad con la ley penal (...) una persona <puede> usar la fuerza física para defenderse a sí mismo o a un tercero, y su conducta, que de otro modo constituiría una ofensa, no lo es. La defensa no opera excusando un acto criminal, ni niega un elemento particular del crimen. Más bien convierte la conducta en lícita, al reconocer que el uso de la fuerza está privilegiado en ciertas circunstancias.”.

La función que cumple la *Self-Defense* dentro del esquema del delito del Common Law es similar a la que cumple en la teoría del delito continental. Actúa como una causa que elimina la ilegalidad del acto, que es fácilmente asimilable con la antijuridicidad. Sin embargo en el Common Law se parte de la base de que las *justifications* tienen un contenido moral. Esto se aleja un poco de la concepción continental de causas de justificación, como elementos negativos de la antijuridicidad fundamentadas en permisiones de realizar ciertas conductas típicas, pero que no son castigadas penalmente por las circunstancias del caso concreto. Al respecto: Por todos: Vid.: **JAKOBS**, Günther. *Strafrecht A.T.* 2 Aufl.W de G. Berlin – New York, 1993.. §. 11/1. **STRATENWERTH**, Günther. *DP. PG. I. El hecho punible.* (Cancio M/Sancinetti. Trad.). Thomson- Civitas. Madrid, 2005. §. 9/1.

Contra la idea de que las conductas justificadas en el Common Law son siempre moralmente correctas o lícitas: Cfr.: **ROBINSON**, Paul H. “Criminal law defenses: A systematic analysis.”. En: *Columbia Law. Rev-* Vol 82. No. 2 March. 1982. p. 213. Para quien “el daño causado con el comportamiento justificado es un daño legalmente reconocido que se debe evitar siempre que sea posible. Sin embargo, bajo las especiales circunstancias de justificación, el daño causado tiene más peso por la necesidad de evitar un daño aún mayor (...)”. En la misma línea: **GARDNER**, Jhon. “In Defence of Defences” En: *Offences and Defences: Selected Essays in Philosophy of Criminal Law*. NYC, 2007. p. 81.

¹³¹ **PIÑA ROCHEFORT**. (2002). *op.cit.* p.141. En la misma línea: Cfr.: **ORMEROD**, David. *Smith and Hogan Criminal Law*. Oxford - NY. 2011. p. 358. Vid.: **DRESSLER**, Joshua and **GARVEY**, Stephen. *Cases and materials on Criminal Law*. 6th Edition. West. Thomson Reuters. USA, 2012. p. 512 y ss. **DRESSLER**, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 6th. Edition. Lexis Nexis. USA, 2012. pp. 494 y 495, quienes entienden que la defensa propia (y el uso de fuerza mortal para defenderse, en determinadas ocasiones) es un derecho que se encuentra reconocido por el Common Law y regulado por los estatutos penales de los diferentes Estados de Estados Unidos. La regulación legal (*statutory law*) de la *Self Defense* o la *Private defence*, en algunos países del Comon Law, es la siguiente: Estados Unidos: El MPC en la sección 3.04 consagra la *Self defense*. Es importante aclarar que no todas las legislaciones penales de los estados siguen la estructura del MPC en materia de defensa propia. Sin embargo, el MPC es un referente general. Reino Unido: La sección 3 del Criminal Law Act de 1967 consagra la posibilidad de utilizar la fuerza para defenderse de un ataque o una agresión. (*Private Defence*) al igual que la sección 78 del

protegerse a sí misma de una agresión ilícita¹³² e inminente¹³³ por parte de la persona a la que ha agredido¹³⁴. En los casos donde la defensa se materializa en la muerte del agresor, es decir, se hace uso de *fuerza mortal* (*deadly force*) se requiere que exista una amenaza de muerte o de daño corporal serio¹³⁵ (proporcionalidad).

A primera vista se podría decir que los elementos constitutivos de la defensa propia son similares a los de la legítima defensa en derecho continental. Sin embargo, la gran diferencia existente entre las dos regulaciones radica en la exigencia de una creencia razonable. Requisito éste que parece estar presente en todos los elementos de configuración de la defensa propia: así, en la existencia de la agresión basta con que quien se defiende crea razonablemente que hay una agresión en su contra y que dicha agresión es injusta. Lo mismo sucede con la necesidad de utilizar la fuerza y la cantidad de fuerza (proporcionalidad): basta con que quien se defiende crea razonablemente que el uso y la cantidad de fuerza son necesarios para que se configure la defensa general. Esta creencia razonable va a ser de suma importancia a la hora de aplicar la defensa propia a los casos objeto de estudio.

b. Las amenazas y el maltrato constantes de los que es víctima una mujer que se encuentra en una situación de maltrato constituyen una agresión y una

Criminal Justice and Immigration Act de 2008. Canadá: El artículo 34 del *Canadian Criminal Code* estipula que si se utiliza fuerza amenazante contra otro, para defenderse, no se constituye una *offence*. India: El Código Penal de la India de 1860. Act No. 45 of 1860, reconoce el derecho a la defensa propia en sus artículos 96, 97 y 98. Australia: El Criminal code Act de 1995, en su sección 10.4, consagra la defensa propia.

¹³² **ROBINSON**. (1984). *op.cit.* Vol. 2, p. 75.

¹³³ La necesidad del requisito de la inminencia o inmediatez de la agresión es bastante discutida por la doctrina. De hecho éste es el punto álgido entre quienes creen que la mujer maltratada que mata a su marido en situación de no confrontación actúa en defensa propia y quienes están en contra de esta idea.

¹³⁴ MPC. § 3.04. (1). En la misma línea: Cfr.: **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 237. **ORMEROD**. (2011). *op. cit.* p. 359.

¹³⁵ *Serious injury*.

amenaza injustificadas e ilícitas. La agresión o amenaza injustificada es aquella contraria a derecho y que no surge de un acto justo, por ejemplo, que no surge de una acción defensiva¹³⁶. Esta definición se ajusta totalmente a las agresiones y amenazas de las que son víctimas las mujeres maltratadas¹³⁷. La mujer se encuentra a sí misma frente a un riesgo de muerte¹³⁸ o, al menos, de ser herida de gravedad.

Respecto a la existencia o configuración de este requisito¹³⁹ en los casos de estudio, no parece haber duda entre aquellos que han tratado el tema. Hay un consenso en que la agresión o la amenaza de agresión (*treath of death or serious injury*) existen. Es evidente que los autores no le dan importancia a este requisito a la hora de analizar los casos de mujeres maltratadas que matan en situaciones donde no hay confrontación¹⁴⁰, y pasan directo al análisis de los

¹³⁶ **HERRING**, Jonathan. *Criminal Law*. 7th edition. Palgrave - Macmillan. UK, 2011. pp. 263 y 264, Sin embargo, el hecho de que el atacante no esté cometiendo un delito al atacar o amenazar (porque su conducta esté, por ejemplo, excusada) no quiere decir que no haya posibilidad de defenderse de ésta, porque su actuar sigue siendo injusto. **HERRING**, Jonathan. *Criminal Law. Text, cases and materials*. 6th ed. Oxford University Press. U.K., 2013. p. 644. En la misma línea: **FLETCHER**, George. "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory." En: Israel Law. Rev. No 8. 1973 pp. 367 y ss En contra de la aplicación de la defensa propia en casos en los que los agresores son inocentes: Vid: **ALEXANDER**. (1986-1987.) *op. cit.* pp. 1186 y 1187, quien no considera que la defensa propia contra una agresor inocente sea una justificación. En la misma línea: **SANGERO**, Boaz. *Self- Defence in Criminal Law*. Hart Publishing. Oxford-Portland, Oregon, 2006. pp. 339 y ss. **LEVERICK**, Fiona. *Killing in Self-Defence*. Oxford University Press. Oxford - NY., 2006. p. 50, para quien la capacidad de culpa (*Guilty*) del autor es muy importante. Esta opinión es absolutamente contraria a la expuesta por Herring, para quien lo que realmente importa es la injusticia de la acción de amenaza o agresión y no tanto la culpa de quien la realiza. Tanto Alexander como Sangero son muy críticos con la posición de Fletcher sobre este tema.

¹³⁷ Vid. *Supra*. Cuadro 1.

¹³⁸ **OGLE y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 1120/3040 y ss. Estas autoras explican cómo la violencia doméstica es un proceso que desencadena en homicidio. Normalmente la que muere es la mujer.

¹³⁹ Una breve explicación sobre lo que se entiende por agresión ilegítima se encuentra en: **PIÑA ROCHEFORT**. (2002). *op.cit.* pp. 141 y ss.

¹⁴⁰ Aunque no sólo no le dan importancia en los casos que nos ocupan, sino en general. Al respecto: Cfr.: **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 263.

demás requisitos que pueden representar un obstáculo a la hora de aplicar la *self defense*¹⁴¹.

No obstante lo anterior, a nuestro parecer, el requisito de existencia de la agresión (o, al menos la creencia razonable sobre esta existencia) está ligado a otro de los requisitos de la configuración de la defensa propia que sí representa un problema en los casos como el que nos ocupa; a saber, la inminencia o inmediatez de la agresión. Decimos que éste se encuentra ligado al requisito de la creencia razonable sobre la existencia de la agresión en la medida en que esta creencia razonable no sólo se analiza respecto al primer requisito mencionado, sino también a la inminencia o inmediatez del daño a sufrir¹⁴². Análisis este que suele hacerse en conjunto. Se reafirma entonces lo expuesto anteriormente sobre la creencia razonable y su transversalidad en los requisitos de configuración de la defensa propia.

c. El requisito de **la inminencia de la agresión** hace referencia al periodo de tiempo que existe entre el daño que enfrenta el acusado y la acción defensiva tomada para prevenir que ese daño se materialice¹⁴³. La acción defensiva no

¹⁴¹ Vid: por ejemplo: **LEVERICK**, Fiona. *Killing in Self-Defence*. Oxford University Press. Oxford – NY., 2006. pp. 87 -108, quien parece restringir la problemática al ámbito de la inminencia de la agresión o la amenaza de daño. Al igual que Leverick, la mayoría de los autores que han tratado esta problemática la restringen a la inminencia de la agresión o el daño, a la necesidad de utilizar fuerza mortal para defenderse y a la creencia razonable sobre éstas, que, a su vez, lleva al problema acerca del estandar que se debe utilizar para medir dicha razonabilidad. Así, por ejemplo: Vid.: **DRESSLER**. (2006)B. pp. 462-464. **KAUFMAN**, Withley R.P. "Self defense, imminence, and the battered women." En: *Criminal law conversations*. (Robinson/Garvey/Kressker. Ed(s).). Oxford University Press. Oxford, 2009. pp. 413 y ss. **KRAUSE**, Joan H. "Distorted reflections of Battered Women who kill: A response to Professor Dressler." En: *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 4. 2007. pp. 559-564. **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 348-350. Entre otros.

¹⁴² Cfr.: Court of Appeals of Alaska *Ha v. State*. 892. P.2d. 184. (1995). Se requiere que quien se defiende demuestre no sólo que él o ella temió razonablemente un daño por parte de la otra persona, sino que él o ella temió de manera razonable que la amenaza de daño era inminente.

¹⁴³ **LEVERICK**. (2006). *op. cit.* p. 87. En la misma línea: **FLETCHER**, George. *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford University Press, New York – Oxford, 1998. p. 134. Corte de Apelaciones

puede realizarse muy pronto, pero tampoco mucho tiempo después, porque se estaría en sede de una acción vindicativa¹⁴⁴. Debe haber una creencia razonable de que el daño se va a materializar de manera casi inmediata, creencia que va a conducir al acusado a tomar la acción defensiva. En palabras de LaFave, “la jurisprudencia y la legislación referente a la defensa propia requieren que quien se defiende crea razonablemente que la fuerza ilegítima que utiliza su adversario en su contra es, casi, de inmediato advenimiento.”¹⁴⁵. Al igual que en la existencia de la agresión, la creencia razonable sobre la inminencia o inmediatez del ataque es suficiente para reclamar la defensa propia¹⁴⁶.

Para establecer la razonabilidad de esta creencia se hace un test que consta de dos niveles de análisis: uno objetivo y otro subjetivo. En el nivel subjetivo, quien se defiende debe demostrar que tenía una creencia honesta de que estaba enfrentándose a un ataque inminente¹⁴⁷. También se deben analizar sus actuaciones desde el punto de vista de una persona cuyos estados físico y mental sean similares a las de quien se defiende y que “vea lo que el acusado ve, y sepa lo que el acusado sabe”¹⁴⁸. Mientras que en el nivel objetivo habría que demostrar que una persona razonable, bajo las mismas circunstancias de quien se defiende, habría creído que estaba enfrentando un ataque inminente¹⁴⁹.

de California. *People v. Aris* 215 Cal.App.3d 1178, 264 Cal. Rptr. 167. (1989).

¹⁴⁴ **KRESSLER FERZAN**, Kimberly. “Defending imminence: From battered women to Iraq.” En: Arizona Law. Rev. No. 46. 2004 . p. 222.

¹⁴⁵ **LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 575. **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 228. **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 488. **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* pp. 246 y 247. En la misma línea: *Vid.*: Corte Suprema de los Estados Unidos. *Martin v. Ohio*. 480 U.S. 228, 107 S.Ct. 1098. (1987). Corte Suprema de Kansas. *State v. Hundley*, 236 Kan. 461, 467-68, 693 P2d. 475,479 (1985).

¹⁴⁶ Así: Cfr: **SMITH**, J.C. *Justification and excuse in Criminal Law*. Stevens and Sons. London, 1989. p. 114. En la misma línea: **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 482.

¹⁴⁷ En este orden de ideas, aquellos autores que abogan porque la defensa propia se acepte sólo con la creencia honesta de la existencia y/o inminencia del ataque, están abogando porque se utilice un criterio completamente subjetivo a la hora de analizar la existencia de este requisito.

¹⁴⁸ *State v. Leidholm*, 334 N.W. 2d. 811 (N.D 1983).

¹⁴⁹ **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 223.

Los casos como el que nos ocupan plantean dos interrogantes relativos a la inminencia: a.) ¿creía la mujer que la agresión injusta por parte del marido era inminente?; de ser afirmativa la respuesta a este interrogante b.) ¿hay bases para establecer que esa creencia es razonable?. La doctrina está dividida. Para un sector la respuesta a estos interrogantes es afirmativa, mientras que para el otro no lo es.

El argumento central que esbozan aquellos autores que están en contra de la aplicación de la defensa propia es que no existe un ataque inminente debido a que el agresor se encuentra durmiendo o distraído y no representa un peligro inmediato para la mujer.

Así lo plantea, por ejemplo, y de una manera muy esclarecedora, Fiona Leverick. Para esta autora, la mujer maltratada no corre ningún peligro mientras su maltratador duerme, porque “el daño con el que éste la amenaza no es inminente de acuerdo al significado ordinario de la palabra.” Y agrega “un daño inminente es aquel que ocurre, o da la apariencia de que está a punto de ocurrir. La palabra [inminente] no abarca una amenaza de daño que puede o no realizarse en algún momento en un futuro distante.”¹⁵⁰.

En una línea similar, aunque con algunas diferencias, está el sector que considera que lo que sucede en estos casos es que la mujer actúa antes de que la amenaza de agresión sea inminente, y es por esta razón que se niega la defensa propia como posible vía para eximirla de pena¹⁵¹. Esta es la línea argumentativa que siguió la Corte de Apelaciones de California en el caso *People v. Aris*¹⁵²:

¹⁵⁰ LEVERICK. (2006). *op. cit.* p. 96. En la misma línea: Cfr.: DRESSLER. (2006)A. *op. cit.* p. 247. Lo mismo está claramente planteado en *US. V. Haynes*. 143 F 3d. 1089,1090. (7th. Cir. 1998).

¹⁵¹Por todos: Vid. KRESSLER FERZAN. (2004). *op.cit.* p. 236 y 237. Esta autora basa su argumentación en la teoría del “*Cape Fear gap*” desarrollada por Anthony Sebok. Al respecto: Cfr.: SEBOK, Anthony J. “Does an objective theory of Self defense demand too much?.” En: University of Pittsburgh. Law. Rev. No. 57. 1996. p. 744. El “*Cape Fear gap*” es el tiempo que existe entre el momento en que la víctima sabe que está en peligro y el tiempo en que puede

“Dispararle a un agresor potencial mientras duerme es muy similar a dispararle a un agresor actual, después de haberlo incapacitado para continuar el asalto, el peligro existió en el pasado, pero no existe en el momento de la acción defensiva. (...) En este caso el peligro no existió en el momento de la acción defensiva, aunque probablemente podría existir en el futuro.”¹⁵³.

Esta última posición niega la existencia de la inminencia en el momento temporal en el que se desarrolla la acción defensiva, más no niega la posible inminencia de un ataque, cosa que sí sucede con aquellos autores, como Leverick, que argumentan que no es sólo que no exista un ataque inminente, sino que tampoco existe agresión debido a la situación sin confrontación durante la que tienen lugar los hechos. Lo anterior, a nuestro parecer, se debe a que, por la relación ya planteada entre existencia de agresión e inminencia de ésta, al negar la inminencia de la agresión se niega la existencia de la agresión misma. En síntesis, en la segunda posición expuesta se niega la inminencia por el momento temporal en el que la acción defensiva se lleva a cabo, mientras que en la primera posición expuesta se niega la inminencia del ataque por la situación en la que se encuentra el agresor y, por la misma vía, se termina negando la existencia de la agresión misma.

actuar de manera permitida por el requisito de inminencia de la defensa propia.

¹⁵² Corte de Apelaciones de California. *People v. Aris* 215 Cal.App.3d 1178, 264 Cal. Rptr. 167. (1989). Brenda Denis Aris mató a su marido mientras éste dormía, después de diez años de malos tratos. La noche en la que tuvieron lugar los hechos, después de que su marido la golpeará y le dijera que no la iba a dejar vivir hasta la mañana del día siguiente, ella esperó que éste se durmiera y convencida de que iba a cumplir su amenaza si se levantaba le disparó. Del análisis de la decisión tomada en este caso, nos ocuparemos más adelante.

¹⁵³ Corte de Apelaciones de California. *People v. Aris* 215 Cal.App.3d 1178, 264 Cal. Rptr. 167. (1989).

Cuando la Corte de Apelaciones establece que matar a un agresor dormido es lo mismo que matar a uno al que ya se le ha controlado a través del acto de defensa, equivale a decir que –en ambos casos– la agresión existe, pero ha cesado. Esta opinión es contraria a la posición del TSe. que considera que cuando el maltratador se encuentra dormido, no hay agresión. *Vid: Supra*. pp. 44 y ss.

Según este sector doctrinal, para poder aplicar una defensa propia en estos casos, se tendrían que ampliar y reinterpretar los requisitos de esta defensa, más exactamente el requisito de la inminencia, coincidiendo así con algún sector doctrinal en derecho continental.

En contra de esta idea se ha planteado que, partiendo de la base de que la defensa propia sólo es aceptada (justificada) en casos de extrema necesidad, sobre todo cuando el Estado no puede hacer nada para socorrer a quien se encuentra en un grave peligro de muerte o daño a su integridad¹⁵⁴, ésta debe ser regulada de tal manera que se eviten riesgos tales como que se convierta en una manera de hacer justicia por mano propia que genere un daño social irremediable, como la pérdida de una vida inocente o, en palabras de Kaufman, se abra la puerta a la anarquía¹⁵⁵. El requisito de inminencia o inmediatez del

¹⁵⁴ **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 151 y 152. **KAUFMAN**. (2009). p. 412. Contra esta idea: Cfr.: **KRESSLER FERZAN**. (2004). *op. cit.* p. 220. Esta autora considera que la defensa propia no es una pena sino un “derecho limitado a la acción preventiva”. Esta diferencia, según esta autora, es muy importante tenerla clara, sin embargo los límites entre el castigo y la prevención están difusos.

¹⁵⁵ **KAUFMAN**. (2009). p. 412. En la misma línea: Cfr.: *Jahnke v. State*, 682 P.2d 991. Wyo. (1984). Sobre los riesgos de tomar la justicia por la propia mano (*private vigilantism*): Cfr.: **DRESSLER**, Joshua. “Battered women who kill their sleeping tormenters: Reflections on maintaining respect for human life while killing moral mosnters. En: *Criminal Law Theories: Doctrines of the general part*. (Shutesand/Simester Eds.). Oxford University Press. Oxford- NYC. 2002. P. 272. En la misma línea: Cfr.: **KAUFMAN**. (2009). *op. cit.* p. 415. **SMITH**. (1989). *op. cit.* p. 117. Este autor va más allá, y considera que no sólo justificar, sino también excusar la muerte de una persona mientras ésta duerme, implica darle a su víctima el derecho de ejecutar a su agresor. En contra: Cfr.: **KRAUSE**, Joan H. “Imminence reconsidered: Are battered women different?.” En: *Criminal Law Conversations*. (Robinson/Garvey/ Kressler Ed.). Oxford University Press. 2009. p. 421, para quien existen leyes que amenazan en mayor medida al monopolio de la fuerza por parte del estado, que permitirles la legítima defensa a las mujeres maltratadas que matan en situaciones donde no hay confrontación. Un ejemplo de estas leyes, según el autor, son las *shoot first laws* o *stand your ground laws*. Estas leyes permiten utilizar fuerza defensiva mortal (disparar) en casos donde no es clara la necesidad de la defensa. Es decir, donde la persona podía haber evitado el daño huyendo del lugar de los hechos. Estas leyes antagonizan con el *duty to retreat*, que se analizará en las siguientes páginas. Para una explicación de estas leyes y sus consecuencias: Cfr.: **NOURSE**. (2014). pp. 625 y ss. Y, tomando en consideración el caso del Estado de la Florida: Cfr.: **WEAVER**, Zachary L. “Florida’s <Stand your ground> law: The

ataque es la manera de controlar las actuaciones en defensa propia¹⁵⁶ y de evitar los riesgos mencionados. La regla de la inminencia minimiza el espacio para ejercer el juicio humano sobre cuándo y cómo dañar a otro para protegerse a sí mismo, limita la venganza o las retaliaciones y asegura de manera objetiva que el peligro es real e inmediato¹⁵⁷. Por tanto, su ampliación, reinterpretación o eliminación, equivaldría a la materialización de dichos riesgos¹⁵⁸.

Respecto a ello, expone Sangero que los casos de mujeres maltratadas que matan en situaciones sin confrontación “ilustran la gran importancia que tiene el requisito de inmediatez, porque es –especialmente– en este tipo de situaciones en las que se desea reforzar que se recurra a alternativas no violentas y no a escoger el camino de quitar una vida humana.”¹⁵⁹. En una línea similar se encuentra la posición de Dressler, para quien justificar a las mujeres maltratadas que matan a sus agresores en situaciones de no confrontación es errado, porque esto implica una expansión de la defensa propia, y si se hace dicha expansión, en aras de justificar a las mujeres maltratadas, se terminarían justificando – también – otro tipo de muertes^{160 161}.

actual effects and the need for clarification”. En: Miami Law Rev. No. 63. 2008 -2009. pp. 395 – 430.

¹⁵⁶ ROSEN, Richard. “On Self defense, imminence, and battered women who kill their batterers.” En: North Carolina Law. Rev. No. 71. January. 1993. p 380.

¹⁵⁷ KAUFMAN. (2009). pp. 413 y 414. En la misma línea: Cfr. CHIESA, Luis Ernesto. “Mujeres y legítima defensa: La experiencia Anglosajona.” En: Revista Penal. No. 20. Julio, 2007. p. 54.

¹⁵⁸ LEVERICK. (2006). *op. cit.* p. 96.

¹⁵⁹ SANGERO. (2006). *op. cit.* p. 343.

¹⁶⁰ DRESSLER. (2006)B. *op. cit.* p. 458. Este autor es un claro representante de la teoría de la inminencia. Al respecto: *Vid.*: DRESSLER. (2006)A. *op. cit.* p. 237. “a non- aggressor is justified in using force upon another if he reasonably believes that **such force is necessary to protect himself from imminent use** of unlawful force by the other person.”. (Negritas propias).

¹⁶¹ Y fue esta, precisamente, la argumentación que se utilizó para negar la configuración de la defensa propia en el caso de Judy Norman. Más adelante analizaremos a fondo la decisión adoptada en este caso. Otra decisión similar fue la adoptada en el caso *Whipple v. Indiana*. En este caso la defendida mató a sus dos padres maltratadores mientras éstos dormían. La Corte Suprema de Indiana argumentó que “la ausencia de un peligro inminente se opone al éxito de una defensa de defensa propia”. *Vid.* Supreme Court of Indiana. *Whipple v. Indiana*. 523. N.E. 2d.

Al negar la inminencia del daño, este sector doctrinal niega inmediatamente la posibilidad de que la creencia de la mujer sobre la inminencia de la agresión sea razonable. La conclusión a la que llegamos después de analizar estas posiciones doctrinales es que, para este sector, no se puede tener una creencia razonable sobre la existencia de algo que no existe, por tanto, como la agresión no existe, la creencia de la mujer no es razonable y por ello estos casos se deben solucionar a través de la aplicación de alguna excusa¹⁶².

En síntesis, para los defensores de esta posición, no se puede aplicar la defensa propia en estos casos, porque esto podría llevar a justificar ataques preventivos cuya necesidad no es tan clara. Para este sector doctrinal la inminencia es el elemento central de la defensa propia (**teoría de la inminencia**¹⁶³).

Lo expuesto se ve reflejado en dos casos que llegaron a diferentes tribunales estatales de Estados Unidos:

El primero de ellos es *State, v. Stewart* de 1988, de la Corte Suprema de Kansas:

Peggy Stewart se casó con su marido en 1974. Según la evidencia, había una larga historia de abuso por parte de Mike Stewart contra su esposa y las hijas que ésta tenía de matrimonios anteriores.

De acuerdo con el testimonio de una de las hijas de la defendida, Mike Stewart empezó a golpear a su esposa desde el inicio del matrimonio. Antes de cumplirse un año de su unión, Peggy empezó a mostrar signos de daños psicológicos severos. Por tanto, Peggy fue hospitalizada y diagnosticada con esquizofrenia paranoide. Un tiempo después, respondió al tratamiento y fue dada de alta. Laura, la hija de Peggy, creía que Mike estaba animando a Peggy a tomar dosis mayores de medicación que las que le habían prescrito.

1363,1366. Ind. (1988). Un análisis comparativo entre este caso y el de Judy Norman se encuentra en: **KRESSLER FERZAN**. (2004). *op. cit.* p. 236.

¹⁶² De estas propuestas nos ocuparemos en los acápite siguientes.

¹⁶³ **CHIESA**. (2007). *op. cit.* p. 53.

En 1977, dos trabajadores sociales le informaron a P. Stewart que habían recibido reportes de que su marido estaba teniendo acercamientos indecorosos con sus hijas. Por lo anterior, Peggy renunció a su trabajo, para así poder estar en casa y no dejar a sus hijas solas con su marido.

En 1978 Mike empezó a burlarse de Peggy diciéndole que su hija Carla, de doce años, era mejor esposa que ella. Tiempo después Carla fue enviada a un centro de detención y Mike le prohibió a Peggy y a su otra hija que la visitaran. En el verano Mike permitió que Carla regresara a la casa. Desde ese momento la obligó a dormir en una habitación pequeña sin aire acondicionado y que tenía las ventanas clausuradas. También la obligaba a dormir con ropas calientes y pesadas y a cubrirse con mantas de invierno. La levantaba a las 5:30 de la mañana y la forzaba a hacer todo el trabajo de la casa. No le permitía a Peggy, ni a su otra hija, ayudar, como tampoco les permitía hablarle.

Cuando Peggy se enfrentó a su marido y le exigió que parara los malos tratos contra su hija, éste le apuntó con una pistola en la cabeza y la amenazó de muerte. En otra ocasión la golpeó de tal manera en el pecho y las costillas que Peggy terminó hospitalizada.

Peggy solicitó el divorcio cuando su marido le ordenó que matara y enterrara a su hija Carla. En el juicio, el abogado que asesoró a Peggy para solicitar el divorcio testificó que ella temía por su vida y por la de sus hijas.

Una noche, Mike echó a Carla de la casa. La niña, que no llegaba a la adolescencia, fue forzada a irse de su casa, sin dinero, sin abrigo y sin un lugar a donde ir. Cuando Peggy se enteró de que Carla estaba en Colorado, Mike le prohibió buscarla o contactar con ella.

Mike continuó intimidando a su esposa. Una mañana, Laura, la otra hija de Peggy, encontró a su madre escondida detrás del autobús escolar, aterrorizada y rogándole al conductor que la llevara a casa del vecino. Esa navidad, Mike tiró la comida al piso, arrastró a Peggy afuera, le tiró del pelo, frotó su cara contra la suciedad del piso, la pateó y la golpeó.

Cuando Laura se fue de la casa, Peggy se aisló aún más. En una ocasión, mientras estaba trabajando en un café, Mike se presentó allí, sacó a todos los clientes del local, amenazándolos con un arma, porque quería que Peggy regresara a casa y mantuviera relaciones sexuales con él.

El abusaba tanto de las drogas, como del alcohol y se divertía aterrorizando a Peggy. Una noche la despertó a golpes con un bate. Le disparó al gato de Peggy y le apuntó con el arma, mientras la amenazaba con apretar el gatillo. Peggy le dijo a unos amigos que Mike le había apuntado a la cabeza con una escopeta y había amenazado con “volársela”, indicándole que lo haría algún día.

En mayo de 1986 Peggy dejó a Mike. Escapó a la casa de su hija Laura en Oklahoma. Debido al estado mental de Peggy (que tenía conductas suicidas), Laura la internó en un hospital. Allí le diagnosticaron psicosis tóxica como resultado de una sobredosis de su medicación. El 30 de mayo Mike llamó para avisar que iba a buscar a Peggy. Ella accedió a regresar a Kansas. Mike le dijo a Peggy que todos sus problemas estaban en su cabeza y que él, contrario a los doctores, sabía qué era lo mejor para ella. Peggy testificó durante el proceso que Mike la amenazó con matarla si volvía a tratar de escapar. Apenas regresaron a la casa, Mike obligó a Peggy a practicarle sexo oral varias veces.

La mañana siguiente Peggy encontró un revolver magnum 357 cargado. Ella aseguró que el hecho de que hubiese un arma en su casa la asustó mucho y por eso la escondió debajo del colchón de la cama de una habitación que estaba libre. Más tarde, mientras ella hacía la limpieza, Mike le dijo que no hiciera nada en la casa, que no se molestara en limpiar las cosas, porque ella no iba a estar allí por mucho tiempo y no iba a poder llevárselas consigo al lugar al cual iría. Peggy aseguró, durante el juicio, que temía que Mike fuera a matarla en cualquier momento.

Esa tarde Mike forzó a Peggy a que le practicara sexo oral. Luego de ver televisión, Mike y Peggy se fueron a dormir. Mientras Mike estaba dormido, Peggy pensó en suicidarse y entendió que se encontraba en una situación de “matar o morir”. A las 10:00 pm, Peggy fue a la otra habitación y sacó el arma,

regresó a su habitación y mató a su marido mientras éste dormía, luego se fue a la casa de un vecino, quien llamó a la policía.

Cuando la policía interrogó a Peggy Stewart, ella les dijo que había matado a Mike para “terminar con esto, para terminar con esta miseria y tormento”¹⁶⁴. Cuando le preguntaron que por qué había sacado el arma de donde estaba escondida, ella respondió: “No estoy segura de que me llevó a hacerlo (...) Sentía que Mike iba a hacer algo que ya había hecho antes ...”¹⁶⁵.

El jurado declaró a Peggy inocente. El fiscal apeló la decisión. La Corte Suprema revirtió la decisión del jurado y ordenó que se realizara un nuevo juicio.

La Corte negó la existencia de una posible defensa propia en este caso, porque no había una agresión (o amenaza de agresión) inminente. Reconoció que la defensa propia ha sido concebida sobre la idea de conflicto entre personas del mismo tamaño y fuerza y que cuando quien se defiende es una víctima de violencia doméstica prolongada, estos estándares tradicionales pueden no aplicar. Y agregó que debido a la historia previa de abuso y la diferencia de tamaño y fuerza entre el agresor y la víctima, ésta última podría preferir defenderse durante un momento de cese del abuso que durante un conflicto. Recordó la Corte que una persona está justificada en el uso de fuerza mortal defensiva cuando la persona que la utiliza cree de manera razonable que ésta está justificada. Esa creencia razonable debe ser honesta y deben existir hechos que puedan llevar a una persona razonable a tenerla.

Cuando se alega la defensa propia, la evidencia sobre la crueldad del difunto y la violencia sobre quien se defiende, es aceptada. Por ejemplo, en los casos de mujeres o esposas maltratadas, el testimonio experto sobre el SMM es relevante

¹⁶⁴ Supreme Court of Kansas, *State, v. Stewart, Appellee*. 763 P.2d 572 (1988).

¹⁶⁵ *Ídem*.

para establecer la razonabilidad de la percepción de peligro por parte de la mujer.

A los ojos de la Corte, para poder darle al jurado una instrucción de defensa propia debe ser posible demostrar que quien se defiende va a sufrir un daño inminente o que la acción defensiva se da en medio de una situación de confrontación. No hay excepciones para este requisito, así la persona que se está defendiendo haya sido víctima de un abuso prolongado en el tiempo y la persona de la que se defiende sea su agresor. En estos casos el problema no es “si la defendida cree que matar a su agresor es la solución para sus problemas pasados o futuros, sino si las circunstancias que rodearon la muerte del agresor eran suficientes para generar una creencia razonable en la defendida, acerca de la necesidad de utilizar fuerza defensiva mortal.”¹⁶⁶.

Para la Corte, sin embargo, hubo una ausencia de peligro inminente para la defendida. Según algunos testimonios, Peggy le dijo a una enfermera que la atendió en un hospital de Oklahoma, que ella quería matar a Mike. En otra ocasión aceptó regresar voluntariamente a su casa , cuando su marido la llamó por teléfono, después de haberlo dejado. La defendida, según la Corte, nunca mostró ninguna intención de irse de su casa. Antes de que Peggy le disparara a Mike, ella había escondido el arma. Ese día, ambos coches estaban aparcados enfrente de la casa y Peggy tenía acceso a las llaves. Después de los abusos, Peggy se acostó con su marido y dos horas después tomó el arma y le disparó. Así las cosas, a los ojos de la Corte:

“Bajo estos hechos, la instrucción dada al jurado sobre defensa propia, fue errónea. Bajo circunstancias así, una mujer maltratada no puede temer, de manera razonable, una amenaza inminente contra su vida, proveniente de su marido, mientras éste duerme.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Ídem*.

¹⁶⁷ *Ídem*.

Con base en todo lo anterior, concluye la Corte que:

“Cuando una mujer maltratada mata a su esposo, mientras éste duerme, ella no se encuentra en un peligro inminente, la muerte no es razonablemente necesaria y, por tanto, no se le debe dar al jurado una instrucción de defensa propia.”¹⁶⁸.

Por último, la Corte hace referencia al conflicto que representa hacer un análisis de la existencia de la creencia razonable de la mujer sobre la necesidad de utilizar la fuerza defensiva mortal, basado en el punto de vista subjetivo e individual de la propia mujer. Según la Corte, esta idea resulta contraria a la concepción misma de la defensa propia y los estándares para determinar la existencia de una creencia razonable, porque el test de defensa propia que se hace está compuesto por dos estándares: uno subjetivo, que determina si quien se defiende cree de manera sincera y honesta que la defensa mortal es necesaria; y uno objetivo para determinar si esa creencia es racional desde el punto de vista de una persona razonable en las circunstancias en las que se encuentra quien ejerce la defensa.

El segundo fallo que analizaremos está contenido en la sentencia de segunda instancia en el caso de Judy Norman, fallo de la Corte Suprema de Carolina del Norte, *State of North Carolina v. Judy Norman* del año 1989 (en adelante *Norman 2*), de cuyos hechos nos ocupamos anteriormente¹⁶⁹.

Luego de que Judy Norman fuera condenada, su defensa apeló la decisión y la Corte de Apelaciones ordenó que se realizara un nuevo juicio, porque, a su parecer, se configuraba una defensa propia. Lo que se expone a continuación, son las consideraciones de la Corte Suprema durante la realización del nuevo juicio¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *Ídem*.

¹⁶⁹ *Vid.: Supra* . Primera parte. Capítulo único. I.1. A.).

¹⁷⁰ Para la sentencia de la Corte de Apelaciones: *Vid.: Court of Appeals of North Carolina*, April 5, 1988. *State of North Carolina v. Judy Norman*. 366 S.E. 2d 586 (1988) 89 N.C. App 384.

Para la Corte Suprema, la defensa propia está basada en la necesidad, “real o aparentemente razonable, de matar a un agresor para salvarse a sí mismo de una muerte inminente o de un grave daño a la integridad.”¹⁷¹. Para que el jurado considere la existencia de la defensa propia, la evidencia debe mostrar que, en el momento de la muerte del agresor, quien se defiende cree que ésta es necesaria. Esa creencia debe ser razonable a los ojos de una persona de firmeza ordinaria, en las mismas circunstancias de quien se defiende. Y, por último, quien ejerce la acción defensiva no debe ser quien haya iniciado la agresión¹⁷².

A los ojos de la Corte, en el caso concreto no se le podía dar una instrucción al jurado de defensa propia porque la evidencia que fue introducida no indicaba que Judy Norman hubiese tenido una creencia razonable sobre la necesidad de matar a su marido para defenderse, en el momento en que le quitó la vida. Lo anterior porque, no había nada que indicara que Judy Norman estaba en riesgo inminente de sufrir la muerte o un daño grave para su integridad. La evidencia mostraba que no había un daño inminente o que estuviese a punto de suceder. En el momento en que Norman le disparó a su marido, se demostró, de forma incontrovertible, que el difunto estaba profundamente dormido, por lo tanto la defendida en ningún momento se encontró a si misma en una situación en la que tuviera que elegir entre matar o morir.

Según la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones, a través de la argumentación que utilizó para fundamentar que en este caso se debería dar una instrucción de defensa propia:

“Le dio al termino <inminente> un significado indefinido y más amplio, que el que normalmente se le ha dado¹⁷³. Esto es una ampliación sustancial del

¹⁷¹ *Ídem*.

¹⁷² *Ídem*.

¹⁷³ La Corte Suprema siguió esta definición de inminente: “El término <inminente> utilizado para describir aquellas amenazas de muerte o daño serio para la integridad física que van a justificar un homicidio a través de la defensa propia perfecta, ha sido definido como <peligro

requisito de necesidad. Este razonamiento propone justificar el hecho de tomar una vida humana, no sobre una creencia razonable sobre la necesidad de prevenir la muerte o un daño corporal serio -lo que asegura el requisito de inminencia - sino en una especulación puramente subjetiva de que el difunto probablemente sería una amenaza a la vida en un momento en el futuro, y que el acusado no sería capaz de evitar.”¹⁷⁴.

Aceptar una instrucción de defensa propia, en casos como éste, es para La Corte Suprema una oportunidad para hacer legal un homicidio, basándose en predicciones subjetivas o futuros asaltos. En el caso de Norman, estas predicciones de futuros asaltos eran enteramente especulativas, porque no hubo evidencia de que el marido hubiese agredido de manera tal a Judy Norman que su vida hubiese corrido en peligro, y como sólo tendría que haberse defendido de ataques contra su integridad, el uso de fuerza mortal defensiva fue excesivo¹⁷⁵.

La Corte Suprema niega la instrucción de defensa propia porque no considera adecuado “expandir la ley de defensa propia más allá de los límites de inmediatez y necesidad”¹⁷⁶.

Como ya se expuso ampliamente en párrafos precedentes, en *State v. Stewart* se niega la existencia de la defensa propia porque, en el momento en que la víctima ejerció la acción defensiva, no había un peligro inminente para su vida o integridad. A los ojos la Corte de Kansas, la inminencia es un requisito de configuración de la defensa propia que no admite excepciones nunca. En este caso la Corte se centró en el momento espacio-temporal en que tuvieron lugar

inminente, que debe ser instantáneo y no pueda esperarse, para repelerlo, a que llegue ayuda de terceros o recurrir a la protección estatal.>”. *Ídem*.

¹⁷⁴ *Ídem*.

¹⁷⁵ *Ídem*.

¹⁷⁶ *Ídem*.

los hechos, sin tener en cuenta el contexto de malos tratos de los que había sido la víctima.

Por su parte, en *Norman 2* se establece que Judy Norman actuó para prevenir un daño futuro y no un daño inminente, por más de que tuviera una creencia sobre la existencia del daño. A los ojos de la Corte, no es lo mismo tener una creencia sobre la existencia de un daño y que ese daño sea inminente. Así las cosas, como el daño del que se defendía Norman no era inminente, no había razones para pensar en la existencia de la defensa propia en este caso concreto y por ende no había necesidad de utilizar la fuerza defensiva mortal.

Ambas decisiones ponen de manifiesto la importancia del requisito de la inminencia para la configuración de la defensa propia. En una de ellas (*Stewart*) recuerda que frente a este requisito no se admiten excepciones y en la otra (*Norman 2*) se dice que prescindir de este requisito implicaría ampliar innecesariamente la defensa propia¹⁷⁷. En este orden de ideas, podemos afirmar que los dos fallos comentados son claros expositores de la teoría de la inminencia frente a la defensa propia.

Ahora bien, existe un sector de la doctrina anglo-norteamericana que es crítico con teoría de la inminencia. La crítica que hacen parte de entender la defensa propia se fundamenta en la teoría contractualista¹⁷⁸, a través de la cual el ciudadano le cede ciertas competencias al Estado, como la de defenderlo en casos de ataques, evitando así la justicia por mano propia. Desde este punto de

¹⁷⁷ Supreme Court of North Carolina. *State of North Carolina v. Judy Norman*. No. 161PA88. April 5, (1989).

¹⁷⁸ Al respecto: *Vid.*: **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 263.

Una interesante reflexión sobre la legítima defensa como excepción al monopolio de la violencia por parte del estado, desde un punto de vista contractualista, se encuentra en: **WHITMAN**, James. "Entre la legítima defensa y la venganza. Entre el contrato social y el monopolio de la violencia.". (Beade, G. Trad.). En: *Revista Nueva Doctrina Penal*. No. 1, 2008. pp. 157 – 207.

vista, defender la teoría de la inminencia implica obligar al individuo a no defenderse preventivamente cuando el Estado no puede ayudarlo.

Veamos esto detenidamente a la luz del caso que nos ocupa. Lo que se argumenta es que la mujer está en una situación en la que no puede recurrir a la ayuda del Estado para protegerse. Esto implica que ella debe hacerlo por sí misma¹⁷⁹. El requisito de la inminencia le impide defenderse mientras su agresor duerme o está desprevenido, siendo éste el único momento seguro para su integridad y vida en el que ella puede ejercer la defensa. Si el Estado no la puede ayudar y el mismo Estado le impide defenderse “es el propio Estado quien abandonó a la mujer” y con base en este *abandono estatal* se le debe conceder a la mujer el derecho defenderse preventivamente. A raíz de este abandono estatal, la regla de la inminencia se *suspende*¹⁸⁰.

A nuestro parecer, esta crítica a la teoría de la inminencia no es teóricamente correcta. La crítica que se hace termina aceptando que la agresión a la que se enfrenta la mujer no es inminente. Si la crítica se basa en que a la mujer se le impide defenderse de manera preventiva, se está aceptando de manera implícita la inexistencia de una agresión inminente. De igual manera, al proponer la aplicación de la justificación por vía de excepción, se fundamenta la aplicación de la justificación no en la existencia de la misma, sino en *el abandono estatal*: cuando hay un abandono estatal, el requisito de la inminencia ya no debe ser decisivo para aplicar la defensa propia. Sin embargo, al buscar la solución en una excepción, se reafirma el papel fundamental de la inminencia dentro de la configuración de la defensa propia. Lo anterior resulta en que la crítica a la teoría termina dándole la razón a la teoría de la inminencia.

¹⁷⁹ Excepción hecha al monopolio de la fuerza del estado, que se traduce en la permisión de utilizar la fuerza para defenderse, es decir, en la figura de la defensa propia.

¹⁸⁰ **CHIESA**. (2007). *op. cit.* p. 54. Para una exposición amplia de esta crítica a la teoría de la inminencia: *Vid.*: **NOURSE**, Victoria. “Reconceptualizing Criminal Defenses.”. En: University of Pennsylvania Law. Rev. Vol 151. 2003. pp. 1710 -1703.

d. En contraposición a la teoría de la inminencia, encontramos la **teoría de la necesidad**. Esta teoría es utilizada como base para aplicar la defensa propia en casos como el que nos ocupa. Sin embargo, antes de exponer cómo los defensores de la teoría de la necesidad la aplican al caso de las mujeres maltratadas, debemos detenernos en el requisito de la necesidad de la defensa propia.

En una teoría tradicional de la defensa propia, no sólo se necesita que quien se defiende tenga una creencia razonable sobre la existencia de una amenaza de un daño inminente, sino que también se requiere que quien se defiende crea razonablemente que su respuesta defensiva es necesaria para evitar ese daño.¹⁸¹ En otras palabras, se requiere la creencia razonable sobre la necesidad de la acción defensiva¹⁸². Esta necesidad debe ser tanto cualitativa, como cuantitativa. Cualitativa en el sentido de que debe haberse analizado la existencia de otras alternativas para ejercer la defensa, y cuantitativa en el sentido de que se tiene que medir la fuerza defensiva¹⁸³.

¹⁸¹ **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 238. **CLARKSON**.(2001). *op. cit.* p. 89. " **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 264. **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 219. **SMITH**. (1989). *op. cit.* p. 101. En la misma línea: Cfr.: Corte Suprema de los Estados Unidos. *Martin v. Ohio*. 480 U.S. 228, 107 S.Ct. 1098. (1987). "los elementos de la defensa propia, que deben ser probados por el defendido, son (...) (2) que el defendido tenga una creencia honesta de que había una amenaza inminente para su vida o integridad física y que la única fuerza de escapar es a través del uso de la fuerza."

¹⁸² No se debe confundir el requisito de la necesidad de la acción defensiva con la defensa de justificación de la necesidad. Para una explicación acerca de las diferencias existentes entre el requisito de necesidad y la defensa de necesidad: *Vid.:* **DUBBER**, Markus D. *Criminal Law: Model Penal Code*. Foundation Press. New York, 2002. p. 207.

¹⁸³ **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 144 y 145. Al hablar de una manifestación cuantitativa de la necesidad de la acción defensiva, Sangero parece hacer referencia a la proporcionalidad de ésta, frente a la agresión. Lo anterior no deja de ser, al menos, curioso si se tiene en cuenta que Sangero es altamente crítico con la agrupación, que – en algunos casos- se hace en el ordenamiento jurídico estadounidense, de los requisitos de proporcionalidad y necesidad, bajo el test de razonabilidad de la acción defensiva. Cfr.: p. 146.

Para una explicación sobre la diferencia existente entre los requisitos de necesidad y proporcionalidad: *Vid.:* **FLETCHER**. (1998). *op. cit.* p. 135.

No obstante lo anterior, la teoría de la necesidad se aleja de la teoría tradicional de la legítima defensa¹⁸⁴. Para los defensores de esta teoría, el criterio definitivo que determina la existencia de la defensa propia es el hecho de que la actuación defensiva sea necesaria para repeler el peligro. No entienden la necesidad como un requisito secundario respecto de la inminencia, sino como un requisito central de la figura. La inminencia pasa a ser el requisito secundario que actúa en estos casos como un traductor de la necesidad¹⁸⁵:

¹⁸⁴ Sobre la teoría de la necesidad: Cfr.: **CHIESA**. (2007). *op. cit.* p. 54.

¹⁸⁵ El máximo expositor de la teoría de la necesidad es Robinson. Al respecto: Cfr.: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 2. p. 78. Este autor aboga por una eliminación total del requisito de la inminencia. Es decir, la conducta estaría justificada a través de la defensa propia, si ésta es constitutiva de una reacción defensiva basada en una necesidad razonable. De hecho, este autor, en su propuesta de redacción de esta defensa de justificación, elimina el requisito de inminencia. Para Robinson, la defensa propia debería estar consagrada en la ley, como sigue: "Conduct constituting an offense is justified if: (1.) an aggressor unjustifiably threatens harm to the actor; and (2) the actor engages in conduct harmful to the aggressor: (a) when and to the extent necessary for self-protection, (b) that is reasonable in relation to the harm threatened.". *Ídem*. Vol. 2. p. 565. Evidentemente, no sólo le da prevalencia a la necesidad y elimina la inminencia, sino que amplía el requisito de la necesidad permitiendo que exista defensa propia cuando la reacción defensiva se utilice "en la medida necesaria" para la auto protección. En contra de la idea de eliminar la inminencia: Cfr.: **KRESSLER FERZAN**. (2004). *op. cit.* p. 62.

Existe un sector doctrinal que, fundamentado en los planteamientos de Robinson, aboga por una eliminación total del requisito de la inminencia para solucionar los casos de las mujeres maltratadas que matan en situaciones como las que hemos venido describiendo. Al respecto: Vid: **FINKELSTEIN**.(1996). *op. cit.* p. 629. **MURDOCH**. (2000). *op. cit.* p. 217. **WILLOUGHBY**, M.J. "Rendering each woman her due: Can a Battered Women claim Self defense when she kills her sleeping batterer?". En: University of Kansas Law. Rev. No. 38. 1989. p-191. En una línea similar: **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* p. 802. Esta autora propone que en estos casos se reconozca una defensa independiente de la *Self defense*, que se basaría en la necesidad y la razonabilidad de la actuación de la mujer. Esto, a nuestro juicio, no es nada diferente a una manifestación de la teoría de la necesidad.

Existe, también, una posición moderada consistente en darle primacía a la necesidad sobre la inminencia dentro de la configuración de la defensa propia. Ésta corriente moderada de la teoría de la necesidad, es en la que se va a fundamentar la existencia de la defensa propia en casos de mujeres que matan a sus agresores cuando no hay confrontación, y en general, van a justificar los ataques preventivos a través de la figura de la defensa propia.

“En la defensa propia, el concepto de inminencia no tiene un significado independiente de la noción de necesidad. Es, en otras palabras, un traductor del subyacente principio de necesidad, no el principio en sí mismo.”¹⁸⁶.

Por tanto, si hay una agresión inminente, la acción defensiva es necesaria. Sin embargo, como lo realmente importante es la necesidad de la misma, también hay situaciones en que, aunque la agresión no sea inminente, la defensa va a ser necesaria. Si entran en conflicto, la necesidad prima sobre la inminencia¹⁸⁷.

Estas situaciones son las que se conocen como ataques preventivos¹⁸⁸. Para los defensores de la teoría de la necesidad, los ataques preventivos se pueden justificar a través de la figura de la defensa propia porque son necesarios en las circunstancias concretas del caso¹⁸⁹: “existe una distinción entre la inmediación de la necesidad de actuar y la necesidad inmediata de prevenir un ataque en el futuro. Si, por ejemplo, en el presente hay una demostración hostil que indica

¹⁸⁶ **ROSEN**, R. (1993). *op. cit.* p. 380. En la misma línea: Cfr: **WILLIAMS**, Glanville.. *Textbook of Criminal Law*. 2nd Edition. Stevens & Sons. London, 1983. p. 504. En contra de esto: Cfr.: **KAUFMAN**. (2009). *op. cit.* p. 408, para quien la inminencia y la necesidad sí están relacionadas, pero la necesidad no es indicada o traducida por la inminencia. En una línea similar: Cfr.: **KRESSLER FERZAN**. (2004). *op. cit.* p. 252. Para esta autora el hecho de que la inminencia sea una manera de establecer la necesidad, no implica que la inminencia no tenga un sustento conceptual (*conceptual purchase*) propio. **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p.152. Para Sangero la inmediatez determina la necesidad de la reacción defensiva y se necesita de ambas para que se configure la defensa propia. Esto coincide con lo planteado en el fallo *Norman 2*.

¹⁸⁷ Al respecto: Cfr.: **MURDOCH**, Jeffrey B. “Is imminence really necessity?. Reconciling traditional self- defense doctrine with the battered women syndrome.” En *Northern Illinois University Law Rev.* No. 20. 2000. p. 212. En la misma línea: **ROSEN**, R. (1993). *op. cit.* p. 380. En contra: **SEBOK**. (1996). *op. cit.* p. 753. Este autor entiende la inminencia como un traductor de la confrontación que, a su vez, actúa como traductor de una alta probabilidad de ataque. Y como la regulación de la defensa propia debe garantizar una alta probabilidad de que se va a realizar el daño, para evitar muertes o agresiones innecesarias, se debe preferir la inminencia.

¹⁸⁸ Figura dentro de la que, normalmente, se enmarcan los casos de mujeres maltratadas que matan en situaciones sin confrontación. Al respecto: *Vid.*: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 156. Nota. 659.

¹⁸⁹ *Vid.*: *Beckford v The Queen* [1988] AC 130 Privy Council. “Un hombre que está próximo a ser atacado no tiene que esperar que su asaltante de el golpe o le dispare; las circunstancias pueden justificar un ataque preventivo”.

que una determinada violencia está a punto de ser utilizada, quien se defiende no necesita esperar hasta que el asaltante (...) ponga su dedo en el gatillo”¹⁹⁰.

Para establecer si esta reacción defensiva es necesaria se utiliza la creencia razonable de quien se defiende.¹⁹¹. Vemos, una vez más, cómo los requisitos de la configuración de la defensa preventiva están permeados por la creencia razonable de quien se defiende.

Siguiendo la teoría de la necesidad, lo que se debe analizar dentro de los casos objeto de estudio es si la conducta de la mujer está mediada por una creencia razonable sobre su necesidad y no si fue la respuesta a una agresión inminente¹⁹². Debe existir entonces una creencia razonable sobre la necesidad

¹⁹⁰ **WILLIAMS**. (1983). *op. cit.* p. 503. En la misma línea: Cfr.: **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 264. **ORMEROD**. (2011). *op. cit.* p. 368. En contra de esto: *Vid.*: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 154. **FLETCHER**. (1998). *op. cit.* p. 134.

Los ataques preventivos son el punto de máxima discordia entre los defensores de la teoría de la inminencia y los defensores de la teoría de la necesidad. Como dijimos anteriormente, desde la teoría de la necesidad éstos estarían justificados. Sin embargo desde la teoría de la inminencia no. El estándar que permite la defensa propia sólo cuando ésta es necesaria para prevenir un ataque inminente, trata la inminencia como un requisito independiente y por eso no se permite utilizar fuerza defensiva necesaria para prevenir agresiones ilegítimas no inmediatas, cuando la acción defensiva inmediata es la única oportunidad de prevenir el daño, es decir, es necesaria. **FLETCHER**. (1998). *op. cit.* p. 134, quien considera que los ataques preventivos son ilegales porque no se basan en una manifestación visible de una agresión, sino en una predicción del futuro comportamiento del atacante. Al respecto: Cfr.: **SHOPP**, Robert F. *Justifications defenses and just convictions*. Cambridge University Press. Cambridge, 1998. p.101.

¹⁹¹ **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 644. En la misma línea: **SMITH**. (1989). *op. cit.* p. 114. **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* p. 89.

¹⁹² **CHIESA**. (2007). *op. cit.* p. 55.

Blackstone, en 1769, ya reconocía que la defensa preventiva se podía utilizar en casos violentos o repentinos, donde esperar una intervención de la ley, fuera a generar un daño o sufrimiento inmediato. *Vid.*: **BLACKSTONE**, William. *Commentaries on the laws of England*. E-book. eBooks@Adelaide - The University of Adelaide Library. Kindle Edition. Pos. 37337/429992.

“No se puede ejercer legalmente el derecho de defensa preventiva, sino en casos repentinos y violentos donde un daño cierto e inmediato va a ser la consecuencia de esperar la asistencia de la ley.”

Lo anterior, en nuestro parecer, no es nada diferente a los presupuestos de la teoría de la necesidad. Al utilizar la expresión “esperar una intervención de la ley”, Blackstone está

inmediata¹⁹³ de la reacción defensiva¹⁹⁴, que –para los defensores de esta teoría– existe claramente en lo casos de mujeres maltratadas ¹⁹⁵.

La mayoría de autores fundamentan esta creencia en el hecho de que la mujer que ha sido víctima de constantes ataques a su integridad física y psicológica tiene bases razonables para creer que se encuentra en un peligro constante de muerte o de un daño serio a su integridad¹⁹⁶. Por tanto, la inminencia del daño

haciendo referencia implícita a que el daño no es inminente; y cuando dice que se puede utilizar la defensa preventiva en casos donde “esperar una intervención de la ley” implicaría una consecuencia más grave para quien se defiende, implícitamente está diciendo que se puede utilizar cuando la agresión no es inminente, pero necesaria.

¹⁹³ Así lo establece el MPC en su sección 3.04. (1). “the use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion.”. Y sus redactores aclaran que el apartado 1 de la sección 3.04 no limita el uso de la defensa propia a los casos en los que el daño es inminente; ésta también se configura en situaciones en las que quien se defiende cree razonablemente que su acción defensiva es inmediatamente necesaria en ese momento. Cfr.: *Model penal code and commentaries*. Part. I. General Provisions. American Law Institute. Philadelphia. 1985. p. 39. Esta definición de defensa propia ha sido incorporada por algunos estados de los estados unidos dentro de sus estatutos penales, como Delaware, Hawaii, Nebraska, New Jersey y Pennsylvania. Al respecto: Cfr.: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 2. p. 76. Esto supone un choque entre el requisito de inminencia exigido por el *common law* para la configuración de la defensa propia y la noción de la misma que consagra el MPC. Este choque se evidencia claramente en casos como el que nos ocupa. Al respecto: Cfr.: **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 229. En la misma línea: Cfr.: **FLETCHER**. (1998). *op. cit.* p. 134.

¹⁹⁴ **SHOPP**. (1998). *op. cit.* pp. 102 y 103. En la misma línea: **WILLIAMS**. (1983). *op. cit.* p. 503. Williams considera que la defensa propia se configura cuando la acción defensiva es inmediatamente necesaria y la única manera de evitar el daño.

¹⁹⁵ **SHULHOFER**, Stephen J. "The gender question in Criminal Law." En: *Social Philosophy and Policy: Crime, Culpability and Remedy*. Vol 7. Issue 2. Spring, 1990. p. 128. Según este autor, la inminencia “es relevante solo porque ayuda a identificar casos en los que es imposible una intervención legal, por tanto una auto ayuda violenta se vuelve verdaderamente necesaria. El factor decisivo es la necesidad, no la inminencia *per se*. Así, la aproximación correcta no consiste en insistir en la inminencia sino exigir, como lo propone el código penal modelo en el §34.04, que el uso de la fuerza sea <necesario en el momento>. Con este test, el acto de matar a un marido maltratador que está durmiendo, podría estar justificado en algunas ocasiones”.

¹⁹⁶ Al respecto: **DUTTON**. (1992). *op. cit.* pp. 4-6. En la misma línea: **SHOPP**. (1998). *op. cit.* p. 107. **BARON**, Marcia. “Gender issues in Criminal Law”. En: *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. (Deigh/Dolinko. Eds). Oxford University Press. UK, 2011. p. 365. **CROCKER**,

no es relevante a la hora de establecer la necesidad de su actuar¹⁹⁷. Por el contrario, el requisito de la inminencia solo le da relevancia en la acción inmediata del agresor e ignora el terror que ha sido creado de manera sistemática durante un largo periodo de tiempo¹⁹⁸. De hecho, se estaría condenado a la mujer a un asesinato a plazos¹⁹⁹.

Como no se está prescindiendo del requisito de la inminencia, sino simplemente se está reinterpretando su relevancia dentro de la configuración de la defensa propia, no habría, para este sector doctrinal, una “ampliación” o una desconfiguración de la estructura de la eximente, por lo que esta crítica hecha por los defensores de la teoría de la inminencia no tendría fundamento²⁰⁰.

Phyllis L. "The Meaning of Equality for Battered Women who kill men in Self defense.". En: Harvard Women's Law Journal. Vol 8, 1985. pp. 126 y 127. **WILLOUGHBY**. (1989). *op. cit.* pp. 183 y 184.

La relevancia de la historia de maltrato para la configuración de la justificación de defensa propia ha sido reconocida por algunas Cortes estadounidenses. Cfr: *Kress v. State*, 144 S.W.2d 735, 738-739. (TN Supreme Court 1940). *State v. Reid*. 155. Anz. 399,747 P.2d. 560 (1987). “En algunas circunstancias el conocimiento de la víctima sobre la reputación violenta del autor puede garantizar una definición menos restrictiva de lo que significa <inmediatamente necesario> en el sentido de la defensa propia”. En contra de esto: **SEBOK**. (1996). *op. cit.* p. 747. En la misma línea: *Vid.*: **DUBBER and KELMAN**.(2005). *op.cit.* p. 520.

¹⁹⁷ **SHOPP**. (1998). *op. cit.* p. 101. En la misma línea, haciendo referencia los casos de mujeres maltratadas que matan: *Vid.*: **MURDOCH**. (2000). *op.cit.* p. 206. “In cases like these, imminence may be improperly impairing the function of the true principle -necessity- despite the admission of battered women syndrome evidence, and when this happens necessity should prevail.”.

¹⁹⁸ *Vid.*: *State v. Hundley*, 236 Kan. 461, 467-68, 693 P2d. 475,479 (1985). "Immediate, in the instruction on Self defense places undue emphasis on the immediate action of the deceased, and obliterates the nature of the buildup of terror and fear which had been systematically created over a long period of time.".

¹⁹⁹ Al respecto: *Vid.*: Corte de Apelaciones de Nuevo México. *State v. Gallegos*. 1986-NMCA-004, 104 N.M. 247, 719 P.2d 1268 (Ct. App. 1986).[11]. “To require the battered person to await a blatant, deadly assault before she can act in defense of herself would not only ignore unpleasant reality, but would amount to sentencing her to "murder by installment". Del análisis de esta decisión, nos ocuparemos más adelante. Esta idea es en la que basa Larrauri algunos puntos neurálgicos de su construcción. *Vid.*: *Supra*. pp.

²⁰⁰ **ROSEN R**. (1993). *op. cit.* p. 403.

Por otra parte, algunos autores aseguran que las situaciones en las que se encuentran las mujeres maltratadas se pueden asimilar a aquellas en las que se encuentran los rehenes o personas privadas de su libertad.²⁰¹ Estos autores parten de un caso, planteado y resuelto por Robinson, para construir su argumentación y resolver, por la misma vía, la problemática que se suscita cuando una mujer maltratada mata a su agresor.

Robinson plantea el siguiente escenario hipotético²⁰²: A secuestra y encierra a D, no sin antes anunciarle que planea matarle a la semana siguiente. D tiene la oportunidad de matar a A y escapar, cada mañana, cuando éste le trae su ración diaria de alimentos. Siguiendo la teoría de la inminencia, D debería esperar a que A trate de matarlo, para ejercer su acción defensiva. Para Robinson, si el daño amenazante no se puede evitar si la víctima espera hasta el último momento “el principio de defensa propia debe permitirle actuar antes, tanto como sea necesario, para defenderse a sí misma.”²⁰³.

A través de este caso hipotético, Robinson pone de relieve cómo el requisito de la inminencia es un obstáculo para la configuración de la defensa propia²⁰⁴, dejando en claro su preferencia por la teoría de la necesidad.

Partiendo de esta base, este sector doctrinal concluye que la mujer maltratada se encuentra “secuestrada”; es un rehén de su relación de maltrato y, como al

²⁰¹ Al respecto: Cfr: **HORDER**, Jeremy. “Killing the passive abuser: A theoretical defence. En: *Criminal Law Theories: Doctrines of the general part*. (Shutesand/Simester Eds.). Oxford University Press. Oxford- NYC. 2002. p. 291. En la misma línea: **KRESSLER FERZAN**. (2004). *op. cit.* p 253, quien específicamente asimila la situación de Judy Norman con la de una persona secuestrada. Es importante recordar que esta autora está en contra de justificar las conductas de las mujeres a través de una defensa propia que no tenga en cuenta el requisito de la inminencia. Sin embargo, ella considera que la mujer se encuentra en una situación donde no se le permite vivir dignamente, y por tanto, la agresión a su autonomía es constante y justificaría una defensa propia. En la misma línea: **NOURSE**. (2014). *op. cit.* p. 624.

²⁰² **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 2. p. 78.

²⁰³ *Ibidem*. En la misma línea: Cfr.: **MURDOCH**. (2000). *op. cit.* p. 211.

²⁰⁴ *Ídem*. p. 79. En la misma línea: **HERRING**. (2013). *op. cit.* pp. 644 y 645.

secuestrado del ejemplo de Robinson, no se le puede exigir que espere a ser atacada para defenderse, sino que debe permitírsele defenderse en el momento que sea necesario para protegerse, porque tanto ella como el secuestrado se encuentran en una situación que amenaza potencialmente sus vidas, y ambos creen, de manera razonable, que cualquier intento por escapar implica un riesgo muy alto para sus respectivas vidas²⁰⁵. En otras palabras, creen razonablemente que su actuación es necesaria para salvarse²⁰⁶. Y es así porque, en el caso de las mujeres maltratadas, muchos hombres maltratadores utilizan la fuerza y la coacción para evitar que sus parejas se vayan de la casa y se salven a sí mismas, y si lo hacen, normalmente son perseguidas por sus agresores y terminan siendo víctimas de ataques aún más brutales²⁰⁷.

Lo expuesto daría una respuesta a otra crítica que se le hace a la aplicación de la defensa propia en estos casos. Dicha crítica hace referencia al hecho de que el requisito de necesidad no se configura, porque realmente no era necesario que la mujer matara a su agresor para defenderse. Por el contrario, ella podía haberse ido de la casa²⁰⁸.

Contra la idea de que la mujer podía haberse ido de la casa se han dado varias y diferentes respuestas. Algunas de corte psicológico y otras de corte social, económico y cultural. Empezando por las segundas, normalmente las mujeres maltratadas dependen económicamente de sus agresores, por tanto no tienen medios para sostenerse ellas y, si es el caso, a sus hijos. Lo cual liga con las

²⁰⁵ **McCOLGAN**, Allen. "In defence of Battered Women who kill". En: Oxford Journal of legal Studies. Vol. 13. No. 4 1993. p. 519. En una línea similar: Cfr.: **RICHARDS**, David. A.J. "Self defense and relations of domination: Moral and legal perspectives on battered women who kill.". En: University of Pittsburgh Law. Rev. No. 57. 1996. pp. 461 - 475. Para este autor las mujeres maltratadas son víctimas de una "tiranía privada".

²⁰⁶ **HORDER**. (2002). *op. cit.* p. 291. **KRESSLER FERZAN**. (2004). *op. cit.* p. 253. Para quien, si la mujer logra probar que está en la misma situación de un secuestrado, podría alegar defensa propia al utilizar fuerza mortal defensiva.

²⁰⁷ **ROSEN**, R. (1993). *op. cit.* p. 395. **WILLOUGHBY**. (1989). *op. cit.* p. 186.

²⁰⁸ Argumentos que fundamentan las decisiones tomadas en los fallos antes expuestos que niegan la configuración de la *Self defense*.

razones culturales; éstas hacen referencia a que tradicionalmente se ha entendido que el lugar de las mujeres está en su casa, al lado de sus maridos y de sus hijos²⁰⁹.

De las respuestas psicológicas, la más utilizada por la doctrina, que incluso ha sido aceptada por algunas cortes estadounidenses, australianas y canadienses²¹⁰, es el SMM. Debido a la presencia del síndrome, y más exactamente de la indefensión aprendida, la mujer cree razonablemente que no tiene otra opción diferente a matar a su agresor²¹¹. Se siente acorralada y está paralizada psicológicamente²¹², por eso su habilidad de actuación está limitada y siente que nadie puede ayudarla²¹³. Este sentimiento de indefensión frente a su agresor la lleva a reaccionar violentamente contra él y matarlo, porque cree que es la única manera de salvarse.

Se construye así el estándar de mujer maltratada razonable²¹⁴, ya que, para que se pueda configurar la defensa propia, habría que demostrar que la creencia de la mujer sobre la necesidad de la respuesta defensiva es objetiva para alguien

²⁰⁹ **SHULHOFER**. (1990). *op. cit.* p. 119. **WILLOUGHBY**. (1989). *op. cit.* p. 186.

²¹⁰ Al respecto: **ROSEN**, R. (1993). *op. cit.* p. 407.

Australia: Cfr.: *R v. Kontinnen*. [1992] CrimLJ#16/360. SC. South Australia. March 26 1992. En esta sentencia se acepta el SMM como testimonio dentro de un caso de una mujer maltratada que mata a su marido mientras éste duerme. Estados Unidos: *State v. Leidholm*, 334 N.W.2d 811 (N.D. 1983). Aplica un estándar subjetivo para la razonabilidad de la necesidad de la defensa. Canadá: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852. Que acepta el SMM para comprobar la existencia de la defensa propia. Del análisis de estas sentencias nos ocuparemos más adelante.

La admisión del SMM como evidencia dentro de los procesos judiciales ha sido uno de los grandes logros del feminismo. Al respecto: Cfr.: **RAMSEY**, Carolyn. B. "Provoking Change: Comparative Insights on Feminist Homicide Law Reform.". En: *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 100. Issue 1. 2010. pp. 37 y 38.

²¹¹ **SHEEHY**, Elizabeth. *Defending Battered Women on Trial. Lessons from the Transcripts*. UBC Press. Canadá, 2014. p. 52. Es importante resaltar que esta autora es crítica con el uso del SMM como fundamento para la construcción de una defensa propia.

²¹² **SHAFFER**. (1990). *op. cit.* p. 616.

²¹³ **MURDOCH**. (2000). *op. cit.* p. 213.

²¹⁴ En contraposición al de "hombre razonable" o "persona razonable" a través del cuál se mide la razonabilidad de la creencia.

que está en su situación, es decir que padezca el SMM²¹⁵. Esta construcción ha sido criticada porque no parece tener sentido que el estándar objetivo para medir la percepción de la realidad de una persona sea un síndrome que disminuye sus capacidades mentales²¹⁶.

El SMM ha recibido varias críticas, no sólo como teoría, sino como fundamento de la defensa propia. Al respecto se ha dicho que existe una contradicción entre los fundamentos del SMM y su utilización para justificar la creencia razonable sobre la necesidad de la agresión. Así, se sostiene que no tiene sentido que el SMM sea la base para construir la defensa propia en estos casos, porque no parece lógico y acorde con los fundamentos de la teoría que la mujer que lo padece mate a su agresor. Para los principales expositores de esta crítica, resulta contradictorio que una persona que sufre de una parálisis emocional causada por la indefensión aprendida, que se siente atrapada y no ve opciones viables para resolver su situación, pueda tomar fuerzas de donde no las tiene, y se enfrente al objeto de sus miedos. Resulta más lógico pensar que la mujer maltratada que mata es aquella que no sufre de indefensión aprendida²¹⁷.

e. Decíamos anteriormente que otro argumento utilizado para no aplicar la *self-defense* a los casos analizados es afirmar que la defensa no era necesaria porque la mujer podía haberse ido de su casa. Ello está directamente relacionado con el deber de retirada²¹⁸, que hace referencia a que el sujeto que pretende ejercer la acción defensiva debe retirarse, si le es posible, antes de utilizar la fuerza

²¹⁵ **HORDER**. (2002). *op. cit.* p. 295.

²¹⁶ Al respecto: *Vid.*: **DRESSLER**, Joshua. "Feminist (or "feminist") reform of Self defense Law: Some critical reflections.". En: *Marquette Law Rev.* No. 93. 2010. p. 1487.

²¹⁷ **SHOPP**. (1998). *op. cit.* p. 97. En la misma línea: **McCOLGAN**. (1993). *op. cit.* p. 525. **SHULHOFER**. (1990). *op.cit.* pp. 119 y 120.

²¹⁸ *Duty to retreat*. Al respecto: Cfr.: **BEALE**, Joseph. H. "Retreat for a murderous assault.". En: *Harvard Law Rev.* Vol. 16 Issue 8, 1903. pp. 567-582.

defensiva mortal. Esta exigencia de retirada estaría exceptuada en el caso en que represente un peligro para la persona²¹⁹.

Si es posible retirarse antes de ejercer la acción defensiva, entonces ésta no es necesaria. Y sería desproporcionada en la medida en que, si existe la posibilidad de huir de la agresión, la agresión no constituye un peligro de muerte o de grave daño físico y, por tanto, responder con fuerza defensiva mortal, resulta irrazonable. Así, la exigencia de retirada resulta ser un medido para determinar la existencia, o no, de estos dos requisitos²²⁰.

Más allá de las discusiones teóricas existentes respecto a si se debe o no exigir el deber de retirada en general²²¹, lo que se ha dicho frente al caso de las mujeres tiranizadas que matan a sus agresores es que éste no representa un problema debido a “la doctrina del castillo”, la cual es una excepción al deber de retirada que se configura en los casos en los que la persona es atacada en su propia casa²²².

Como, normalmente, la mujer es atacada en su propia casa, y es en su propia casa donde ejerce la acción defensiva, no tiene el deber de retirarse. De igual manera, se ha dicho que imponerle a la mujer el deber de retirada implica

²¹⁹ Cfr.: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* pp. 79 -81. **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 192 -217. **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 489. **SMITH**. (1989). *op. cit.* pp. 123- 125.

²²⁰ **ORMEROD**. (2011). *op. cit.* p. 368. Esta es la misma línea argumentativa que utilizan las cortes británicas. Al respecto: *Vid.: Julien* [1969] 1 WLR 839. *McInnes*, 55 Cr App R 551 [1971].

²²¹ Cfr.: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 190 -198. quien hace una muy clara exposición de los argumentos a favor y en contra del deber de retirada como elemento constitutivo de la defensa propia.

Allen, por ejemplo, plantea que si existiera un deber de retirada, una persona nunca podría realizar una defensa preventiva y, para este autor, las defensas preventivas son viables. Al respecto: Cfr.: **ALLEN**. (2011). *op. cit.* p. 209.

²²² **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 486. **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 233. En la misma línea: Cfr.: Supreme Court of Minnesota. *State v. Glowacki*. 630. N.W. 2d 392 (Minn. 2001). Donde se reconoce, como regla aceptada, la no existencia de deber de retirada entre personas que conviven en el mismo lugar.

obligarla, en algunos casos, a abandonar a sus hijos.²²³ Todo esto se ve materializado en el caso de la división de apelaciones de la Corte Suprema de New York, *People v. Emick* 1984, cuyos hechos se pueden resumir como sigue:

En la mañana del 25 de febrero de 1983, la defendida le disparó a Marshall Allison en la cabeza mientras él dormía. Todo sucedió en un tráiler que compartía con el difunto. Ella inmediatamente llamó al jefe de policía para reportar lo sucedido.

La defendida rindió un detallado testimonio respecto al abuso sufrido durante el tiempo que convivió con Allison. En una ocasión, Allison la llevó afuera del tráiler y golpeó su cabeza contra un árbol. En otra ocasión le apuñaló el pie con un lápiz, por lo que tuvo que ir al hospital. La defendida indicó que el abusó estaba normalmente relacionado con el hecho de que él la acusaba de mantener relaciones sexuales con otros hombres. Ella admitió haber tenido relaciones sexuales con otro hombre, situación que le confesó a Allison, movida por la culpa, pero que aparte de eso, había sido fiel a su relación.

Allison agredía a la defendida con un látigo, mientras ella estaba atada. Le decía que le estaba dando una lección sobre fidelidad. Para el día de acción de gracias, Allison obligó a la defendida a conseguir un pedazo de madera y la utilizó para golpearla por todo el cuerpo y la cabeza, fracturándole uno de los dedos del pie. También testificó que Allison la había violado utilizando diferentes adminículos (cuerdas, correas, un consolador de madera, un mechero, partes de la aspiradora, guantes, agujas de tejer, alicates y un cuchillo de caza).

Así mismo, declaró que la semana precedente a los hechos la violencia aumentó bastante. Tanto así que, para evitar que ella mantuviera relaciones sexuales con

²²³ Al respecto: *Vid.: State v. Glowacki*. 630. N.W. 2d 392 (Minn. 2001). En contra de esto: *Vid.: State v. Gartland* 149 NJ 456,694 A.2d 564 (1997). **SANGERO**. *op. cit.* p. 343, quien remarca que el agresor está también en su casa. Hay que recordar que para este autor el agresor no se constituye como tal en el momento en el que su mujer ejerce la acción defensiva, porque ni siquiera hay inminencia del ataque. Por tanto, no hay razón para preguntarse por el deber de retirada en estos casos.

otros hombres, le introdujo una bobina de inmersión caliente en la vagina. Cuando ella la sacó, Allison la quemó, con la misma bobina, en diferentes zonas del cuerpo. Ese mismo día intentó colgar a su esposa del cobertizo, ahogándola con un mazo. Luego la golpeó en la cabeza dejándola inconsciente; cuando recuperó la consciencia la obligó a poner las manos sobre una mesa, para poder golpearlas con el mazo. Un día antes de su muerte, Allison empujó a la defendida contra el armario, porque no le había gustado la manera en que lo había despertado para ir a trabajar. La noche anterior a los hechos Allison le dijo a la defendida que había hablado con Dios y que éste le había dicho que tenía que matarla a ella y a los hijos que tenían. También le dijo que, en aras de escapar al castigo, ella tenía que suicidarse. Le dio la opción de suicidarse o esperar a que él la matara.

La mañana en que tuvieron lugar los hechos, la defendida pensó en irse en el camión de Allison, pero se dio cuenta de que no podía conducirlo y, de que de todas maneras, las llaves estaban en el bolsillo del pantalón de éste. Indicó que nunca había pedido ayuda por miedo a las amenazas en su contra, porque no sabía a donde ir y porque confiaba en que se tratara de una fase que podrían superar.²²⁴

Fue condenada porque, a los ojos de la Corte de instancia, ella había tenido la posibilidad de retirarse del lugar de los hechos y no lo hizo, y por tanto no se configuró una defensa propia en este caso.²²⁵ La decisión fue apelada y la Corte Suprema suspendió la condena y ordenó que realizara un nuevo juicio. La argumentación se basó en el hecho de que, según la teoría de la justificación, la persona que se encuentra en su residencia y no es el agresor inicial, no está obligada a retirarse²²⁶. Por tanto, el hecho de que la defendida, pudiendo retirarse, no lo hubiese hecho, no fue un factor relevante para negar la

²²⁴ Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Fourth Department. *People v. Emick* 103 A.D.2d 643 (1984). November 7, 1984.

²²⁵ *Ídem*

²²⁶ *Ídem*. "Debido que la defendida estaba en su propia casa y a que, de acuerdo con la teoría de la justificación, ella no fue la agresora inicial (Penal Law §35.15, subd. 2), la Corte no debió haber hecho mención al deber la retirada en su argumentación."

configuración de una defensa propia en este caso. Por otra parte, consideró la Corte que no se probó que la defendida no hubiera actuado en defensa propia, más allá de toda duda razonable.

f. Por último, están las **propuestas que pretenden ampliar el requisito de inminencia**, para ajustarlo a las situaciones que nos ocupan. Estos autores consideran que la inminencia es necesaria para la configuración de la legítima defensa y, por tanto, creen que la solución no está en su eliminación total, o en que esté supeditada a la necesidad, sino en su reinterpretación.

Sebok, por ejemplo, entiende la inminencia como el momento en que hay una alta probabilidad de muerte. Este autor propone ampliar el concepto del daño frente al que una persona puede defenderse utilizando fuerza defensiva mortal, incluyendo dentro de éste todos aquellos tipos de lesiones que pueden destruir la salud física y mental de la mujer (tortura). Así las cosas, la mujer podría tener una creencia razonable de que se encuentra frente a una alta probabilidad de ser maltratada psicológicamente una vez más, y así el ataque sería inminente, porque al ampliar el concepto de daño frente al cual cabe una respuesta defensiva mortal, se está, a su vez, ampliando el concepto de inminencia. Éste ya no sólo haría referencia al momento en el que hay una alta probabilidad de muerte, sino también una alta probabilidad de volver a ser torturada, que la mujer maltratada puede identificar porque ha sido torturada en diferentes ocasiones²²⁷.

Por su parte, Ripstein entiende que “daño inminente” hace referencia a un “daño no evitable de otro modo”²²⁸. Por tanto, si una mujer maltratada puede demostrar que tenía una creencia razonable de que su agresor, que dormía en el

²²⁷ SEBOK. (1996). *op. cit.* pp. 753 y 754.

²²⁸ RIPSTEIN, Arthur. “Self- Defense and equal protection”. En: University of Pittsburgh Law Rev. No. 57. 1996. p. 702.

momento de comisión de los hechos, la iba a agredir inmediatamente se levantara, está justificada bajo la ley de la defensa propia.

f. Un último requisito para la configuración de la defensa propia, relevante para el análisis de la existencia de ésta, dentro de los casos de mujeres maltratadas, es **la proporcionalidad** de la reacción defensiva. Este requisito hace referencia a que la respuesta defensiva debe ser acorde al ataque. Por ejemplo, no se puede responder con fuerza defensiva mortal (*deadly force*²²⁹), si el ataque no implica una amenaza para la vida o un peligro serio para la integridad física²³⁰.

²²⁹ DRESSLER. (2006)A. *op. cit.* p. 240. DRESSLER and GARVEY. (2012) *op. cit.* p. 482. Nota. 40 LIPPMAN. (2010). *op. cit.* p. 232. LaFAVE. (2010). *op. cit.* p. 571.

Para una definición de la *Case Law* de *deadly force*: Vid.: *Commonwealth V. Klein*. 372 Mass. 823. (1977): "We define deadly force as force intended or likely to cause death or great bodily harm."

Si bien esta es la definición genérica de *deadly force*, se dice que hay tres formas de entender el concepto: (1) desde la perspectiva de la verosimilitud y probabilidad de la muerte o el daño grave a la integridad personal, (2) en términos de la probabilidad de causar un resultado de muerte o de daño grave a la integridad corporal, o alternativamente, en términos de una intención (*mental state*) de causarlo(s) y (3) entender como parte de la definición de *deadly force* la intención de causar la muerte o un daño grave a la integridad de la persona, como lo hace el MPC. Al respecto: Cfr.: LaFAVE. (2010). *op. cit.* p. 571. Nota. 6

²³⁰ La sección 3.04.(2) (b). Del MPC sólo autoriza el uso de fuerza mortal en casos de amenaza de muerte, daño corporal serio, secuestro o violación. El ordenamiento jurídico estadounidense es más específico respecto a en qué casos se puede usar fuerza mortal y alegar defensa propia y en cuáles no. El ordenamiento jurídico inglés no es específico; sin embargo, el requisito de proporcionalidad es el mismo. Incluso, algunos autores británicos, como Sangero, hacen referencia específica al tema del uso de la *deadly force*. Al respecto: Cfr.: SANGERO. (2006). *op. cit.* p. 183.

Sobre el requisito de proporcionalidad: Por todos: DRESSLER and GARVEY. (2012). *op. cit.* p. 490. " HERRING. (2011)A. *op. cit.* p. 266. " CLARKSON. (2001). *op. cit.* pp. 91 y 92. LIPPMAN. (2010). *op. cit.* p. 219. "LaFAVE. (2010). *op. cit.* p. 571. HERRING. (2013). *op. cit.* p. 645.

Al respecto: Vid.: *State v. Habermann*, 93 S.W.3D. 835 (MO. CT. APP.2002). Opinion: J Sullivan.

Se ha solicitado, en varios casos, que cuando se da un exceso en el uso de la fuerza mortal defensiva, se configure una excusa o el exceso se reconozca a través de la reducción del cargo de asesinato (*murder*) a homicidio (*manslaughter*). Al respecto: Cfr.: ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 214.

Así por ejemplo en el Reino Unido , la defensa en el caso *Clegg* de 1995, solicitó una reducción del cargo del procesado, a lo que la *House of Lords* respondió que la creación de una defensa de ese estilo era competencia del parlamento. Cfr.: *House of Lords. Clegg*. [1995] 1 AC 482. En Australia se ha reconocido, por vía de jurisprudencia, una reducción en el cargo cuando hay

La proporcionalidad implica hacer un balance de intereses contrapuestos; los del agresor y los de quien se defiende²³¹. En un principio se podría pensar que siempre van a primar los intereses de quien se defiende, sin embargo esto no es cierto a la luz del requisito de proporcionalidad, porque reaccionar defensivamente de manera proporcional implica, en algunas ocasiones, sacrificar los intereses propios para salvaguardar los ajenos (en este caso los del agresor)²³². En los casos en lo que, por ejemplo, la única manera de defenderse de un mal menor es por medio del uso de fuerza defensiva mortal, el requisito de proporcionalidad obliga a tolerar el mal y no hacer uso de dicha fuerza²³³.

Los casos de muerte del tirano en situaciones sin confrontación representan un problema respecto al requisito de la proporcionalidad; dicho problema consiste en establecer si realmente la amenaza a la que se enfrenta la mujer es de una magnitud tal que justifica el uso de fuerza defensiva mortal.

Los autores que niegan la inminencia de la agresión en estos casos, niegan implícitamente la existencia de los demás requisitos de la legítima defensa. Van a negar la necesidad, porque si la agresión no es inminente no es necesaria (teoría de la inminencia) y, siguiendo esta lógica, la acción defensiva va a ser absolutamente desproporcionada. Consideramos que ésta es la razón por la que

uno excesivo de la fuerza mortal defensiva. Al respecto: *Vid.: McKay* [1957] ALR 648, *Howe* [1958] 1000 Clr 448. El MPC en la §3.09 (2) establece que si se da un exceso en el uso de fuerza justificante se responderá por una ofensa cometida de manera negligente (*negligence*). Las soluciones en el derecho continental son similares, así: El Código Penal alemán establece que cuando se da un exceso en cualquiera de los límites de la legítima defensa, el autor no será castigado (*StGB*. § 33) mientras que, en España, un exceso de esta clase configura, siguiendo a la doctrina mayoritaria, un error de tipo, que dependiendo de si es vencible o no, genera exculpación o responsabilidad por culpa o imprudencia, siguiendo lo establecido en el art. 14 del CPe.

²³¹ **FLETCHER**. (1998). *op. cit.* p. 136.

²³² **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 167. En la misma línea: *Vid.: WILLIAMS*. (1983). *op. cit.* pp. 506 y 507.

²³³ Así: *Cfr.: Ídem*. p. 503, quien ejemplifica esto de la siguiente manera: "A le va a dar una bofetada a B en la cara; B es tan debil que sólo puede defenderse por medio de un disparo en contra de A. B no estaría justificado si dispara, debe someterse a recibir la bofetada".

no hay muchos autores que, estando en contra de la aplicación de la defensa propia en estos casos, realicen un análisis en términos de proporcionalidad. Al unir los requisitos de necesidad y proporcionalidad se entiende la necesidad como un indicador de la proporcionalidad (si la defensa es necesaria, es también proporcional). Sin embargo, el hecho de que la reacción defensiva implique el uso de fuerza mortal, hace relevante un análisis de la proporcionalidad de ésta por separado. Si bien existen situaciones en las que la defensa es necesaria, la manera en la que se lleva a cabo resulta desproporcionada²³⁴. Más cuando se utiliza la fuerza defensiva mortal.

Esta concepción se refleja en el caso concreto de la siguiente manera: el hecho de que la mujer haya matado a su marido implica una desproporción en términos de defensa, sobre todo si se tiene en cuenta que su reacción no era necesaria porque la agresión o el peligro no eran inminentes y, además, su atacante estaba desarmado, por no decir dormido (razón en la que se fundamenta la inexistencia de la inminencia de la agresión)²³⁵. Por tanto, matar a su agresor, constituye un exceso y es una actuación desproporcionada. Sumado a lo anterior, algunos autores van a sostener que la reacción defensiva, en la que media uso de fuerza mortal, no está justificada, incluso en aquellas situaciones donde la fuerza mortal es el único medio para salvarse, pero donde el ataque no implica una amenaza mortal o de grave daño para la integridad²³⁶.

Esto se refleja en el caso que nos ocupa, porque se ha venido entendiendo que, así hubiese una agresión contra la mujer, ésta nunca va a ser tal que justifique el uso de fuerza mortal defensiva, debido a que se interpreta de manera literal la

²³⁴ Así lo ha reconocido la *House of Lords* en el Reino Unido. Al respecto: Cfr.: *House of Lords. R v Clegg* 1995 1 AC 482.

²³⁵ Así: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 344.

²³⁶ **DRESSLER**. (20006)A. *op. cit.* p. 238. En contra: **LA FOND**. Jhon. "The case for Liberalizing the Use of Deadly Force in Self Defense". En: *Puget Sound Law Review*. Vol 6. 1983. pp. 237 - 280, quien propone que se permita utilizar fuerza mortal defensiva cuando ésta es necesaria para protegerse, de manera efectiva, de cualquier peligro o violencia física.

regla de proporcionalidad y se asume que matar a un atacante desarmado nunca va a ser una actuación constitutiva de defensa propia.²³⁷

Anteriormente expusimos cómo el sector doctrinal que está de acuerdo con la configuración de la defensa propia en estos casos soluciona el obstáculo que plantea la necesidad: la acción es necesaria dentro del contexto de maltrato y, por lo mismo, por el contexto de maltrato constante en el que se encuentra, la mujer tiene bases razonables para creer que su acción es necesaria. Su agresor es un hombre extremadamente violento²³⁸, que ha venido realizando conductas altamente peligrosas para su vida e integridad. A esto, habría que agregar que matar a su agresor (en la situación en que lo hace), no sólo resulta necesario, sino que es la única manera que tiene de defenderse. En esta situación, la historia de maltrato y los conocimientos especiales de la mujer sobre su maltratador van a actuar como fundamento no sólo de la necesidad de la defensa, sino de su proporcionalidad. Es decir, esto es lo que va a fundamentar la creencia razonable de la mujer sobre la necesidad del uso de la fuerza defensiva mortal.

Para un sector doctrinal, la proporcionalidad debe ser valorada dentro del contexto del caso concreto. Se deben tener en cuenta factores tales como la fuerza de cada una de las partes, el número de agresiones de los que ha sido víctima la persona que se defiende, si existe o no comportamiento violento previo por parte del agresor, entre otros²³⁹.

²³⁷ **GILLESPIE**, Cynthia K. *Justifiable Homicide. Battered Women, Self- Defense, and the law*. Ohio State University Press. Columbus, 1989. p. 55.

²³⁸ *Vid.: Supra*. Primera parte. Capítulo único. I.2. A.).

²³⁹ **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 174, quien agrega un elemento importante a este test de proporcionalidad: la probabilidad de que el daño se materialice. Consideramos que en estos casos, esta probabilidad es alta y se puede argumentar lo anterior a través de la historia misma de maltrato. En la misma línea: **SHOPP**. (1998). *op. cit.* p. 106. Con referencias bibliográficas sobre casos estadounidenses que reconocen la relevancia de estos factores en la necesidad del uso de la fuerza mortal. p. 106. Nota. 52. **ALLEN**. (2011). *op. cit.* p. 209.

Así, aplicando esta posición doctrinal y jurisprudencial a la muerte del tirano²⁴⁰, quienes consideran que la reacción de la mujer es proporcional lo fundamentan en el hecho de que ella normalmente tiene menos fuerza que el hombre: mientras un hombre puede matar con sus manos, una mujer no²⁴¹. De igual manera, se encuentra asustada y además sabe (o cree razonablemente) que no es posible defenderse durante una confrontación²⁴² porque esto resultaría en una agresión en su contra aún mayor de las que ya ha sufrido²⁴³.

Contrario a lo anterior, está la idea de que el agresor al estar dormido (o no estar agrediendo de manera directa a la mujer en el momento en que ella se defiende) no representa un peligro para ella y su reacción es del todo desproporcionada. Sin embargo, frente a ello, hay que recordar que los episodios de maltrato se componen de diferentes tipos de violencia y normalmente no son incidentes aislados. Y esto, para lo defensores de la existencia de proporcionalidad en estos casos, debe ser tenido en cuenta.

²⁴⁰ Varias jurisdicciones estadounidenses reconocen, por ejemplo, que – dependiendo de las circunstancias concretas del caso – puede no ser desproporcional utilizar un arma contra un atacante desarmado. Al respecto: Cfr.: **MAGUIGAN**, Holly. “Battered women and self defense: Myths and misconceptions in current reform proposals”. En: University of Pennsylvania Law Rev. No. 2. Vol. 140. Diciembre de 1991. pp. 418 y 419. En la misma línea: Cfr.: **LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 572.

²⁴¹ Al respecto: Cfr.: **GILLESPIE**. (1989). *op. cit.* p. 53, quien cita diversos estudios en los que se demuestra el daño que puede hacer un hombre sólo con su cuerpo, sin necesidad de utilizar armas. En la misma línea: Cfr.: **SCHNEIDER**, Elizabeth M. “Equal rights to trial for women: Sex bias in the law of Self defense”. En: Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review. Vol. 15. 1980. p. 633. Corte de Apelaciones de Oklahoma. *Easterling v. State*. 267. P.2d. 185. Oka. Crim App. (1954.). En una línea similar: **O'DONOVAN**. (1991) *op. cit.* p. 221, quien considera que, debido a los factores de fuerza y falta de entrenamiento en defensa, el requisito de proporcionalidad puede ser inapropiado para las mujeres en estos casos.

²⁴² En esta línea: *Vid.*: **Owino** [1995] Crim LR 743.

²⁴³ **McCOLGAN**. (1993) *op. cit.* pp. 520 y 521. En la misma línea: *Vid.*: **VENESY**, Barbara A. “State v Stewart: Self defense and Battered Women: Reasonable perception of danger or license to kill.” En: Akron. Law. Rev. Vol 23. No. 1. 1989. p. 93. Para esta autora, la respuesta razonable y proporcional de una mujer maltratada va a ser diferente que la de un hombre “debido a la situación de defensa propia atípica dentro de la que ella actúa y debido a su tamaño, fuerza” etc. **SHAFFER**, Martha. “R.V. Lavallee: A review essay”. En: Ottawa Law Rev. Vol 22. No. 3. 1990. p. 614.

Por otra parte, el hecho de no tener en cuenta las especiales circunstancias de estos casos y las condiciones físicas de la mujer²⁴⁴ es, para el amplio sector doctrinal que fundamenta sus posiciones en el feminismo, una manifestación de lo que se ha entendido como el carácter masculino del Derecho penal²⁴⁵. Es decir, que si bien la ley está redactada de manera aparentemente neutra, su aplicación resulta discriminadora con las mujeres, porque realmente los valores de neutralidad y objetividad están contruidos sobre valores masculinos. Gillespie, por ejemplo, atribuye esta aplicación discriminatoria de la ley al hecho de que la legítima defensa, históricamente, fue concebida para ser aplicada en situaciones en las que, tradicionalmente, los protagonistas eran hombres²⁴⁶. Debido a ello, la ley se osificó, es decir, con el paso del tiempo no se dotó de un contenido que abarcara otro tipo de situaciones (no las enteramente masculinas) y por tanto se generó tal aplicación discriminatoria.²⁴⁷. En la misma línea, Schneider afirma que son los estereotipos basados en la dicotomía

²⁴⁴ **SHNEIDER**, Elizabeth. M and **JORDAN**, Susan. "Representation of Women Who Defend Themselves in Response to Physical or Sexual Assault". En: Women's Rights Law Reporter. Vol 4. 1978. p. 155.

²⁴⁵ O carácter sexista, siguiendo la terminología utilizada por Carol Smart en: **SMART**. (1994). *op. cit.* 167 y ss.

²⁴⁶ **GILLESPIE**. (1989) *op. cit.* El capítulo segundo de este libro, está dedicado a la explicación histórica de la concepción masculina de la defensa propia. En la misma línea: **McCOLGAN**. (1993). *op. cit.* p. 521. **GRAFF**, Sunny. "Battered women, Dead Husbands: A Comparative Study of Justification and Excuse in American and West German Law". En: Loyola of Los Angeles International and Comparative Law. Rev. Vol 10. No. 1. 1988. pp. 10 y 11. **CROCKER**. (1985). *op. cit.* p. 123. En contra de ello: **ESTRICH**, Susan. "Defending Women. Survey of the Book: Justifiable homicide: Battered women. Self Defense and the law. By: Cynthia Gillespie." En: Michigan Law Rev. No. 88. 1990. p. 1431. Para esta autora las normas no están creadas para definir comportamientos masculinos, sino para limitar instintos masculinos, en aras de preservar la vida humana.

²⁴⁷ Al respecto: Cfr.: **GILLESPIE**. (1989) *op. cit.* p. 50. Sobre la aplicación de la defensa propia: "En la superficie, la ley no discrimina. Es su aplicación, sin embargo, la ley trata de manera diferente a los hombres y a las mujeres. La función histórica de la ley de defensa propia (repeler, mayormente, los comportamientos violentos a los que tradicionalmente se enfrentan los hombres) junto con su osificación (...) han dejado sin respuesta las necesidades de las mujeres que se defienden.". En una línea similar: **FORELL** and **MATHEWS**. (2001). *op. cit.* p. 206. Aunque estas autoras parten de la base de que la *Self defense* está contruida sobre valores masculinos. Es decir, no sólo su aplicación es masculina, sino que es masculina *per sé*.

hombre/mujer, los que impiden que los jueces y los jurados aprecien, dentro de la posible configuración de la defensa propia, las especiales circunstancias de estos casos²⁴⁸. De igual manera, la idea de que las mujeres deben ser delicadas y femeninas, ha impedido durante mucho tiempo que las mujeres accedan a entrenamientos físicos para su defensa personal²⁴⁹, lo que impide que se defiendan de manera “ajustada” (cumpliendo con los requisitos) a la ley y que su acción sea fructífera.

Estos planteamientos se pueden enmarcar dentro de la primera fase de la crítica feminista al Derecho penal. Ésta consiste, como ya expusimos, en el hecho de que los valores de objetividad y neutralidad con los que se aplica la ley son valores masculinos y la aplicación del derecho también lo es²⁵⁰. Quizás el planteamiento que más se ajusta a esta fase de crítica feminista al derecho penal sea el de Gillespie; sin embargo, el de Shneider, si bien se aleja un poco, se puede enmarcar dentro de ella porque fundamenta la aplicación masculina del derecho en los estereotipos históricos en los que se ha enmarcado a la mujer. Es decir, son los estereotipos los que impiden que se le aplique la ley de defensa propia a la mujer. Si se parte de la base de que la ley de defensa propia está cimentada sobre valores masculinos (en apariencia neutrales), los estereotipos femeninos serían contrarios a las bases de la defensa propia y por eso impedirían su aplicación.

Para superar esta barrera discriminatoria en la aplicación de la defensa propia, surge la propuesta de una aproximación individual al caso concreto²⁵¹. Dicha

²⁴⁸ **SCHNEIDER**. (1980). *op. cit.* p. 623.

²⁴⁹ *Ídem*. p. 629.

²⁵⁰ Al respecto: Cfr.: **NOURSE**. (2014). *op. cit.* p. 622. En la misma línea: Cfr.: **SHULHOFER**. (1990). *op. cit.* p. 111.

²⁵¹ La aproximación individualizadora (*individualized approach*) es propuesta por Schneider, como forma de solucionar la discriminación por género (*sex bias*) de la que son víctimas las mujeres a la hora de alegar defensa propia en los casos en los que matan a sus agresores. Al respecto: Cfr.: **SCHNEIDER**. (1980). *op. cit.* pp. 639 y 640. La autora parte de la posición doctrinal de Fletcher acerca de la necesidad de hacer análisis individuales para la aplicación de la ley y dejar de lado el

aproximación consiste en tener en cuenta todas las características de la mujer con respecto al hombre²⁵² y todos los factores contextuales y circunstanciales del caso concreto, como la historia de maltrato. Es decir, hacer un análisis individual de cada caso en términos de proporcionalidad.

Esto no es nada diferente a lo que defienden varios autores acerca de los factores que se deben tener en cuenta a la hora de hacer el análisis de proporcionalidad²⁵³. Es decir, una subjetivación de este requisito²⁵⁴. Es claro que,

apego estricto a las reglas legales. Para Fletcher el problema radica en no entender la diferencia entre el *wrongdoing* y la *attribution*. El primero tendría un contenido objetivo, mientras que la segunda un contenido subjetivo. Entendiendo esta diferencia, se podría hacer un análisis individual sin ningún tipo de riesgo de inseguridad jurídica o pendiente resbaladiza en materia de excusas. Al respecto: Cfr: **FLETCHER**- (2000). *op.cit.* pp 512 y ss. El mismo, "The individualization of excusing conditions." En: California Law Rev. Vol 57. 1974. pp. 1269-1310. Si bien Fletcher centra su propuesta en el análisis de la configuración de las excusas, Shneider lo amplía y lo aplica a la configuración de la defensa propia.

En contra de una aproximación individualizadora en el requisito de proporcionalidad: **FINKELSTEIN**. (1996). *op. cit.* p. 630, quien considera que una aproximación de este tipo, resultaría convirtiendo a la defensa propia, en una defensa basada en las motivaciones de quien la ejerce.

Respecto a la influencia de la aproximación individualizadora en los Estados Unidos: Cfr.: **KOTISWARAN**, Prabha. "Feminist approaches to Criminal Law." En: *The Oxford Handbook of Criminal Law*. (Dubber/Hörnle. Eds.). Oxford University Press. UK, 2014. p. 68.

²⁵² Al respecto: **CROCKER**. (1985). *op. cit.* p.128 "La individualización explícitamente lleva a la inaplicación de actitudes estereotipadas respecto a un defendido y el efecto discriminatorio de ignorar el sexo de él."

²⁵³ Lo cuál demuestra que el análisis de la configuración de la proporcionalidad dentro de la defensa propia, teniendo en cuenta las características físicas de quienes están inmersos en la situación y los factores circunstanciales y contextuales, no es una *reforma* feminista de la defensa propia, sino un planteamiento general. Sin embargo, la finalidad del feminismo en estos casos es, que a través de una aproximación individualizadora en el análisis de la proporcionalidad, se logre que la doctrina de la defensa propia tenga en cuenta la realidad de las mujeres, tal y como lo hace con la de los hombres. Al respecto: Cfr.: **CROCKER**. (1985). *op. cit.* p. 128.

²⁵⁴ Al respecto: Cfr.: **CUTLER**. (1989). *op. cit.* p. 277. "La realidad de las relaciones abusivas fuerza a las cortes a aplicar los requisitos de la defensa propia de una manera subjetivada". En contraposición al estándar subjetivo se encuentra, como es obvio, el estándar objetivo. Sobre éste último: *Vid.: State v. Leidholm*. 334N.W.2d.811,817. (N.D. 1983). "Un estándar objetivo de razonabilidad requiere analizar las circunstancias que rodeaban al acusado en el momento en que éste utilizó la fuerza, desde el punto de vista de una persona prudente (...) Normalmente,

a través de un requisito absolutamente objetivo, sería imposible hacer un análisis de este estilo²⁵⁵. De hecho, para algunos autores, un estándar que no tiene en cuenta, por ejemplo, las características físicas de quien ejerce la defensa propia, no es útil para establecer la creencia razonable sobre la necesidad de utilizar fuerza mortal defensiva²⁵⁶.

Todo lo expuesto anteriormente se encuentra claramente plasmado en el caso que dio lugar a una sentencia de la Corte Suprema de Washington²⁵⁷. El caso *State v Wanrow* que, si bien no es un caso de legítima defensa en situaciones sin confrontación por parte de mujeres maltratadas, sí trata de una mujer que, por defenderse a ella misma y a otros (sus hijos incluidos), le dispara a un hombre que estaba desarmado. Es decir, hace uso de la fuerza defensiva mortal, en una circunstancia en la que no parece proporcional hacerlo.

Los siguientes son los hechos del caso:

bajo este prisma, las características físicas y psicológicas del acusado no se tienen en consideración para juzgar la racionalidad de su creencia.”

EL MPC adopta un estándar más cercano a lo subjetivo, que el que se maneja en la doctrina tradicional. (MPC §3.04.(2).(b): “The use of deadly force is not justifiable under this Section unless the actor believes that such force is necessary to protect himself against death, serious bodily harm, kidnapping or sexual intercourse compelled by force or threat.”). Lo anterior, porque esta disposición permite el uso de fuerza defensiva mortal en los casos en los que quien se defiende cree razonablemente que ésta es necesaria para protegerse a sí mismo de la muerte, un daño físico grave, ser secuestrado o para evitar un encuentro sexual no consentido. Así las cosas, a través de la expresión “cree razonablemente que la fuerza defensiva mortal es necesaria” lo que se hace es dejar la decisión sobre la razonabilidad de la fuerza en manos del sujeto quién tendrá en cuenta su propio contexto y sus propias características físicas. Al respecto: Cfr.: **NOURSE** (2014) pp. 616 y 617. En contra: *Vid.: Attorney - General for Jersey v. Holley* [2005] UKPC 23. En este caso se adopta un estándar objetivo, que ha sido criticado desde el feminismo.

²⁵⁵ En esta línea: Cfr.: **FINKELSTEIN**.(1996). *op. cit.* p. 629.

²⁵⁶ Cfr.: **BARON**. (2011). *op. cit.* pp. 361 y 362, quien explica por qué un estándar razonable no tiene en cuenta estos factores y por tanto resulta inútil en estos casos. En la misma línea: **SHAFFER**. (1990). *op. cit.* p. 614.

²⁵⁷ Schneider considera que esta sentencia constituye una puesta en práctica de la aproximación individualista. Al respecto: Cfr.: **SCHNEIDER**. (1980). *op. cit.* pp. 641 y 642.

“La tarde de 11 de agosto de 1972, los dos hijos la defendida (Yvonne Wanrow) estaban quedándose en la casa de la señora Hooper, una amiga de la defendida. Uno de ellos estaba jugando afuera y, al regresar a casa, le dijo a Hooper que un hombre había intentado tirarlo de su bicicleta y llevarlo a una casa. Unos meses antes la hija de 7 años de la Señora Hooper había sido diagnosticada con una enfermedad de transmisión sexual. Hooper no logró que su hija le contara quien había abusado de ella. [No fue sino hasta la noche en la que tuvieron lugar los hechos, que la señora Hooper descubrió que era William Wesler (el difunto), quien aparentemente había violado a su hija]. Mientras el hijo de Wanrow narraba la historia de lo que le había sucedido momentos antes, a Hooper, William Wesler apareció en el portal de la casa gritando: “Yo no toqué al niño”. En ese momento la hija de Hooper le dijo a su madre que ese era el hombre que la había violado.

El propietario de la casa donde vivía Hooper le dijo que Wesler había tratado de abusar de un joven que vivía antes en la casa y que Wesler había sido internado en una clínica, porque tenía problemas mentales. Inmediatamente Hooper llamó a la policía, que fue informada de lo sucedido. Cuando llegaron los agentes, Hooper les pidió que arrestaran a Wesler pero le dijeron que no podían realizar el arresto hasta el lunes siguiente, en horas de la mañana. El propietario de la casa de Hooper (que estaba presente durante la charla con la policía) le sugirió que tomara un bate de beisbol y golpear a Wesler en la cabeza, si éste volvía a aparecer por la casa. Frente a la sugerencia, uno de los policías le preciso que, si bien podía utilizar el bate, para hacerlo debía esperar a que Wesler entrara a la casa. (Una semana antes de que tuvieran lugar los hechos, Hooper notó que alguien estaba rondando su casa en las noches. Dos días antes, alguien trató de entrar en su casa por la ventana de su habitación. Ella sospechó de Wesler.).

Esa noche, Hooper llamó a Wanrow y le pidió que pasara la noche con ella y le explicó lo sucedido. Wanrow llegó a las 6 pm con una pistola en su bolso. Las dos mujeres estaban muy asustadas para pasar la noche solas, así que llamaron a la hermana y al cuñado de Wanrow, para que las acompañaran. Los cuatro se quedaron despiertos toda la noche. En la casa había ocho niños.

A las 5 am el cuñado de Wanrow fue a la casa de Wesler, armado con el bate, y lo acusó de ser un abusador de niños. Wesler sugirió que fueran juntos a la casa de Hooper y aclararan el malentendido. Otro hombre, que estaba presente, fue con ellos. El cuñado de Hopper y el otro hombre se quedaron fuera, mientras Wesler entraba a la casa.

Lo que sucedió después no está del todo claro. Parece que Wesler, un hombre corpulento que estaba visiblemente intoxicado, entró a la casa y cuando se le dijo que se fuera, se negó. Entre gritos y confusión, uno de los niños (que estaba durmiendo en el sofá) se despertó. Los testimonios indican que Wesler se aproximó al pequeño diciendo “Vaya! que bello pequeñito”, o algo similar, y que la madre del pequeño (la hermana de Wanrow) se puso entre el niño y Wesler. En ese momento Hooper le gritaba a Wesler que se fuera. Wanrow, una mujer de complexión pequeña y que, para el momento, tenía una pierna rota y estaba utilizando una muleta, testificó que fue a la puerta a pedirle ayuda a su cuñado. Lo llamó a gritos y cuando se giró para entrar a la sala de la casa, encontró a Wesler parado al lado de ella. Testificó también que se encontraba sobresaltada debido a toda la situación que estaba viviendo y que le disparó a Wesler de manera refleja. Hooper llamó a la policía e informó lo sucedido. Wanrow tomó el teléfono y habló con la policía. Toda la conversación fue grabada. “²⁵⁸.

El juzgado de instancia condenó a Wanrow por asesinato en segundo grado. Wanrow apeló la sentencia y la Corte de Apelaciones suspendió la condena y ordenó que se realizara un nuevo juicio, sin embargo la Fiscalía apeló. La Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones, basando la necesidad de realizar un nuevo juicio en dos razones: la primera, que no es relevante para nuestro tema, relativa a la errónea introducción de una conversación telefónica de la acusada y la policía como medio de prueba, y la segunda, relativa a la mala apreciación de la existencia de una defensa propia en el caso²⁵⁹.

²⁵⁸ Corte Suprema de Washington .*State. v. Wanrow*, 88 Wash. 2d 221, 559 P. 2d 548. (1977).

²⁵⁹ *Ídem*. p. 233.

Según la Corte, el juzgado de instancia debió haberle indicado al jurado que debía evaluar la posible existencia de la defensa propia “a la luz de todos los hechos y circunstancias conocidos por la defendida, incluidos aquellos de los que se tenía noticia antes de la muerte del agresor”²⁶⁰. Es decir, la conductas previas de abuso de menores, por parte del agresor, que generaron un temor en la defendida y que fueron las que, al final, la llevaron a dispararle. Para la Corte, al jurado debió permitírsele tener en cuenta estos conocimientos de la víctima sobre el agresor, a la hora de determinar la proporcionalidad en el grado de fuerza utilizada y si esta era lógica a los ojos de una persona razonable que hubiera visto lo que la agredida vio y sabido lo que ella sabía en el momento de comisión de los hechos²⁶¹.

Hasta este punto, es claro que la Corte está de acuerdo con la argumentación relativa a la necesidad de incluir la historia previa y los conocimientos de la víctima acerca del agresor dentro de la valoración de la creencia razonable de la proporcionalidad de la acción defensiva. Pero la Corte no se detiene allí; reconoce también que existe un sesgo de género a la hora de evaluar la existencia de la defensa propia en casos de mujeres que se defienden haciendo uso de fuerza mortal defensiva. Sesgo que se ve materializado al analizar el requisito de la proporcionalidad:

“En nuestra sociedad, las mujeres sufren la falta de acceso a entrenamientos y formas de desarrollar las habilidades necesarias para repeler el ataque de un hombre, de manera efectiva, sin necesidad de recurrir al uso de armas mortales.”²⁶²

²⁶⁰ *Ídem*. p. 234.

²⁶¹ *Ídem*. p. 238. En la misma línea: *Vid.*: Corte Suprema de Washington. *State v Elis*, 30 Wash. 369, 70. (1902). “Las circunstancias precedentes a la muerte del agresor son esenciales para hacer un análisis apropiado de la defensa propia”.

²⁶² *Ídem* pp. 239 y 240. En una línea similar: **CROCKER**. (1985). *op. cit.* p. 127, quien considera que la falta de entrenamiento y los estereotipos sociales acerca de que las mujeres suelen ser débiles, conducen a que las mujeres perciban el peligro más pronto y con más frecuencia que los hombres.

Y agrega:

“La impresión creada, de que una mujer de complexión pequeña, con un yeso en su pierna y que utiliza una muleta, debe –para cumplir con la ley- repeler a un asaltante corpulento e intoxicado, sin utilizar armas para su defensa, a no ser que el jurado encuentre que su determinación sobre el nivel de peligro fue razonablemente objetiva, constituye una representación errónea y distinta de la ley y, en el caso concreto, viola el derecho de igualdad ante la ley de la procesada. La acusada tenía derecho a que el jurado considerara sus acciones a la luz de sus propias percepciones sobre la situación, incluyendo aquellas que eran producto de la larga y desafortunada historia de discriminación por género que existe en nuestra nación.”²⁶³

Concluye la Corte que hasta que los efectos de la larga historia de discriminación sean erradicados, se debe tener el cuidado de asegurar que, dentro del análisis de la configuración de la defensa propia, se le permita a la mujer que su conducta sea juzgada a la luz de “las discapacidades físicas que son producto de la discriminación sexual” y así aplicarle, a las mujeres que van a juicio, las mismas reglas que se le aplican a los hombres²⁶⁴.

La importancia de esta decisión radica en el hecho de que reconoce que existe una aplicación discriminatoria de la ley de defensa propia para las mujeres, porque no se tienen en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto, como son la características físicas de la mujer, que juegan en su contra a la hora de defenderse de un ataque perpetrado por un varón, y los conocimientos de ésta sobre la historia de agresiones de su atacante y el reconocimiento explícito

²⁶³ Corte Suprema de Washington *State. v. Wanrow*, 88 Wash. 2d 221, 559 P. 2d 548. (1977). p. 240.

²⁶⁴ *Ídem* p. 241.

de la necesidad de tener en cuenta lo anterior, para evitar una aplicación discriminatoria de la defensa propia²⁶⁵.

Ahora bien, dejando de lado lo anterior, es importante referirnos a algún sector doctrinal que justifica la existencia de la proporcionalidad en el hecho de que la mujer, a causa del SMM, cree que su respuesta es proporcionada. En otras palabras, se puede establecer que ella cree que su respuesta (hacer uso de la fuerza defensiva mortal) es razonable en las circunstancias en las se encuentra. Se debe tener en cuenta, a la hora de medir la proporcionalidad de la reacción defensiva, el terror que sufre la mujer que ha sido causado por el maltrato reiterado del que ha sido víctima²⁶⁶.

En síntesis, para este sector de la doctrina, el SMM va a ser útil para explicarle al jurado por qué cuando las mujeres maltratadas realizan alguna acción contra sus maltratadores, normalmente utilizan armas corto punzantes o de fuego y los matan²⁶⁷; y esta explicación se debería realizar de la siguiente forma:

“El testigo experto puede describir cómo, para la mayoría de las mujeres maltratadas, la fuerza letal es la única manera que tiene para asegurar que van a salir bien libradas de un encuentro violento con su agresor. Los expertos también pueden explicar por qué las mujeres maltratadas sienten que no tienen otra manera de protegerse que matando a sus agresores.”²⁶⁸

²⁶⁵ Para una crítica a esta decisión de la Corte Suprema de Washington: Cfr.: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 344 y 345. Según este autor, se da extrema subjetivización del concepto de proporcionalidad que distorciona la figura de la legítima defensa.

²⁶⁶ **EASTEAL**, Patricia. “Battered Women who kill: A plea of Self-defence.”. En: *Women and the Law*. (Weiser /McKillop. Eds). Australian Institute of Criminology. Canberra, 1993 p. 40.

²⁶⁷ *Ídem*. p. 40. Si los jurados no entienden el SMM y las dinámicas del maltrato, van a ver una reacción excesiva en el uso de la fuerza, cuando el defendido utiliza una pistola o un cuchillo.

²⁶⁸ **SHAFFER**. (1990). *op. cit.* p. 617. En la misma línea: *Vid.*: **CROCKER**. (1985). *op. cit.* p. 132.

Sobre la *utilidad* del SMM dentro de la configuración de la defensa propia en casos de mujeres maltratadas: Cfr.: **WALKER**, Leonore A. “Battered Women Syndrome and Self – Defense”. En: *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*. Vol. 6. No. 2. 2012. pp. 321 -334.

Este sector aboga por que se tenga en cuenta, dentro del análisis de la proporcionalidad, no sólo las condiciones físicas de la mujer y las circunstancias fácticas y contextuales en las que ella se encontraba para el momento de los hechos, sino también el estado psicológico o psiquiátrico en que se hallaba²⁶⁹. Es decir, el hecho de que la mujer sufra del SMM debe ser tenido en cuenta a la hora de analizar la proporcionalidad y la razonabilidad del uso de la fuerza defensiva mortal.

Sin perjuicio de las críticas, ya expuestas, que se le hacen al SMM, específicamente en contra de lo anterior se alzan voces que consideran que permitir que el estado psicológico de una persona sea tenido en cuenta a la hora de establecer la configuración de una defensa propia (en este caso para medir la creencia razonable de la proporcionalidad de la reacción) implica acercarse más al ámbito de las excusas que al de las justificaciones, porque se estaría afirmando implícitamente que, como la mujer sufría de una enfermedad mental, su reacción no era racional y su percepción estaba nublada por el síndrome. Así, la conducta de la mujer debería ser excusada y no justificada²⁷⁰.

En esta línea, aunque con algunos matices, encontramos algunos autores – como Herring – que si bien están de acuerdo con tener en cuenta las características físicas de los implicados en una situación de defensa propia, se muestran totalmente en contra de aceptar, dentro del mismo análisis, el estado mental de quien ejerce la acción defensiva. Para este autor, “una condición psicológica no puede hacer razonable una reacción desproporcionada.”²⁷¹.

²⁶⁹ ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 210.

²⁷⁰ ROSEN, C. (1986). *op. cit.* p. 42. En la misma línea: Cfr.: FINKELSTEIN. (1996). *op. cit.* p. 632. DRESSLER. (2012) *op.cit.* p. 244.

²⁷¹ HERRING. (2011)A. *op. cit.* p. 267. Al respecto: *Vid.: R. v. Martin*. [2001] 2 WRL 1. En donde no se admite que la evidencia psiquiátrica y/o psicológica sea relevante dentro del análisis de la defensa propia.

Por último, se encuentra el grupo de autores que sugieren reinterpretar la definición de la fuerza frente a la cual se puede reaccionar por medio de una acción defensiva que resulte en la muerte del maltratador, en aras de poder argumentar la existencia de la proporcionalidad en estos casos. Es decir, para poder afirmar que el hecho de que la mujer mate a su agresor no constituye una reacción desproporcionada frente al ataque del que ha sido víctima.

Krause sugiere que, en vez de preguntarse si la mujer maltratada cree razonablemente que va a ser asesinada, la pregunta apropiada en estos casos debe ser si ella cree que está en riesgo de un daño serio a su integridad física, porque la creencia razonable acerca de un posible daño físico grave también forma parte de las tipologías de daño que permiten el uso de la fuerza defensiva mortal. Así, la creencia razonable de la mujer sobre el hecho de que va a ser víctima de un daño físico grave, será suficiente para invocar la defensa propia, aunque no crea que el ataque va a poner en riesgo su vida²⁷².

Por su parte, Ewing construye la teoría de la defensa propia psicológica²⁷³ como causa de justificación legal. Este autor parte de la base de que la mayoría de las mujeres no utilizan la fuerza defensiva mortal para defenderse de un daño físico o para evitar su muerte, sino que se están defendiendo de un daño psicológico. Una mujer maltratada no puede escapar, o no tiene la capacidad de reconocer otras vías de escape, de su relación de abuso. Por ello se encuentra en una situación en la que deben elegir entre matar o "ser reducidas a un estado psicológico debido al cual su vida no va a tener sentido o valor alguno"²⁷⁴.

Siguiendo lo anterior, propone que se reconozca la defensa propia cuando una persona utiliza fuerza defensiva mortal para prevenir un daño psicológico

²⁷² **KRAUSE**. (2007). *op. cit.* P. 563.

²⁷³ *Psychological Self defense*. **EWING**, Charles Patrick. *Battered women who kill*. Lexington Books. USA, 1989. El mismo: "Psychological Self- Defense: A proposed justification for Battered Women who kill.". En: *Law and Human Behavior*. Vol 14. No. 6, 1990. pp. 579 -584.

²⁷⁴ *Ídem*. p. 586.

extremadamente serio; daño éste que define como “impedimento grave y duradero del funcionamiento psicológico que limite significativamente la razón y el valor de la existencia física de otro.”²⁷⁵. Así, lo que se hace a través de la defensa propia psicológica no es justificar la muerte de otro porque ésta sirvió para prevenir la destrucción física de quien se defiende, sino para preservar su integridad psicológica.²⁷⁶

Para este autor, cuando la victimización de la mujer, a través del maltrato constante, se traduce en la pérdida de su autonomía, su existencia física pierde sentido. A través de la defensa propia psicológica se reconoce el hecho de que la vida humana no sólo está constituida por la vida en sentido biológico (existencia física), sino también la capacidad de vivirla de manera significativa y provechosa²⁷⁷. Por lo anterior, justificar la muerte de otro para proteger esa integridad psicológica no implica una falta de respeto por la vida humana:

“de hecho, esta justificación expresa un respeto por la vida humana, aun mayor que el que está implícito en la teoría actual de la defensa propia. A diferencia de la doctrina actual, que generalmente sólo le da prioridad a la existencia física, la doctrina propuesta le da la misma prioridad a esos aspectos vitales del funcionamiento humano que dan sentido y valor a la existencia. En otras palabras, a esos atributos psicológicos que hacen que valga la pena vivir.”²⁷⁸.

h. Como ha quedado claro, las problemáticas que plantea la muerte del tirano de casa en situaciones sin confrontación a la hora de la configuración de la defensa propia hacen referencia a la existencia de la inminencia de la agresión,

²⁷⁵ *Ídem.* p. 587.

²⁷⁶ *Ídem.* p. 588.

²⁷⁷ *Ídem.* p. 589.

²⁷⁸ *Ídem.* p. 590. En contra de esta teoría: Cfr.: **MORSE**, S.J. "The Misbegotten Marriage of Soft Psychology and Bad Law: Psychological Self defense as a Justification for Homicide" En: *Law & Human Behavior*, Vol 14. No 6, 1990. pp. 595 – 618, que considera que la propuesta de Erwing es sumamente vaga y cree que, de llegar a aceptarse, se asemejaría más a una excusa que a una justificación.

la necesidad de la respuesta defensiva y la proporcionalidad de la misma. El tema de la existencia de la inminencia ha sido resuelto, mayoritariamente, a través de los planeamientos de la teoría de la necesidad expuesta por Robinson. No obstante, no se elimina el requisito de la inminencia (que es la propuesta de Robinson), sino que se le otorga un papel secundario frente a la necesidad.

Sobre la necesidad de la respuesta defensiva se ha dicho que ésta, en efecto, es necesaria debido al hecho de que la mujer se encuentra en una situación que la hace creer razonablemente que su respuesta es objetivamente racional. Se fundamenta la existencia de la necesidad en la historia previa de maltrato y los conocimientos especiales que la mujer tiene sobre el agresor. De igual manera, se ha tratado de fundamentar esta creencia razonable en el hecho de que la mujer padece el SMM y la indefensión aprendida le hace percibir la realidad, de tal modo que la hace creer que no tiene otra salida diferente a matar a su agresor. Por último, la configuración de la proporcionalidad en estos casos, se defiende, en términos generales, a través de la idea de que se deben tener en cuenta todas las características físicas y circunstancias contextuales del caso concreto para medirla. Es decir, se hace una propuesta de medición *ex ante* de la proporcionalidad de la respuesta defensiva. Lo anterior, sin perjuicio de la concepción que, además, defiende que se tenga en cuenta la especial condición psicológica de la mujer dentro de esta medición; condición ésta que se traduce en el padecimiento del SMM.

a.). Críticas al estándar del *hombre razonable* y la solución de las aproximaciones individualizadoras como criterios para establecer la creencia razonable.

Tradicionalmente se ha dicho que la defensa propia se configura si hay una creencia razonable sobre la existencia de la agresión, la necesidad de defenderse de ésta y la proporcionalidad de la acción defensiva. Como hemos planteado a

lo largo de las páginas anteriores, la creencia razonable resulta ser un requisito transversal a todos los elementos que componen la defensa propia, e incluso, el más importante; si no hay creencia razonable, no hay manera de que se reconozca una defensa propia. O dicho de otro modo, así haya creencia razonable, aunque ésta no resulte ser cierta, se reconocerá la defensa propia²⁷⁹.

La valoración o análisis sobre la existencia de este requisito se hace a través del estándar del *hombre o persona razonable*²⁸⁰. Se dice que la creencia es razonable cuando es la que una persona razonable habría tenido en la misma situación en la que se encuentra quien ejerce la acción defensiva²⁸¹. El punto neurálgico de la cuestión es establecer quién es esa persona razonable, es decir, cómo se llena de contenido ese criterio, frente a quién (o qué modelo de persona) se va a comparar a la persona que ejerce la acción defensiva²⁸².

Este punto neurálgico se convierte en problema sobre todo en casos como los que nos ocupan. Normalmente se alega que la creencia de la mujer sobre la inminencia de la agresión no es razonable. Esto se debe, según el feminismo, al hecho de que el estándar del *hombre razonable* está basado en parámetros masculinos²⁸³. Por ejemplo, se dice que, como para el *hombre razonable* el caso

²⁷⁹ DEVITT, E and BLACKMAR, C. *Federal Jury Instructions*. 3th. Edition. West Publishing Company 1977. §41.20. "Si el defendido tiene bases razonables para creer y, de hecho creyó, que estaba frente a un peligro inminente de muerte o daño serio para su integridad corporal y, por tanto, el uso de la fuerza mortal para defenderse era necesaria, incluso si después se llegara a establecer que sus creencias eran falsas, estaría justificado en su uso de la fuerza defensiva mortal".

²⁸⁰ *Reasonable man or person standard*. Este estándar fue formulado por primera vez en el caso inglés *Vaughan v. Menlove* (1837). El problema jurídico de este caso radicaba en cómo determinar el estándar de cuidado utilizado para establecer si hay o no negligencia. La Corte responde que el estándar tiene que ser el del hombre razonable y no debe ser subjetivizado. Al respecto: Cfr.: *Vaughan v Menlove* 132 ER 490 .CP. (1837)

²⁸¹ RAMOS VÁZQUES, José Antonio. "Boy's rules applied to non-boy fights: Algunos aspectos discriminatorios del *reasonable man standard* en el *Common Law*.". En: *Género y Sistema Penal: Una perspectiva internacional*. (Faraldo/Iglesias. Coords.). Comares. Granada, 2000. p. 45.

²⁸² DRESSLER. (2006)A. *op. cit.* p. 253.

²⁸³ GILLESPIE. (1989). *op. cit.* p. 99. WILDMAN and DONOVAN. (1980). p. 436.

que nos ocupa sería una situación de *no inminencia*, no se puede configurar la defensa propia. Lo anterior, porque el estándar del hombre razonable no tiene en cuenta el hecho de que la mujer normalmente “no mata a su pareja en una situación de confrontación directa, sino en situaciones en las que está convencida de que se va a producir un contexto de violencia sobre ella y decide adelantarse a él.”²⁸⁴.

Se dice también que la creencia sobre la necesidad y proporcionalidad de la reacción defensiva tampoco es razonable. Lo anterior es, según Gillespie, un reflejo de los estereotipos que se han construido en torno a la mujer. Es decir, se ha entendido, a lo largo de la historia, que la mujer suele ser hipersensible y exagerada y que suele sobredimensionar todo lo que sucede a su alrededor. Este entendimiento hace que se ponga en tela de juicio el hecho de que una mujer mate a su marido en determinadas circunstancias, porque se suele pensar que su reacción es exagerada²⁸⁵, por tanto “parece negársele a las mujeres la capacidad de tener un comportamiento violento por causas racionales”²⁸⁶.

Todo lo expuesto deriva de la misma idea, ya explicada en páginas anteriores, de que la ley de defensa propia está construida sobre ideales masculinos. Anteriormente decíamos que existe un sector doctrinal que le atribuye el que se afirme que la reacción defensiva de la mujer no es proporcionada al hecho de que la defensa propia está pensada para ser aplicada a casos en los que los protagonistas son hombres iguales en fuerza y tamaño. Esta misma argumentación es aplicada, por el mismo sector doctrinal, al estándar del hombre medio, y se termina concluyendo que el hecho de que la defensa propia esté pensada en *términos masculinos* también permea este estándar.

²⁸⁴ RAMOS VÁZQUES- (2000). *op. cit.* p. 45. En la misma línea: Cfr.: SHNEIDER and JORDAN. (1978). *op.cit.* p. 155. “Los prejuicios basados en el sexo permean la doctrina legal referente al peligro letal e inminente”.

²⁸⁵ GILLESPIE. (1989). p. 94.

²⁸⁶ RAMOS VÁZQUES. (2000). *op. cit.* p. 50.

Se sugiere entonces que la acción de la mujer no se mida en términos de un *hombre razonable*, entendido como estándar objetivo, porque no lo es. Existen dos corrientes argumentativas que fundamentan lo anterior.

1. La primera, basada en una concepción radical del feminismo, que asegura que no se trata de un estándar objetivo, porque, según McKinnon (máxima expositora del feminismo radical) los hombres y las mujeres tienen diferentes roles²⁸⁷, pero el hecho de que las bases sociales sobre la que reposa la diferenciación de roles y el poder que cada rol ostenta dentro de la sociedad misma no sean los mismos, genera una diferenciación entre hombres y mujeres. Y esto trae como resultado que esos estándares objetivos entendidos como neutros en términos de género, no existan. Lo estándares “objetivos” terminan siendo contruidos desde el punto de vista dominante, en este caso, desde el punto de vista masculino²⁸⁸. De ello, que dentro del estándar del *hombre o persona razonable* no tengan cabida las situaciones en las que las mujeres alegan defensa propia.²⁸⁹.

2. En una línea similar está el sector que sostiene que el estándar del *hombre razonable* no se le puede aplicar a las mujeres, porque no tiene en cuenta que las circunstancias bajo las cuales las mujeres se defienden son completamente diferentes a las circunstancias en las que los hombres lo hacen, ni el hecho de

²⁸⁷ Esta diferenciación viene marcada, según esta autora, por una constante dominación masculina que ha sido normalizada a lo largo de la historia y que encuentra su máxima expresión en las relaciones sexuales heterosexuales, que representan una expropiación por parte del hombre a la mujer. Pero que la mujer, como agente subyugado, no percibe, porque esta situación ha sido *normalizada* por la sociedad. Mackinnon parte de la teoría marxista para fundamentar su propia teoría. Al respecto: Cfr.: **MACKINNON**, Catherine. “Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory.” En: *SIGNS: Feminist Theory* Vol. 7, No. 3, 1982. pp. 515-544.

Para una explicación de los postulados del feminismo radical respecto al derecho: **RATNAPALA**, Suri. *Jurisprudence*. Cambridge University Press. UK, 2009. pp. 237 y 238.

²⁸⁸ **MACKINNON**, Catharine. “Feminism, Marxism, Method, and the State: Towards feminist jurisprudence”. En: *SIGNS: Journal of Women in Culture and Society*. No. 8. 1983. pp. 636.

²⁸⁹ **RAMOS VÁZQUES**. (2000). *op. cit.* pp. 50 - 51.

que existen diferencias en su respectivo funcionamiento psicológico²⁹⁰. Por tanto, se debe presentar una perspectiva femenina, para que los jueces entiendan las implicaciones que tienen las ofensas de las que normalmente se defienden las mujeres²⁹¹. Perspectiva femenina ésta, que no es nada diferente a la creación de un estándar de mujer razonable²⁹².

3. Ambas líneas argumentativas encuentran su fundamento en las diferencias existentes entre hombres y mujeres. Sin embargo, para la primera corriente expuesta son estas diferencias las responsables de que exista una aplicación del derecho diferente a las mujeres que a los hombres, mientras que el otro sector aboga porque se tengan en cuenta estas diferencias a la hora de aplicar la ley de defensa propia.

Más allá de las diferencias de base en ambos planteamientos la solución propuesta es similar²⁹³: una subjetivación del estándar; bien sea construyendo el estándar de *mujer razonable*²⁹⁴, bien introduciendo una aproximación subjetiva en general, de tal manera que no sólo sea aplicable al caso de las mujeres maltratadas. Este estándar subjetivo debe tener en cuenta las circunstancias

²⁹⁰ GILLESPIE. (1989). *op. cit.* pp. 108 y ss. RATNAPALA. (2009). *op. cit.* p. 235. “Por otra parte, encontramos leyes que no reconocen las diferencias materiales. Algunas reglas y doctrinas de la ley penal y del derecho de daños no parecen considerar las circunstancias especiales que diferencian los hombres de las mujeres”.

²⁹¹ Como la violencia sexual, el acoso, la violencia doméstica y las agresiones sexuales contra sus hijos e hijas. Por todos: Cfr.: SHNEIDER and JORDAN. (1978). *op. cit.* p. 156.

²⁹² En contra de esta idea: Vid.: MASLOW COHEN. (1996). *op. cit.* p. 800, quien no considera que deba existir un estándar de configuración, limitado por el género.

²⁹³ McKinnon propone un cambio estructural en la ley que represente adecuadamente la relación existente entre la vida y la ley. MACKINNON. (1983). *op. cit.* p. 658. Gillespie, Shneider y Jordan son partidarias de una subjetivación de este estándar. Sin embargo, podría pensarse que para McKinnon tener en cuenta las diferencias existentes entre hombres y mujeres puede representar un refuerzo de los estereotipos negativos (los roles asignados a cada sexo).

²⁹⁴ En contra de esto: Cfr.: NOURSE, Victoria. “After the reasonable man: Getting over the subjectivity objectivity question.”. En: New Criminal Law Rev. No. 11. 2008. pp. 33-50. Esta autora es muy crítica con la idea, propuesta por algunas feministas, de subjetivar el estándar con respecto a la mujer. Para ella esto generaría una dicotomía *hombre razonable/mujer razonable*, que es contradictoria con la idea de alcanzar la igualdad ante la ley de ambos sexos.

conocidas por quien se defiende, incluso aquellas que conoce desde antes de que sucedan los hechos, sus características y capacidades físicas y su estado mental (por ejemplo la presencia del SMM, en el caso de las mujeres)²⁹⁵. Posición que ha sido respaldada por un sector de la doctrina y que se ve claramente expuesta en algunas decisiones jurisprudenciales²⁹⁶, que pasamos a exponer a continuación.

En primer lugar encontramos el caso de la Corte Suprema de Dakota del Norte, *State of North Dakota v. Janice Leidholm* de 1983. Los siguientes son los hechos probados:

En la noche del 6 de agosto de 1981, Chester y Janice Leidholm fueron a una fiesta en Washburn, donde ambos ingirieron altas cantidades de alcohol. De regreso a su finca empezaron a pelear. La pelea continuó hasta que llegaron a su residencia: Chester gritaba, mientras Janice lloraba.

²⁹⁵ En contra de utilizar el SMM para fundamentar la subjetivación del estándar: Cfr.: **BURKE**, Alafair S. "Rational actors, Self defense, and duress: making sense, not syndromes, out of Battered Woman.". En: North Carolina Law. Rev. Vol 81. 2002. pp. 211 – 316.

²⁹⁶ **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 507. En la misma línea: *State v. Ellis*, 30 Wash. 369, 70P. 963. (1902). *Nelson v. State*, 181 N.E. 448. (Ohio. Ct. App. 1932.). *State v. Leidholm*, 334 N.W. 2d 811, 818. (N.D. 1983). *People v. Goetz*, 497 N.E 2d. 41, 52. (NY. 1986). En una línea similar, aunque matizada, se encuentra la posición de Dressler. En su obra en solitario matiza la posición expuesta en conjunto con Garvey. Dressler considera que una cosa es tener en cuenta las características físicas de quien ejerce la defensa propia y otra incorporar sus características mentales y emocionales al estándar de *persona razonable*, porque se puede generar un riesgo para el mensaje normativo del derecho penal, si se mide el estándar de razonabilidad desde el punto de vista de alguien que puede ser irracional. **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 256. En la misma línea de Dressler: *Vid.*: **KRAUSE**. (2007). *op. cit.* p. 256, quien sugiere que si el estándar de razonabilidad se mide dentro del contexto en el que tuvieron lugar los hechos, en los casos como el que nos ocupa, lo que se debe hacer es convencer al jurado de que la mujer actuó como lo haría cualquier persona normal en su situación.

En la línea de un estándar subjetivo se encuentran también **WILDMAN** and **DONOVAN**. (1980). pp. 467 y 468, quienes siguiendo a Fletcher, de la misma manera que lo hace Shneider para fundamentar su aproximación y valoración subjetiva respecto a la proporcionalidad, abogan por tener en cuenta todas las circunstancias fácticas del caso concreto.

En un momento, Janice trató de llamar al Sheriff, pero Chester se lo impidió empujándola y tirándola al suelo. La pelea se trasladó al jardín, donde Chester continuó empujando a Janice. La lanzó contra el suelo y cada vez que ella trataba de levantarse la empujaba de nuevo.

Momentos después entraron a la casa y se acostaron. Cuando Chester se quedó dormido Janice fue a la cocina y tomó un cuchillo de carne. Luego regresó a la habitación y apuñaló a su marido, quien murió rápidamente debido a un shock causado por la pérdida de sangre.

Según los testimonios, la pareja llevaba un matrimonio conflictivo, caracterizado por la violencia y el maltrato, que era consecuencia del abuso del alcohol por parte de ambos.

Janice Leidholm fue condenada y apeló la decisión, entre otras razones, porque en su parecer no hubo una instrucción correcta para el jurado en materia de defensa propia.

La Corte Suprema de Dakota del Norte planteó que el punto decisivo respecto de la defensa propia no era establecer si las creencias de una persona eran correctas, sino si eran razonables. Por tanto, si una persona cree razonablemente que la fuerza es necesaria para protegerse a sí misma de un peligro inminente de un daño contrario a derecho, su conducta es justificada²⁹⁷.

Para la Corte Suprema, un estándar objetivo de razonabilidad requiere que quien hace el análisis de la existencia de la defensa propia a la luz de los hechos, tenga en cuenta las circunstancias que rodearon al acusado en el momento en que se defendió, desde el punto de vista de una persona razonable y prudente. Sin embargo, normalmente, bajo este estándar no se tienen en cuenta las características físicas y psicológicas del acusado.

²⁹⁷ Supreme Court of North Dakota, *State of North Dakota v. Janice Leidholm*. 334 N.W. 2d 811 (1983).

Siguiendo la posición adoptada en el caso *State v. Wanrow*, este órgano juzgador consideró que se debía emplear un estándar subjetivo, el cual es consistente con la ley de defensa propia²⁹⁸, porque bajo éste, la cuestión no es si las circunstancias en las que el defendido ejerció la acción de defensa fueron suficientes para crear en la mente de una persona razonable y prudente la creencia sobre la necesidad de uso de la fuerza defensiva, sino si las circunstancias fueron suficientes para crear en el acusado una creencia honesta y razonable que lo llevó a utilizar la fuerza. De lo anterior se desprende que:

“La acción de un acusado debe ser analizada desde el punto de vista de una persona cuyas características mentales y físicas sean como las del acusado y que vea lo que el acusado vea y sepa lo que el acusado sabe.”²⁹⁹.

En este sentido, una declaración de defensa propia es correcta cuando la Corte le indica al jurado, dentro de la instrucción, que tenga en cuenta las características físicas y psicológicas del acusado, a la hora de ponerse “en su lugar” y decidir si su creencia sobre la necesidad de defenderse es o no razonable.

²⁹⁸ *Ídem*. “(1) La ley de defensa propia, tal y como se ha desarrollado en decisiones pasadas de esta Corte, ha sido interpretada en el sentido de que se requiere de un estándar subjetivo de razonabilidad, y (2) porque estamos de acuerdo con lo expuesto por la Corte en el caso *Hazlett*, con respecto a que un estándar subjetivo es más justo, y (3) nuestra actual ley de defensa propia, tal y como se encuentra codificada en las secciones 12.1-05-03, 12.1-05-07 y 12.1-05-08 no requiere una conclusión contraria, esto quiere decir que nuestra actual ley de defensa propia es consistente tanto con un estándar objetivo como con uno subjetivo. Por ello, se establece que los hechos se deben analizar a la luz de las circunstancias en las que se encontraba quien hace uso de la fuerza y si éstas son suficientes para crear en la mente de quien se defiende una creencia honesta y razonable referente a que el uso de la fuerza es necesario para protegerse a si mismo de un daño inminente.”

²⁹⁹ *Ídem*. “La consecuencia práctica y lógica de esta interpretación es que las acciones del acusado deben ser analizadas desde el punto de vista de una persona cuyas características físicas y mentales sean como las del acusado y que vea lo que el acusado ve y sepa lo que el acusado sabe”.

Por otra parte, la Corte consideró que la evidencia del padecimiento del SMM por parte de la defendida debió ser tomada en cuenta dentro del contexto de la defensa propia. Es decir, el SMM debió ser tomado en cuenta a la hora de hacer el análisis subjetivo de la razonabilidad de la creencia.

Con base en todo lo anterior, concluye la Corte, que:

“Si los hechos y circunstancias que rodean a la persona en el momento que utiliza la fuerza defensiva mortal, contra alguien que lo ataca y que, además, vive con ella, son suficientes para crear en su mente una creencia honesta y razonable de que no puede retirarse de manera segura para sí mismo, el uso de la fuerza defensiva mortal está justificado.”³⁰⁰.

Por ello, y de la mano del hecho de que a sus ojos la instrucción dada al jurado fue errada, porque no tenía en cuenta hechos vitales que influyeron en la densa de Leidholm, la Corte dio la orden de realizar un nuevo juicio.

El segundo caso es el de la Corte Suprema de New Jersey. *State of New Jersey v. Gladys Kelly* de 1984. Los hechos que dieron lugar a esta sentencia, sucedieron como sigue:

El 24 de mayo de 1980 Gladys Kelly apuñaló a su marido Ernest con unas tijeras. Al poco tiempo, él murió en un hospital cercano. La pareja estuvo casada durante siete años, durante los cuales Ernest atacó a Gladys de manera periódica. Según el testimonio de G. Kelly, él la atacó esa tarde y ella lo apuñaló en defensa propia, porque temía que la fuese a matar.

Kelly nunca negó haber apuñalado a su marido, pero siempre dijo que lo había hecho en defensa propia. Para establecer su estado mental, la defensa de Kelly llamó como testigo experto al Dr. Lois Veronen, para que explicara el SMM.

³⁰⁰ *Ídem*.

La Corte de instancia consideró que el testimonio del Dr. Veronen era inadmisibile, porque el propósito de este testimonio era justificar la percepción de peligro de la defendida, más no la razonabilidad objetiva de su percepción.

Los Kelly tenían un matrimonio tormentoso. El día después de que contrajeron matrimonio Ernest se embriagó y golpeó a Gladys, hasta dejarla inconsciente. Luego de un periodo de calma, durante los siete años siguientes, E. Kelly golpeó y atacó continuamente a su esposa. Los ataques ocurrían, normalmente, cuando él estaba borracho. Durante los ataques, que ocurrían al menos una vez a la semana, E. Kelly amenazaba a su esposa con matarla o cortarle partes del cuerpo, si ella trataba de dejarlo.

El día antes de que tuvieran lugar los hechos, la pareja salió de compras. No había suficiente dinero para comprar la comida así que E. Kelly le dijo a su esposa que le daría más dinero al día siguiente. En la tarde, G. Kelly, en compañía de su hija, fue a buscar a su marido a la casa de un amigo de éste, para que le diera el dinero. Cuando salieron juntos de la residencia del amigo de E. Kelly, éste empezó a insultar a su esposa, la tomó por el cuello del vestido y ambos cayeron al suelo. La trató de ahogar con las manos, la golpeó en la cara y en la pierna. Dos transeúntes los separaron, justo en el momento en que – según G. Kelly- se iba a desmayar debido al ahorcamiento al que la había sometido su marido. G. Kelly empezó a buscar a su hija y cuando la encontró vio a su marido corriendo hacia ella con las manos alzadas. Temiendo que el estuviera armado, sacó unas tijeras de su cartera para asustarlo, pero – en vez de ello – se las clavó.³⁰¹.

Gladys Kelly fue condenada por un homicidio imprudente y apeló la decisión.

La Corte Suprema de New Jersey inició sus consideraciones recordando que las nociones del *common law* que le daban a la mujer (y sobre todo a la esposa) un *status* inferior, ya no se deben reflejar en la ley, ni en la resolución de los casos.

³⁰¹ Supreme Court of New Jersey. *State of New Jersey v. Gladys Kelly*, 97 N.J. 178; 478 A.2d 364. (1984).

Reconoció que existe una parcialidad en contra de las mujeres maltratadas, que se ha institucionalizado en las actitudes de las agencias estatales, que no quieren, o a las que no les interesa, perseguir estos casos. A lo anterior, se le suma el problema de los estereotipos que se le han asignado a las mujeres maltratadas y las razones por las que, se asume, que continúan en las relaciones de maltrato. Algunas concepciones erradas sobre las mujeres maltratadas incluyen, por ejemplo, la creencia de que éstas son masoquistas y que disfrutaban las golpizas de las que son víctimas, que las provocan y que pueden irse en el momento en que deseen, sin embargo no lo hacen³⁰².

A los ojos de este órgano, la naturaleza cíclica del comportamiento maltratador, ayuda a explicar porqué la mayoría de las mujeres no dejan a sus agresores. La conducta cariñosa que tiene el maltratador durante la tercera fase del ciclo de violencia, refuerza las esperanzas que tiene la mujer de que su pareja cambie. Otras mujeres, por ejemplo, pierden su autoestima y la esperanza de que su situación cambie; por tanto, entran en un estado de parálisis emocional y se vuelven incapaces de ejercer alguna acción que les ayude a mejorar su situación. A lo anterior se suman factores sociales³⁰³ y económicos³⁰⁴, que constituyen, para la Corte, el SMM, cuya consideración resulta relevante dentro del proceso.

³⁰² *Ídem*. Al respecto: Vid. LARRAURI, Elena. "Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia ... y algunas respuestas del feminismo oficial". En: *Género, violencia y derecho*. (P. Laurenzo/M.L. Maqueda./A. Rubio. Coords.) Editores del Puerto. Buenos Aires, 2009. pp. 249-261.

³⁰³ Supreme Court of New Jersey. *State of New Jersey v. Gladys Kelly*, 97 N.J. 178; 478 A.2d 364. (1984). "In addition, battered women, when they want to leave the relationship, are typically unwilling to reach out and confide in their friends, family, or the police, either out of shame and humiliation, fear of reprisal by their husband, or the feeling they will not be believed."

³⁰⁴ *Ídem*. "In addition to these psychological impacts, external social and economic factors often make it difficult for some women to extricate themselves from battering relationships. A woman without independent financial resources who wishes to leave her husband often finds it difficult to do so because of a lack of material and social resources."

Una persona que alega en su defensa la existencia de la defensa propia, debe establecer que su creencia en la necesidad de utilizar la fuerza defensiva, era razonable. Por tanto, aunque la creencia sea honesta pero no razonable, no se configura la defensa propia. Según los hechos del caso, se pudo establecer que el testimonio experto sobre el padecimiento del SMM, por parte de la defendida, era relevante para mostrar su creencia honesta y razonable respecto a encontrarse frente a un peligro inminente de muerte y, por tanto, la existencia de la defensa propia.

Por lo expuesto anteriormente, la Corte decidió ordenar un nuevo juicio.

En la misma línea encontramos el caso de la Corte Suprema de Nuevo México. *State v. Gallegos* de 1986, cuyos hechos se pueden resumir así:

La defendida mató a su marido George Gallegos, de un disparo y varias puñaladas, mientras éste estaba recostado en la cama. El día en que tuvieron lugar los hechos la defendida regresó a casa luego de llevar a sus hijos al colegio. George la sodomizó contra su voluntad y la hizo sangrar. Durante el día George aparentemente estuvo bebiendo. La defendida testificó que le había dicho a su marido que estaba cansada de ser maltratada y le dijo que iba a terminar la relación e irse de la casa. George la amenazó con su arma, le dijo que la mataría si ella lo dejaba. Ese mismo día, George golpeó a uno de sus hijos en la cara, con la hebilla de un cinturón.

Más tarde, George llamó a su mujer al cuarto amenazándola con buscarse otra mujer, si ella no atendía inmediatamente su llamado. La defendida testificó que ella temía por su vida en ese momento: No sabía si su marido la iba a violar, a golpear o a matar. La defendida tomó el rifle cargado que su marido guardaba en la sala de estar. Mientras éste estaba tendido en la cama, la defendida le disparó. Después de dispararle lo apuñaló numerosas veces.

Fue condenada y apeló la decisión alegando que se le debió dar al jurado una instrucción de defensa propia. La Corte Suprema de Nuevo México suspendió

la condena y ordenó que se realizara un nuevo juicio. Para este órgano, la Corte de instancia había errado al no darle al jurado una instrucción de defensa propia³⁰⁵.

Recordó la Corte Suprema de Nuevo México los tres elementos que, a su juicio, son constitutivos de la defensa propia, a saber, 1.) la apariencia de que existe un peligro inmediato de muerte o lesión a su integridad física, 2.) que esa apariencia le genere miedo a quien se defiende y sea por ese miedo por el que mata o hiere a otro y 3.) que quien se defiende haya actuado como lo haría una persona razonable en las mismas circunstancias³⁰⁶.

En el caso concreto, a los ojos del órgano juzgador, se configuraron el primer y el segundo requisito, porque, como resultado del anterior comportamiento violento de George Gallegos y las amenazas de muerte en su contra, la defendida percibió la existencia de un peligro inmediato de muerte. Contrario a lo afirmado por el tribunal de primera instancia, para quién la historia previa de maltrato no era suficiente para fundamentar la existencia de la defensa propia.

Por otra parte, consideró la Corte Suprema que el tercer requisito también se configuraba en este caso concreto, porque la defendida actuó como actuaría una persona razonable en las mismas circunstancias. Para este órgano juzgador, el test para medir la razonabilidad de la actuación es un test mixto que combina el análisis de un estándar subjetivo y uno objetivo. El primero, consistente en establecer si la persona percibió un peligro inmediato, y el segundo, relativo a establecer si una persona razonable, en circunstancias similares, habría actuado de la misma manera, es decir, en defensa propia.

³⁰⁵ Supreme Court of New Mexico. *State v. Gallegos*, 1986-NMCA-004, 104 N.M. 247, 719 P.2d 1268 (Ct. App. 1986).

³⁰⁶ *Ídem*.

Para la Corte, “las percepciones subjetivas de una persona que ha sido víctima de violencia doméstica reiterada, son de vital importancia para determinar si sus acciones dirigidas a defenderse, fueron o no razonables.”³⁰⁷. Existen ciertos comportamientos de los maltratadores, que para cualquier persona pueden ser insignificantes, que son entendidos por la víctima como una antesala a la agresión. En estos casos, requerir que la persona maltratada espere a que se dé un asalto mortal en su contra, para defenderse, es ignorar la realidad e implica condenarla a un “asesinato a plazos”³⁰⁸. Por tanto, mostrar que antes de que la persona que hace uso de la fuerza defensiva se defendiera, hubo agresiones en su contra, es suficiente para establecer que se configuran los elementos del test de razonabilidad. Por otra parte, frente al aspecto objetivo, estableció la Corte que “el comportamiento amenazante puede satisfacer, por sí mismo, el requisito de inminencia del peligro.”³⁰⁹.

Partiendo de lo anterior, concluyó la Corte Suprema de Nuevo México que la defendida presentó evidencia suficiente referente a la historia del maltrato, que era idónea para fundamentar su creencia razonable sobre la existencia de un peligro inminente para su vida y/o integridad³¹⁰ y que su conducta cumplía con los elementos de la defensa propia. Por tanto, se le habría podido dar al jurado una instrucción en esta línea.

La Corte suspendió la Condena y ordenó la realización de un nuevo juicio.

En cuarto lugar esta el caso de la Corte de Apelaciones de Carolina del Norte, *State of North Carolina v. Judy Norman* 1988³¹¹. Las que se exponen a

³⁰⁷ *Ídem*.

³⁰⁸ *Ídem*. murder by installment.

³⁰⁹ *Ídem*.

³¹⁰ *Ídem*.

³¹¹ Al respecto: *Vid.*: Court of Appeals of North Carolina, April 5, 1988. *State of North Carolina v. Judy Norman*. 366 S.E. 2d 586 (1988) 89 N.C. App 384.

continuación, son las consideraciones de la Corte de Apelaciones, antes de ordenar el nuevo juicio del que conoció la Corte Suprema³¹².

La Corte de Apelaciones inició su exposición preguntándose si el hecho de que *la víctima* estuviera dormida (en actitud pasiva) al momento de comisión de los hechos, excluía la posibilidad de que la defendida alegara la defensa propia. Para dar respuesta a ello la Corte hizo un detallado análisis de los elementos de configuración de la defensa propia a la luz del caso concreto.

Recordó La Corte que el primer requisito de la defensa propia es la existencia de la creencia razonable, por parte de quien se defiende, acerca de la necesidad de utilizar la fuerza defensiva mortal. Para la Corte de Apelaciones, la evaluación de la existencia de la creencia razonable se debe hacer a través de un estándar subjetivo: “Esta evaluación implica preguntarse qué percibió la defendida en el momento en que disparó.”³¹³. Durante el juicio hubo varios testimonios sobre la prostitución forzada a la que era sometida Judy Norman, las palizas, las amenazas en su contra, etc. La propia defendida aseguró que ella creía que su marido la iba a matar y la evidencia mostró que, en una ocasión, cuando ella quiso irse de su casa, él la siguió y la atacó. De hecho, 20 horas antes de que tuvieran lugar los hechos, la defendida intentó escapar de la situación, al tratar de suicidarse. Dos testigos expertos aseguraron que la defendida creía que matar a su marido era necesario para salvar su vida. Toda esta evidencia, según la Corte, le permitiría al jurado entender que la defendida creyó que era necesario utilizar la fuerza mortal para defender su vida y su integridad, configurándose así el primer requisito de la defensa propia.

³¹² La narración de los hechos de este caso se encuentra en: *Supra* Primera parte. Capítulo único. I.1. A.).

³¹³ Court of Appeals of North Carolina, April 5, 1988. *State of North Carolina v. Judy Norman*. 366 S.E. 2d 586 (1988) 89 N.C. App 384.

Respecto al segundo requisito (el hecho de que la creencia sea razonable) manifestó la Corte que se debía medir bajo un estándar objetivo: “el estándar de una persona de firmeza ordinaria, bajo las mismas circunstancias”³¹⁴. En este caso se satisfizo este requisito porque la ira excesiva del difunto, sus agresiones y palizas constantes contra su esposa el día en que tuvieron lugar los hechos y el miedo de ella respecto al hecho de que el maltrato se pudiera reanudar en cualquier momento, fundamentaron la razonabilidad de la creencia de Norman acerca de que era necesario matar a su marido para defenderse³¹⁵.

Finalmente, recordó La Corte que la defendida no provocó las agresiones de las que se estaba defendiendo y, que por tanto, se satisfizo el tercer requisito de la defensa propia.

Por las razones anteriores, concluyó la Corte de Apelaciones que hay ciertos casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores cuando éstos no están atacándolas, que pueden constituir situaciones de defensa propia. Y añadió que no resulta lógico que una persona maltratada tenga que esperar a que el ataque mortal ocurra, para defenderse, para que le sea reconocida la defensa propia, porque esto implicaría ignorar la realidad de la condición de maltrato³¹⁶. En este caso concreto, si bien el difunto estaba dormido mientras Norman ejercía su acción de defensa, ésta estaba estrechamente relacionada temporalmente con los actos de maltrato de los que había sido víctima.

De igual manera los testimonios de los testigos expertos demostraron que Norman no utilizó más fuerza que la que le pareció razonablemente necesaria, bajo las circunstancias en las que se encontraba.

³¹⁴ *Ídem.*

³¹⁵ *Ídem.*

³¹⁶ *Ídem.*

Así las cosas, consideró la Corte de Apelaciones que se debía realizar un nuevo juicio y le ordenó su realización a la Corte Suprema del Estado de Carolina del Norte. La Corte Suprema del Estado de Carolina del Norte realizó de nuevo el juicio³¹⁷, cuyo resultado fue absolutamente contrario al la opinión de la Corte de Apelaciones. Para la Corte Suprema la evidencia introducida no fundamentaba el hecho de que la defendida hubiese matado a su marido guiada por un miedo razonable de una muerte inminente o un daño grave para su integridad, por lo que decidió no darle al jurado una instrucción de defensa propia.

Continuando con esta exposición de casos en los que se utiliza un estándar individualizador para establecer la creencia razonable, encontramos la sentencia de la Corte Suprema de Canadá. *R. v. Lavallee*, 1990³¹⁸, cuyos hechos son los siguientes:

Angelique Lavallee fue víctima de maltrato físico y psicológico por parte de su marido, durante todo el tiempo que estuvieron casados; tanto es así, que la defendida fue en innumerables ocasiones al hospital para ser tratada de las heridas, moretones, contusiones y fracturas que le causaba su marido.

La noche en que tuvieron lugar los hechos hubo una fiesta en la casa de la pareja. Durante la fiesta el matrimonio se enfrascó en una discusión en la que Angelique Lavallee fue golpeada –de nuevo – por su marido, quien, además, la amenazó de muerte. Le aseguró que la mataría cuando todos los asistentes a la reunión se fueran.

Asustada, la acusada se encerró entre un guardarropa del que su marido la obligó a salir, discutieron de nuevo y él reiteró su amenaza de muerte. Cuando él estaba saliendo de la habitación en la que se encontraban, ella le disparó por la espalda, ocasionándole la muerte³¹⁹.

³¹⁷ Supreme Court of North Carolina. *State of North Carolina v. Judy Norman*. No. 161PA88. April 5, 1989.

³¹⁸ Para un análisis de este fallo: Cfr.: **SHEEHY**. (2014). *op. cit.* pp. 19 y ss. (Capítulo 1.). y **SHAFFER**. (1990). *op. cit.*

³¹⁹ Supreme Court of Canada. *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852.

La defensa de la acusada alegó que ella había actuado en defensa propia. Para sustentar este alegato la defensa introdujo evidencia de que Angelique Lavallee sufría del SMM, a través del testimonio de un experto. Las dos jurisdicciones que conocieron el caso, antes de la Corte Suprema, desestimaron este testimonio alegando que era innecesario y superfluo, porque él experto no había presenciado los hechos y sus conclusiones era extraídas de lo que la defendida le había contado.

La Corte Suprema de Canadá inició sus consideraciones enfatizando el hecho de que la evidencia de un experto sobre el efecto psicológico del maltrato, por parte de parejas de vida (SMM) no sólo es relevante sino necesario en el contexto del caso concreto para establecer la configuración de los elementos de la defensa propia.

El SMM es importante para explicar, en primer lugar, la conexión existente entre el momento en que la persona que se defiende percibe que va a ser víctima de una agresión y el momento en que ejerce la acción defensiva; y en segundo lugar, la magnitud de la fuerza utilizada por parte de quien se defiende.

En la misma línea, afirmó la Corte que una persona que ha sido víctima de maltrato constante está en capacidad de predecir la violencia en su contra, aunque una persona ajena a su relación no pueda. De hecho “se ha dicho que el conocimiento que tiene la mujer maltratada sobre su agresor es tal, que ella es capaz de anticipar la naturaleza y la duración de la violencia de la que va a ser víctima, de antemano.”³²⁰. Por tanto, en estos casos, el testimonio del experto puede ayudar al jurado a establecer que la defendida tuvo una “percepción razonable” de que iba a sufrir una daño físico serio o se le iba a causar la muerte. No se debe analizar qué hubiese percibido un extraño, sino lo que la

³²⁰ *Ídem*. “it has been suggested that a battered woman’s knowledge of her partner’s violence is so heightened that she is able to anticipate the nature and extend of the violence by his conduct beforehand.”.

acusada razonablemente percibió, dadas las circunstancias en las que se encontraba.

Por último, recordó la Corte que las víctimas de maltrato desarrollan un vínculo traumático con su agresores y es, precisamente por ese vínculo, que no los dejan y esto puede ayudarle al jurado a entender porqué la mujer no escapó cuando creyó que estaba en peligro.

A los ojos de la Corte:

“El punto neurálgico en un caso de defensa propia no es establecer si la defendida es o no una mujer maltratada, sino establecer si ella mató a su agresor de forma justificada. La defendida introdujo un testimonio de un experto para darle al jurado una explicación de la razonabilidad de su actuación. Explicación que es alternativa a las explicaciones típicas que da la Fiscalía.”³²¹

Concluyó la Corte que el testimonio sobre el padecimiento del SMM por parte de la víctima es relevante para establecer la defensa propia y se reconoció la apelación.

Por último, está el caso de Bárbara Sheehan, 2013³²², que tuvo lugar en la ciudad de Nueva York.

³²¹ *Ídem*.

³²² La resolución de este caso está contenida en una decisión o un veredicto del jurado durante el juicio (*jury verdict at trial*). Bárbara Sheehan fue absuelta de los cargos de asesinato en su contra, pero condenada por porte de armas. La apelación se realizó por éste último cargo y la condena fue confirmada por la Corte. Por tanto, la sentencia con la opinión de la Corte sólo hace referencia al tema de porte de armas. La decisión que nos interesa, para los fines de nuestro trabajo, es la del jurado durante el juicio que está contenida en las transcripciones del mismo. Transcripciones éstas que nos fueron facilitadas muy amablemente por el abogado Niall Macgiollabhui, quien fue uno de los defensores de la Señora Sheehan durante el proceso, a quien agradecemos su colaboración.

Los hechos del caso fueron reconstruidos a partir de notas de prensa.

Durante 24 años de matrimonio Bárbara Sheehan fue víctima de abusos constantes por parte de su marido Raymond Sheehan, sargento retirado de la policía de Nueva York. Él solía golpearla, empujarla, abofetearla, patearla, escupirla y lanzarle cosas a la cara, que le dejaron –en varias ocasiones – moretones, huesos rotos y otras tantas heridas. En una ocasión, a raíz de los golpes propiciados por su marido, el tímpano de Bárbara se rompió. Durante unas vacaciones en Jamaica, en el año 2007, Raymond Sheehan se enfureció con su mujer por despertarlo para ir a cenar. Ese día, Raymond golpeó a su mujer contra la pared hasta que le abrió la cabeza³²³. En al menos dos ocasiones, Raymond golpeó a Bárbara en presencia de otras personas

En la mañana en la que tuvieron lugar los hechos, Raymond Sheehan arrastró a su esposa desde el dormitorio hasta el salón (que estaba en la primera planta de la casa) y la empujó fuera de la residencia, porque ella se había negado a ir con él a Florida. Temía que allí la agrediera de nuevo o la matara. Bárbara accedió a acompañarlo, ya que él amenazó con matar a los hijos en común. Inmediatamente después, él le apuntó a su esposa con su pistola mientras la amenazaba de muerte, para que llamara a la compañía aérea y cambiara la reservación que él tenía. Luego de esto, Raymond fue a tomar un baño, Bárbara le avisó que iba a salir a hacer unas compras y él salió de la ducha y le apuntó de nuevo con el arma. Le dijo que si salía a algún lado la mataría. Ella salió corriendo y tomo de su guardarropa dinero y la otra arma de su marido, pensando en escapar. Cuando pasó por enfrente de la puerta del baño donde estaba Raymond, lo vio apuntándole de nuevo con el arma, entonces ella le disparó: “Le disparé, nunca había disparado un arma antes, no sé cuántas veces disparé”, dijo Bárbara durante el juicio.

Bárbara se acercó a su marido para tratar de ayudarlo y él intentó coger el arma de nuevo, mientras gritaba que la iba a matar. En ese momento Bárbara recogió

³²³ **BILEFSKY**, Dan. “Wife who fired 11 shots is acquitted of murder”. New York Times. October 7, 2011. New York Edition. p. A1.

el arma que había disparado y volvió a usarla en contra su marido. Disparó hasta que se acabaron las balas. Raymond murió en el suelo del baño³²⁴.

La instrucción que se le dio al jurado sobre defensa propia, y en la que éste basó su decisión absolutoria, consistió en recordarles a los miembros del jurado que para poder emitir una condena por asesinato se debían probar, más allá de toda duda razonable, dos elementos: el primero, que el día 18 de febrero de 2008 Bárbara Sheehan mató a su marido con la intención de causarle la muerte, y, el segundo, que su actuación no estaba justificada. Respecto al segundo, manifestó la Corte que la defendida alegó haber actuado en defensa propia y que se debía probar más allá de toda duda razonable que esto no fue así, para poder emitir una sentencia condenatoria³²⁵.

Frente a la defensa propia en concreto, continuó la instrucción, haciendo referencia a sus requisitos de configuración, como sigue:

“Según la ley, una persona puede utilizar fuerza mortal contra otra persona cuando cree razonablemente que ésta es necesaria para defenderse de, lo que ella razonablemente cree, es el uso o uso inminente de fuerza mortal en su contra, por parte de la persona a la que ataca.”³²⁶

Respecto a la determinación de la creencia razonable sobre la necesidad de utilizar fuerza defensiva mortal, añadió la Corte que ésta requería de la realización de un test compuesto por una parte objetiva y otra subjetiva. Ésta última consistente en determinar, en el caso concreto, si la defendida real y razonablemente creyó que Raymond la iba a matar y que su acción defensiva era necesaria. Y la primera, consistente en establecer si una persona razonable,

³²⁴ **BRANNAN**, Tanya. “In defense of Barbara Sheehan”. En: purpleberets.org. 2011. Consultado en línea en: http://www.purpleberets.org/barbarasheehan_trial.html

³²⁵ Supreme Court of the State of New York. County of Queens, Jury Trial. *People v. Bárbara Sheehan*. Indictment No. 1124/08. October 6th. 2011. p. 6.

³²⁶ *Ídem*. pp. 6 y 7.

que supiera lo que Bárbara Sheehan sabía en ese momento, en circunstancias similares, hubiese creído lo mismo. Para establecer esto, el jurado debería considerar el conocimiento que tenía Bárbara Sheehan respecto a las reacciones violentas de su marido (historia de agresión) y si ese conocimiento contribuyó, de alguna manera a que la defendida creyera razonablemente que necesitaba utilizar la fuerza defensiva mortal en contra de él, en ese momento³²⁷.

Por último, la Corte instruyó al jurado en el sentido de que la defensa propia no puede reconocerse cuando quien ejerce la acción defensiva es el agresor inicial, haciendo énfasis en que el hecho de que una persona haya tenido una discusión o haya insultado a otra, que termina atacándola, no la convierten en el agresor inicial³²⁸.

El jurado absolvió a Bárbara Sheehan del cargo de asesinato³²⁹ y reconoció que ella había actuado en defensa propia³³⁰.

4. Como es evidente, todas las decisiones expuestas en las que se reconoce la *self-defense* tienen argumentos comunes. Así, en *Leidholm* 1983, la Corte Suprema entiende que bajo el estándar objetivo de razonabilidad no se tienen en cuenta las características físicas y psicológicas de la persona que se defiende, y se decanta por utilizar un estándar subjetivo para este análisis, que sí tiene en cuenta éstas características. A lo anterior, agrega la Corte que la relevancia del SMM radica en que éste debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer la razonabilidad de la creencia. Esto mismo es lo que argumenta la Corte que conoció del caso *Kelly* para fundamentar el hecho de que en este caso se podría

³²⁷ *Ídem.* p. 8.

³²⁸ *Ídem.* pp. 9 y 10.

³²⁹ *Ídem.* p. 15.

³³⁰ Si ella había alegado, como defensa, haber actuado en defensa propia y la Corte instruyó al jurado en el sentido de que debía analizar si ésta defensa se configuraba o no en el caso concreto, a la luz de las pautas antes expuestas, y el jurado absolvió a Bárbara Sheehan, entonces el jurado reconoció la existencia de una defensa propia en este caso concreto.

configurar una defensa propia. En opinión de esta Corte, el que la mujer padezca del SMM es relevante para establecer la razonabilidad y honestidad de su creencia respecto a encontrarse frente a un peligro inminente de muerte. Además el SMM debe ser tenido en cuenta para entender por qué las mujeres no abandonan la relación cuando, aparentemente, pueden hacerlo.

En esta misma línea se encuentra la decisión de la corte de Apelaciones sobre el caso *Norman*, (en adelante *Norman 1*), donde la Corte subjetiviza el análisis de la razonabilidad de la creencia. Podría decirse que aplica la teoría de la individualización al decir que el estándar para medir esta razonabilidad es el de una persona de firmeza ordinaria, que se encuentre en las circunstancias en la que se encontraba la víctima, es decir, en las circunstancias de una mujer maltratada. Esta es la misma concepción de defensa propia que se utiliza en la instrucción que el Juez le da al jurado, en el caso *Sheehan* 2013. Lo que se debe analizar, afirma el juez en este caso, es la percepción de una persona en las circunstancias de la defendida, teniendo en cuenta el conocimiento que ésta tenía respecto a las conductas previas de maltrato, por parte de su agresor.

En el caso *Gallegos* 1986, la Corte consideró que se configuró la defensa propia porque la defendida, dada la historia de maltrato, percibió razonablemente la existencia de un peligro en su contra y además actuó como hubiese actuado cualquier persona en las circunstancias en las que ella se encontraba. Esta decisión le da una gran relevancia a la historia de maltrato.

Sobre la relevancia del SMM dentro del proceso, la Corte Suprema de Canadá, da un paso más allá, en el caso *Lavalle* 1990, cuando afirma que éste es relevante a la hora de analizar todos los requisitos de configuración de la defensa propia, lo que, consideramos, es una subjetivación total de esta figura.

De los casos se puede extraer que, en general, se reconoce la defensa propia, porque se hace un análisis subjetivo – individualizador, bien sea basado en el

SMM, sobre la creencia razonable y la actuación defensiva y/o en la historia de maltrato para fundamentar la creencia razonable sobre la inminencia del peligro. Contrario a los casos en que se niega la defensa propia, en estos se utiliza la historia de maltrato a favor de la defendida. Por otra parte, es evidente la relevancia que se da en el proceso al testimonio experto sobre el padecimiento de la mujer del SMM.

Esto no es nada diferente a un reflejo en la jurisprudencia, de las propuestas del sector doctrinal que defiende la idea de hacer análisis subjetivos e individuales de los requisitos de la defensa propia³³¹.

Por último, se puede concluir que las Cortes parecen solucionar el problema que representaba la inminencia a través de la configuración de ésta por medio de la historia de maltrato.

Esto pone de manifiesto que para analizar la configuración de la defensa propia en estos casos, se hace un análisis individualizador a la hora de establecer la razonabilidad de la creencia, dentro del que se tiene en cuenta las características físicas de la mujer, la situación de maltrato y, sobre todo, el hecho de que padezca el SMM.

Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, la creencia razonable es el pilar fundamental de la configuración de la *self-defense* en los ordenamientos jurídicos anglo norteamericanos. De lo que, evidentemente, se desprende que si la creencia no es razonable no se podría configurar la justificación.

5. Esto, de nuevo, se evidencia en fallos de diferentes Cortes anglo-norteamericanas, que no reconocen la *self-defense* porque consideran que la

³³¹ Autores y autoras como Schneider, Crocker, Cutler, Baron, entre otros. Sin embargo, Schneider, quien siguiendo planteamientos de Fletcher, es la principal expositora de esta aproximación individualizadora.

creencia de la mujer (bien sea sobre la existencia de la agresión, sobre la inminencia de ésta o sobre la necesidad de la acción defensiva y su proporcionalidad) no era razonable. En estas sentencias, contrario a las anteriormente analizadas, no se hace una aproximación individualizadora y se utilizan pruebas en contra de la mujer.

Así la sentencia de la Corte de Apelaciones de Illinois, *People v. Beasley* de 1993³³²:

La defendida (Shelia Beasley) se casó con Luther Glen Beasley en abril de 1983. De esta unión nacieron tres hijos: Luke, Amanda y Nathan. Amanda y Nathan padecían de fibrosis quística y Amanda también padecía de leucemia. Según la defendida, Glen empezó a agredirla dos semanas después de que se casaron; normalmente la golpeaba y la insultaba, por razones sin importancia, como que la defendida olvidara comprar algo en el supermercado o hablara con otro hombre. De acuerdo con Shelia, los abusos ocurrían cuando Glen estaba borracho. Él solía embriagarse y consumir drogas con sus amigos, cuando salía de trabajar.

Shelia conoció a Kevin Rice cuando trabajaba para la madre de éste en un almacén llamado “Baby World”. En octubre de 1990 surgió una relación de índole sexual entre la defendida y Rice. Durante el juicio, Shelia afirmó que se había involucrado con Rice porque en su casa se sentía sola y necesitaba sentir el cariño de otra persona: “Necesitaba un abrazo, en vez de ser abofeteada todo el tiempo (...) Necesitaba alguien en mi vida que me tratara como a un ser humano y no como a una basura”³³³. Rice y la defendida sólo mantuvieron relaciones sexuales en cuatro ocasiones y nunca hablaron de un futuro juntos.

Shelia descubrió que estaba embarazada en enero de 1991. Como Glen se había practicado una vasectomía después del nacimiento del último hijo de la pareja,

³³² Para un análisis de esta sentencia. Cfr.: **OGLE y JACOBS-** (2002). *op. cit.* pos. 164 -514.

³³³ Appellate Court of Illinois, *People v. Beasley* 622 N.E. 2d 1236 (1993) 251 Ill. App. 3d 872. 190 Ill Dec 919. (1993).

la defendida sabía que el padre del hijo que esperaba era Rice, por lo que decidió practicarse un aborto, decisión que fue apoyada por éste.

El 17 de enero de 1991, a las 3:30 am, Glen llegó a la casa y se acostó en el cuarto de su hijo mayor. A mitad de la noche se oyó un ruido estruendoso y la defendida corrió al cuarto de su hijo donde encontró que su marido había derribado una mesa de mármol y estaba golpeando los muebles. El hijo de la pareja se despertó y empezó a llorar. La defendida le preguntó a su marido si ese día había ido a trabajar y éste le respondió que no, que había estado drogándose con sus amigos. Ella le dijo que estaba borracho y se giró para volver a la cama. En ese momento Glen la tiró al suelo y, cada vez que ella trataba de levantarse él se lo impedía haciendo presión sobre ella con su pié. Luego de un rato le permitió regresar a dormir.

La noche siguiente, la defendida se acostó a las 10:00pm y a la 1:30 se despertó porque escuchó a Glen llegar a la casa, quitarse la ropa y prepararse algo de comida. Ella se quedó dormida y, según su propio testimonio, lo siguiente que recuerda es que su marido la arrastró del pelo hasta el salón. Allí la insultó y le dijo que no merecía vivir. Le gritó que estaba cansado de que ella lo reprendiera por beber, le reclamó haberle dado dos hijos enfermos y le dijo que ella no podía hacer nada bien. La defendida atestiguó que cada vez que ella trataba de responderle algo, Glen la abofeteaba. Al aparecer, esta situación se repitió unas diez veces a lo largo de la noche. Glen continuó insultándola y recordándole que no merecía vivir. Le dijo que la iba a matar y que ella no debía cerrar los ojos, porque quizás no los iba a volver a abrir. La defendida dijo que Glen tenía una mirada extraña, “como si fuera el diablo” y que su apariencia era diferente a la que tenía las veces anteriores que la había maltratado.

A continuación, Glen tomó a la defendida por el brazo y la llevó al baño, donde la obligó a arrodillarse frente al inodoro. Ella se negó, y entonces el la empujó y le preguntó que si alguna vez había pensado en ahogarse. Luego de eso introdujo la cabeza de la defendida en el inodoro, obligándola a permanecer con la cara en el agua, durante diez segundos. Esto se repitió una vez más. Ella dijo que él nunca le había hecho algo semejante, las veces anteriores que la

había maltratado. A las 2:30 de la mañana Glen se recostó en el sofá y se quedó dormido. La defendida se fue a su cuarto y Glen la obligó a regresar, le dijo que le preocupaba la salud de su hija Amanda y ella le dijo que no se preocupara, que ella no iba a morir. El le respondió que quizás Amanda no iba a morir, pero que ella sí. Glen se volvió a dormir y la defendida fue a buscar el arma, sin embargo ésta no estaba en el sitio de siempre. La defendida testificó que ella asumió que Glen tenía el arma consigo.

La defendida llamó a Rice y le pidió su arma. Le dijo que la necesitaba para protegerse. Aseguró durante el juicio que, si bien Glen la había golpeado y maltratado en el pasado, nunca había sentido la necesidad de tener un arma para protegerse, hasta ese momento en el que “Glen estaba actuando como si tuviera el diablo dentro de él” y ella temía que fuera a matarla. Rice le dijo que dejaría el arma junto a la casa del perro. Ella salió y recogió el arma. No se fue de la casa porque su hijo mayor estaba en casa y temió que su marido pudiera hacerle daño. También temía que si se iba, Glen podría seguirla a su casa o donde sus amigos y quizás podía matarlos a todos. Tampoco llamó a la policía, porque ya lo había hecho en el pasado y no la habían ayudado. Le habían dicho que tratara de solucionar los problemas con su marido. Además, según ella, algunos policías eran amigos de Glen.

La defendida dejó el arma en el armario y se acostó a dormir. De repente Glen entró al cuarto, llevó a la defendida al baño, la obligó a arrodillarse y metió su cabeza en el inodoro, como lo había hecho antes. Glen tomó una compresa usada de la basura y, con ella, le seco el agua de la cara a la defendida. Glen le dijo que sabía que esa compresa no era de ella. En ese momento ella pensó que quizás su marido sabía que estaba embarazada y que planeaba abortar.

Shelia corrió hasta la puerta principal, pero Glen la tiró de la camisa y le impidió llegar. Le dijo que si escapaba la iba a encontrar y la iba a matar. Luego le dijo que se sentara. Ella se sentó en el sofá y le dijo a Glen que lo amaba y trató de calmarlo. Esto había funcionado en ocasiones anteriores, sin embargo esta vez él le dijo que se alejara y que no lo tocara. Amenazó con matar a unos

amigos de ella y a sus padres. Le reiteró que la iba a matar, que no cerrara los ojos y le dijo que no merecía vivir. Luego de ello, se fue a dormir.

Shelia se dio cuenta de que no sabía cómo utilizar el arma y llamó a Rice para pedirle instrucciones. Rice le explicó cómo usar el arma y le preguntó que si planeaba matar a Glen. Ella le respondió que sí, sin embargo –en su testimonio – ella negó haberle dado tal respuesta a Rice. Luego de la conversación con Rice, la defendida dejó el arma lista para ser disparada y la escondió debajo de la cama. Glen llamó a la defendida y ésta regresó al salón. Allí la maltrató y la agredió de nuevo, la volvió a amenazar de muerte, pero esta vez le dijo que la iba a hacer que todo pareciera un suicidio. Ella le dijo que todo le mundo iba a saber que él la había matado, a lo que él respondió que no le importaba tener que ir a la cárcel por el resto de su vida.

A la mañana siguiente, Glen llevó a su esposa al salón. Ella escondió el arma entre su ropa interior y se sentó en una silla en el salón. Glen le dijo: “este es el fin” y se fue al baño. Mientras tanto la defendida escondió el arma debajo de la silla. Glen regresó, se puso frente a ella y le dijo “no puedo creer que me haya casado con una zorra como tú”. Glen vio el arma y le preguntó a su esposa que por qué tenía un arma, a lo que ella le respondió que la necesitaba para protegerse de él. Glen la obligó a abrir la boca y le puso el arma dentro, después de unos segundos gritó “bang”, sacó el arma de la boca de la defendida y se empezó a burlar de ella. La defendida estaba asustada y temblando. Glen se recostó en el sofá y puso el arma en el suelo junto a él. Le dijo a la Sheila que se fuera a la cama y que pensara en el hecho de que iba a morir, porque él quería que ella pensara en ello antes de matarla. Mientras tanto ella le suplicaba que no la matara. Glen se durmió y la ella se vistió, cuando pasó por el salón vio a Glen moverse y supuso que se estaba alistando para matarla, por eso tomó el arma, se arrodilló y le disparó a su marido³³⁴.

³³⁴*Ídem.*

Durante el juicio un psicólogo atestiguó que la defendida padecía del SMM³³⁵. Shelia Beasley fue condenada por un cargo de asesinato en segundo grado. Condena esta que fue apelada por la defensa, basando la apelación, entre otras cosas, en el hecho de que debido al SMM, no podía probarse que ella fuera culpable de un asesinato en segundo grado, más allá de toda duda razonable, ya que ella creía que el uso de la fuerza defensiva mortal era razonable.

La Corte sostuvo que lo relevante en este caso era analizar si se configuraban todos los elementos del crimen por el que fue condenada Beasley, más allá de toda duda razonable. Cosa que, en efecto, a los ojos del órgano juzgador, sucedió. Para éste, la evidencia dada fue suficiente para fundamentar la existencia de un asesinato en segundo grado.

Recordó la Corte que el uso de la fuerza defensiva mortal sólo está justificado cuando quien se defiende cree razonablemente que la fuerza es necesaria, lo cual no pareció configurarse en el caso de autos. Según un testimonio, la defendida habría besado a Glen antes de matarlo. Esto, para la Corte, indicó que, más allá del hecho de que la defendida hubiese sido maltratada constantemente en el pasado, ella realmente no temía por su vida, sino por el hecho de que Glen hubiese descubierto que estaba embarazada de Rice; situación que la motivó a matarlo. El hecho de que Glen estuviera dormido, llevo al jurado a concluir que no se trataba de un acto de defensa propia, sino de venganza por los abusos pasados de Glen³³⁶.

Por lo anterior, para la Corte la decisión del jurado fue correcta, porque se pudo comprobar que se configuraba un asesinato en segundo grado más allá de toda duda razonable; de hecho, para este órgano, la evidencia indicó que la creencia acerca de la necesidad de defenderse por parte de la defendida era irracional.

³³⁵ Al respecto: Cfr.: **OGLE y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos.346 – 398.

³³⁶ Appellate Court of Illinois, *People v. Beasley* 622 N.E. 2d 1236 (1993) 251 III. App. 3d 872. 190 III Dec 919. (1993).

En la misma línea se encuentra la sentencia de la Corte Suprema de Rhode Island. *State v. Amarilis Urena* de 2006, cuyos hechos probados son los siguientes:

El 26 de agosto de 2001 Amarilis Urena apuñaló a Hector Tavares, después de una confrontación en el apartamento de Javiela Felix, una amiga ella. Urena y Tavares tenían una relación sentimental desde hacía un año y vivían juntos en el apartamento de Urena. A lo largo de la relación, Tavares abusaba de la defendida. El 26 de agosto, la hija de 14 años de Urena llegó a visitarla desde Nueva York. Durante el día Tavares empezó a consumir alcohol, por lo que la defendida se asustó al creer que su marido podría maltratarla frente a su hija, debido a que el comportamiento violento de Tavares era motivado por el consumo de alcohol. A raíz de ello, Urena decidió pasar la noche en casa de Felix.

Tavares llamó a la defendida en repetidas ocasiones hasta que ella habló con él y decidieron que él le llevaría las llaves del apartamento a la casa de Felix. Cuando Tavares llegó a la casa de Felix, dejó las llaves en la mesa. Tavares se sentó en el sofá y la defendida se sentó en el sofá de enfrente. La defendida atestiguó que empezaron a discutir porque ella se negó a regresar a la casa.

La discusión empezó a tornarse violenta hasta el punto que, según su propio testimonio, la defendida se asustó mucho. Dijo que tenía miedo, porque Tavares estaba bebiendo y cuando el bebía “todo cambiaba”. Dijo que creía que como siempre, le iba a pegar, y esta vez en frente de su hija. Ella aseguró que le pidió a Tavares que se fuera en cinco oportunidades diferentes, pero él se negó. Urena fue a la cocina y tomó un cuchillo para, según ella, asustarlo. Según el mismo testimonio de la defendida, cuando ella volvía a confrontar a Tavares, el se abalanzó sobre ella y el cuchillo “se le clavó”.

La defendida le dijo a Felix que tirara el cuchillo e inmediatamente llamó a la policía. Cuando la policía llegó, las tres mujeres dijeron que no conocían a la víctima, que era un desconocido que había entrado en el apartamento. Luego, en la estación de policía, ella reconoció que lo conocía y agregó que Tavares fue

siempre abusivo con ella y que había estado tomando unos cursos para tratar de frenar el abuso. También admitió que Tavares no había sido violento físicamente con ella la noche de los hechos, pero que estaba borracho y la estaba agrediendo verbalmente. Admitió haberlo apuñalado en el pecho con un cuchillo, porque su actitud agresiva la ponía muy nerviosa.

En diciembre de 2001, la defendida fue condenada por el delito de asesinato. Apeló la decisión alegando que la evidencia no probó, en ningún momento, que ella no hubiese actuado en defensa propia más allá de toda duda razonable. Fundamentó su alegación en el hecho de que la evidencia aportada mostraba que una persona que sufre del SMM puede creer razonablemente que está en un peligro inminente, en una circunstancia como la que se encontraba la defendida³³⁷.

Luego de recordar los requisitos de configuración de la defensa propia³³⁸, la Corte identificó el que, a su juicio, es el problema jurídico a resolver en este caso. Para el órgano juzgador “la esencia de la defensa de defensa propia es la percepción de la situación que tuvo quien se defendía, en el momento del incidente en cuestión.”³³⁹. En estén orden de ideas, una mujer que esté siendo acusada de un crimen y que alega en su defensa la configuración de una defensa propia, puede argumentar que el SMM ha afectado su percepción acerca de la inminencia del daño y por tanto cree necesario defenderse y hace uso de la fuerza. Sin embargo, cuando se utiliza el SMM para fundamentar la existencia de la creencia razonable constitutiva de la defensa propia, el estado no está obligado a refutarlo más allá de toda duda razonable, como en otros casos en los que se alega la defensa propia como defensa justificante. Por el contrario, la parte que alega la existencia del SMM es la que debe probar que – en efecto – la defendida padece de esta condición.

³³⁷ Supreme Court of Rhode Island. *State v. Amarilis Urena*. 899 A.2d 1281 (2006). No. 2004-199-C.A.

³³⁸ *Ídem*.

³³⁹ *Ídem*.

Luego de ello, la Corte hizo un recuento de lo que había estipulado el órgano de instancia inferior, concluyendo que se encontraba de acuerdo sus consideraciones. El órgano inferior consideró que aunque Tavares estuviera ebrio cuando llegó a la casa de Felix y aunque hubiese golpeado a la defendida en otras ocasiones, mientras estaba borracho, “estas transgresiones ocurrieron solamente en la privacidad de la residencia, no en otro lugar”³⁴⁰. Con base en lo anterior, el hecho de que la defendida estuviera en un lugar que no fuera su casa, podría haberle indicado que su pareja no iba a agredirla porque éste sólo lo había hecho en la casa que compartían. Adicionalmente, el órgano de instancia encontró que la presencia de la hija de la defendida no aumentó el miedo de ésta; por el contrario, lo debió disminuir porque la defendida reconoció que el difunto nunca la había agredido enfrente de ella³⁴¹. Por ello, el tribunal de instancia concluyó que la creencia de la defendida sobre estar frente a un riesgo o peligro inminente era irrazonable “aún a la luz del hecho de que ella había sido víctima, en el pasado, de las agresiones de Tavares.”³⁴².

Por otra parte, el órgano de instancia indicó que la defendida había agredido a Tavares en el pasado en dos ocasiones, en una de las cuales lo amenazó con matarlo si volvía a golpearla. De igual manera, relató que había evidencia de que la defendida había evitado que la policía detuviera a Tavares, después de que ella reportara una conducta de abuso en su contra. Por último, el órgano decidió que la defendida no podía alegar defensa propia, porque fue ella la que provocó el incidente el día que tuvieron lugar los hechos, al introducir en la discusión un arma peligrosa, con la que amenazó al difunto. Para este órgano juzgador “estos son factores que reflejan el elemento de premeditación que es parte constitutiva de un cargo de asesinato”³⁴³.

³⁴⁰ *Ídem*.

³⁴¹ *Ídem*.

³⁴² *Ídem*.

³⁴³ *Ídem*.

Para la Corte Suprema, el órgano de instancia ejerció un juicio apropiado sobre la credibilidad de la defendida y una correcta valoración de la evidencia. Por tanto confirmó la condena, negando la existencia de una defensa propia.

Por último, encontramos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Ontario - Canadá. *R. v Craig* de 2011.

En la mañana del 31 de marzo de 2006, Teresa Craig mató a su marido, Jack Craig, propiciándole cuatro puñaladas en el pecho, mientras éste dormía. Inmediatamente después, Teresa Craig se dirigió a donde sus vecinos, les contó lo sucedido y les pidió que llamaran a la policía.

Teresa Craig, nacida en Malasia, conoció a su marido en 1990 cuando ella respondió a un aviso en un periódico de su país en el que un hombre occidental buscaba una mujer oriental. Después de varias visitas de ella a Canadá, se casaron en 1994.

Luego del nacimiento del único hijo de la pareja (Martin) en 1996, Jack Craig empezó a maltratar regularmente, de manera psicológica y verbal, a la apelante. Solía utilizar su tamaño y su temperamento para intimidarla. Con frecuencia la humillaba enfrente de sus colegas y amigos³⁴⁴.

El abuso físico no era muy frecuente, pero la apelante podía intuir cuándo los arranques coléricos de su marido iban a desencadenar en daño físico. Él era extremadamente violento cuando estaba bajo los efectos del alcohol y ella lo sabía. De igual manera, se presentó evidencia de que solía maltratar a su hijo, física y verbalmente³⁴⁵.

Teresa Craig terminó su relación con su marido en dos ocasiones y se fue de la casa. La primera vez en 1998, pero regresó con él, porque le prometió que iba

³⁴⁴ Court of Appeal for Ontario. *R v. Craig*, 2011. ONCA 142. p.4. "Con frecuencia él humillaba a la apelante delante de sus amigos y compañeros de trabajo. La trataba como a un objeto, más que como a una persona."

³⁴⁵ *Ídem*. p. 5.

a cambiar, y la segunda en 2001, cuando también regresó con él porque tenía problemas financieros. Luego de su regreso, el difunto empezó a amenazar a la apelante con quitarle a su hijo, si ella volvía a dejarlo. Ella no se volvió a ir de la casa porque no podía dejar a su hijo solo con su marido.

La apelante se encontraba aislada de su familia, de sus amigos y no tenía medios económicos propios. Le había entregado todo su dinero a su marido³⁴⁶. A raíz de todo esto, Teresa Craig desarrolló varios problemas emocionales.

El día que tuvieron lugar los hechos, Jack Craig regresó a su casa a las 11:00 de la noche. Estaba ebrio y furioso porque no había recibido un dinero que estaba esperando y se quedó dormido en la cama. Se levantó dos veces durante la noche. Mientras tanto, la apelante estaba muy angustiada y asustada, sentía que su vida era miserable, le preocupaba que no tenían dinero, etc. Temía que su marido se levantara furioso, como siempre lo hacía cuando tenía resaca, y que pudiera agredirla a ella o a su hijo. Ella sabía que él era muy agresivo cuando estaba molesto.

Teresa Craig pensó en matar a su marido, pero – según su propio testimonio – se repitió varias veces a sí misma que no podía hacerlo. También según su propio testimonio, recuerda que apuñaló a su marido en dos ocasiones y que se dirigió a donde sus vecinos, quienes atestiguaron que –en ese momento– ella se encontraba en un estado catatónico.

Fue condenada a 8 años de prisión y apeló la sentencia.

Durante el proceso, el Dr. Evan Starck entrevistó a Teresa Craig y fue testigo de la defensa. Explicó cómo las mujeres maltratadas son víctimas de un “control coercitivo” por parte de sus agresores³⁴⁷. Explicó que la violencia física puede ser o no relevante dentro de este proceso de control y que una de las maneras más

³⁴⁶ “Con el tiempo, la apelante se convirtió en una persona aislada tanto social, como geográfica y económicamente.”.

³⁴⁷ Al respecto: Cfr.: **STARK**. (2007). *op.cit.*

efectivas de ejercerlo es a través de la relación con los hijos: amenazar a una madre con que no puede volver a ver a su hijo, es una forma en la que el agresor ejerce el control. Para el Dr. Starck, la apelante era víctima de una control coercitivo por parte de J. Craig.

La Corte de Ontario inició sus consideraciones preguntándose si se le debió instruir al jurado acerca de la defensa propia en este caso. Para dar respuesta a ello, recordó el caso hito sobre defensa propia y los requisitos de configuración de esta defensa³⁴⁸.

Una vez hecho esto, la Corte reconoció que la naturaleza de la relación de la pareja debía ser interpretada como el contexto en el que tuvieron lugar los hechos y éste era importante para establecer la existencia, o no, de la defensa propia, sin embargo, coincidió con el juzgado de instancia, cuando este afirmó que una larga historia de maltrato no configuraba, por sí misma, justificación para matar.

Para la Corte, de los hechos del caso y de las pruebas aportadas no se desprendió que Teresa Craig creyera, de manera razonable, que se encontraba frente un peligro para su vida o su corporalidad, por lo que no parecía lógico pensar en la posibilidad de configuración de una defensa propia en el caso.

Sin embargo, la Corte reconoció que el tribunal de instancia había cometido dos errores de apreciación relevantes a la hora de establecer el monto de la condena. En primer lugar, evaluó el abuso desde el punto de vista de la naturaleza de éste (es decir entender que si se trataba abuso físico éste era más grave que de otro tipo) y no desde el punto de vista del daño que dicho abuso había causado

³⁴⁸ *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, at pp. 12-13. En este caso la corte identifica tres elementos de configuración de la defensa propia: a.) un asalto contrario a la ley, o al menos la creencia razonable de la víctima de que estaba siendo atacada, b.) una percepción razonable sobre la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física y c.) una creencia razonable sobre la imposibilidad de evitar el daño por medios diferentes a matar al perpetrador del ataque.

en la apelante. Para la Corte, en este caso no se le dio al abuso el carácter mitigante que se le había dado en otros casos similares y se aceptó apresuradamente la conclusión de la Fiscalía, de que se trataba de un homicidio cercano a un asesinato³⁴⁹. Lo anterior constituye el segundo error en el que incurrió el órgano de instancia.

Así las cosas, concluyó la Corte que la condena era excesiva y se mitigó la sentencia impuesta. Se condenó a tres años a la acusada, que era el tiempo que ya había cumplido, por lo que ésta salió libre³⁵⁰.

6. De los tres casos expuestos, se pueden extraer varias conclusiones. La primera, que es evidente que si no hay muestras de que hay una creencia absolutamente razonable, se niega sistemáticamente la *self-defense*. Sin embargo, y esta es la segunda conclusión, consideramos que este análisis sobre la razonabilidad de la creencia se hace de una manera apresurada, interpretando los hechos de tal manera que se pueda sustentar una condena y se establece que no hay creencia razonable cuando en realidad sí la hay. Analicemos esto en detalle. En *Beasley*, la Corte basa su decisión en que la defendida no temía por su vida en el momento en que mató a su marido, sino que se quería librar de él porque éste había descubierto su infidelidad y el embarazo consecuencia de ésta. De ello concluye la Corte que, en el momento en que tuvieron lugar los hechos, la defendida no tenía una creencia razonable (en el sentido de que no tenía razones para creer) que su vida corría peligro. De igual manera, el hecho de que ella hubiese matado a su marido mientras dormía puso de manifiesto que ella no se estaba defendiendo (porque no estaba siendo atacada) sino que, o se estaba vengando de él, o quería matarlo porque había descubierto su infidelidad.

A nuestro parecer la Corte hace una interpretación errada de la actuación de la víctima. Se podría pensar que, en efecto, Shelia sabía que su marido había descubierto su infidelidad y precisamente por ello temía que él fuera a matarla.

³⁴⁹ *Near murder homicide*.

³⁵⁰ Court of Appeal for Ontario. *R v. Craig*. 2011. ONCA 142. p. 24.

No sobra recordar que el último ataque del que fue víctima fue diferente (según testimonio de la propia defendida) a los anteriores. Shelia percibió algo diferente en su marido, una mayor agresividad quizás, algo que la llevo a ella a creer que la iba a matar y, también por ello, prefirió matarlo mientras éste no estuviera en posición de atacarla de nuevo. A nuestro parecer, tanto el hecho de que su marido estuviera enterado de su infidelidad, como el hecho de que lo hubiese matado mientras dormía, evidencian una creencia de Shelia sobre un peligro para vida o integridad. Sin embargo, la Corte se decanta por la opción de utilizar esto, en contra de la defendida.

En *Urena* también se da una condena basada en una interpretación de los hechos, por parte de la Corte. En este caso se niega la defensa propia porque no era lógico que ella tuviera una creencia razonable del peligro de muerte, ya que cuando su marido la había agredido en ocasiones anteriores lo había hecho en la privacidad de su casa y no estando nadie presente. Como la discusión que llevo a creer a Urena que su marido la iba a matar o a herir seriamente se dio en un lugar diferente a su casa y delante de dos testigos, entonces – según la Corte – no era razonable que la defendida creyera que iba a sufrir un daño en ese momento.

En este caso, como en *Beasley*, se utiliza evidencia en contra de la víctima, que debió ser usada en su favor, tal como la historia de maltrato. Las Cortes basan la negativa de defensa propia y, por tanto la condena, en el comportamiento previo del agresor, en lugar de analizar ese comportamiento como fundamento para la creencia razonable de la víctima.

En *Craig* la situación es diferente a la que se da en los casos anteriores. Si bien se niega la defensa propia porque no parece razonable que la defendida, en el momento en que mató a su marido, creyera que su vida o su integridad corrían peligro, la Corte sí reconoce que la historia de maltrato puede mitigar una condena en estos casos.

Es evidente como es estos casos, muchas veces se utilizan pruebas en contra de la mujer, que debieron haber sido utilizadas a su favor, en aras de fundamentar la condena. Esto reafirma la idea planteada anteriormente, respecto a la interpretación sesgada que hacen los tribunales, sobre los hechos del caso y el uso que le dan a las pruebas.

Por otra parte, de los fallos analizados se desprende, que se puede intuir que la razón para negar la defensa propia sigue siendo la ausencia de inminencia del peligro sobre el que se tiene la creencia, ya que en el momento en que se ejercieron la diferentes acciones defensivas, a los ojos de las diferentes Cortes, no era razonable que la víctima creyera que iba a ser atacada. Lo anterior pone de manifiesto, una vez más, que, como habíamos adelantado en páginas anteriores, la creencia razonable es un elemento transversal a todos los requisitos de la *self defense*, sin cuya existencia, la justificante no se configura.

7. No obstante lo anterior, en algunos pocos estados de los Estados Unidos, se reconoce la existencia de una defensa propia incompleta cuando la persona que ejerce la acción defensiva cree que el uso de la fuerza mortal es necesario, pero esa creencia es irracional. Esta manifestación *imperfecta* de la defensa propia reduce el cargo de asesinato a homicidio, porque la irracionalidad de la creencia anula la *malice*; lo que la convierte en una defensa parcial³⁵¹.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso *State of Maryland v. Bárbara Ann Peterson* del año 2004, de la Corte de Apelaciones especiales de Maryland – Estados Unidos. Los hechos de este caso se pueden resumir como sigue:

³⁵¹ Al respecto: Cfr.: **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 249. Con amplias referencias jurisprudenciales.

Sobre la aplicación de esta defensa parcial en los casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores: Cfr.: **CREACH**, Donald.L. "Partially determined imperfect Self defense: The battered wife kills and tells why.". En: Stanford Law Rev. No. 34. 1982. pp. 615 – 633.

Bárbara Peterson se casó con Loren Peterson en 1965. Loren estuvo en la marina durante 22 años. Cuando se conocieron, Loren estaba alcoholizado. Ella se enamoró de él y pensó que podría ayudarlo a recuperarse. Antes de que se casaran tuvo lugar un incidente entre la pareja. Loren lanzó a Bárbara contra el capó de un coche y la golpeó, delante de su hermana.

Luego del matrimonio, Loren se volvió muy posesivo y celoso. Cuando ella estaba embarazada de su primer hijo en común, la pateó en el estomago. En otra ocasión Loren amenazó a Bárbara con cortarle la cara, para que nadie la mirara. La pateaba, la tiraba del pelo y la golpeaba. También jugaba a confundirla usando tácticas que había aprendido en la marina. Esto se repetía en promedio dos o tres veces a la semana, durante los 26 años que duró el matrimonio.

Bárbara recurrió a los Tribunales en diferentes ocasiones, hasta que se cansó: “Demasiadas veces para contarlas, me cansé de ir. No estaba obteniendo resultados. Nada pasaba y las cosas se ponían peores.”, expresó durante el juicio. En una ocasión, después de que un juez en Virginia los citó a ambos y les dijo que no quería volverlos a ver en la Corte en lo que quedaba del año, Loren golpeó a Bárbara con un taburete, dejándola inconsciente.

En 1983, como resultado de una orden judicial, Loren fue admitido en un programa para veteranos de guerra adictos al alcohol y a las drogas, en Philadelphia. Su agresividad regresó al poco tiempo de terminar el programa de desintoxicación. Antes del otoño de 1991, Bárbara dejó de dormir con su marido, porque él no la respetaba y porque estaba asustada.

Durante los dos meses previos a su muerte, Loren estaba de muy mal humor. Gritaba e intimidaba a Bárbara, la amenazaba con arrancarle la cabeza. Bárbara estuvo tan asustada que tuvo diarrea durante veinte días, razón ésta por la que perdió mucho peso. Bárbara le dijo a Loren que estaba enferma a causa de sus amenazas, a lo que éste le respondió que no era amenazas, que eran promesas y que ella debía decirle a sus hijos que empezaran a hacer los arreglos para su funeral.

Bárbara se fue de su casa, pero regresó porque –según su testimonio- estando en casa sabía a qué horas llegaba su marido y no la iba a tomar por sorpresa, como si podría pasar si continuaba en casa de sus hijas. Seis días antes de que tuvieran lugar los hechos, Loren violó a Bárbara.

El sábado 17 de noviembre de 1991 Bárbara le disparó a Loren mientras éste estaba de espaldas viendo televisión. Luego fue a la casa de su hija Anne Marie, que era vecina de ella, y llamó a la policía.³⁵² La acusada fue condenada y apeló la decisión.

Y es justamente con una definición de defensa propia imperfecta o incompleta³⁵³ con la que la Corte de Apelaciones especiales dio inicio a sus consideraciones:

“La defensa propia incompleta se compone de los mismos requisitos [de la defensa propia] excepto que el acusado no necesita tener una creencia objetivamente razonable de que estaba en una situación de peligro para su vida o integridad, que requería del uso de la fuerza defensiva mortal.”³⁵⁴

A los ojos del órgano juzgador, en este caso se configuró una defensa propia incompleta. Basó su argumentación en el hecho de que Bárbara Peterson sufría del SMM que explica por qué y cómo la defendida pudo haber creído de manera honesta, y quizás razonable, que estaba enfrentando un peligro inminente para su vida. Consideró que el error del órgano de instancia consistió en no haber tenido en cuenta (y por tanto no haber introducido como prueba) el hecho de que la defendida padeciese de este síndrome. Si se hubiese

³⁵² Court of Special Appeals of Maryland. September 13, 2004. *State of Maryland v. Barbara Ann Peterson*. 857 A.2d 1132 (2004) 158 Md. App. 558.

³⁵³ Podría pensarse que existe una similitud entre la defensa propia imperfecta y la eximente incompleta de legítima defensa en el ordenamiento jurídico español, pero no es así. La primera se configura cuando, utilizando la terminología continental, hay un exceso extensivo. Esto es así porque se da una creencia sobre la existencia de la agresión, aunque esta no es razonable. Mientras que la segunda figura sólo es operativa en casos de exceso intensivo o propio

³⁵⁴ *Ibidem*.

introducido un testimonio experto que avalara el hecho de que la defendida mostraba signos de sufrir del SMM, quizás la defensa propia incompleta hubiese sido reconocida.

La Corte anuló la condena y ordenó realizar un nuevo juicio, teniendo en cuenta la condición de mujer maltratada de la defendida y las secuelas psicológicas que ésta acarrea.

b) La creencia razonable errada y su relación con el error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa (legítima defensa putativa).

a. En páginas anteriores afirmamos que la gran diferencia existente entre la legítima defensa y la *self-defense*, está en el hecho de que para que esta última sea reconocida basta con que se dé una creencia razonable, sea errada o no, acerca de la existencia del ataque o de la necesidad de ejercer la acción defensiva y la racionalidad de los medios utilizados. Y decimos que esta es la gran diferencia entre la causa de justificación anglo-norteamericana y la continental, porque si se da una creencia razonable errada, a la luz del derecho continental, la legítima defensa no se configura. En estos casos se estaría en sede de un error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, es decir, en sede de una legítima defensa putativa³⁵⁵.

Las situaciones de legítima defensa putativa son aquellas en las que objetivamente no hay una agresión, pero el que se defiende cree que sí la hay o

³⁵⁵ Durante un largo periodo el TSe trató la legítima defensa putativa como si fuese una legítima defensa real. Luego, esta corporación ha venido distinguiendo entre <<defensa putativa>> y <<exceso putativo en la legítima defensa>>. Al respecto: Vid.: **RODRIGUEZ MOURULLO**, Gonzalo. *La legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo*. Civitas. Madrid, 1976. pp. 29 - 34, quien considera que equiparar la legítima defensa real y la putativa implica confundir ausencia de antijuridicidad con ausencia de culpabilidad. En una línea similar: **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 458. para quien es "incorrecto hablar de <<exceso putativo en estos casos, porque en ellos el exceso es real, no putativo>>".

cree que la acción defensiva que está llevando a cabo es racional, cuando en realidad no lo es ³⁵⁶. La doctrina absolutamente mayoritaria encuentra la solución estos supuestos en la aplicación de las reglas del error,³⁵⁷ sin embargo se discute si se está en sede de un error de tipo o un de un error de prohibición, decantándose, la doctrina mayoritaria, por darle el tratamiento del primero (teoría limitada de la culpabilidad). Así, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se trata como un error de tipo³⁵⁸.

b. La razonabilidad de la creencia se establece de manera similar en ambos sistemas. Mientras en el sistema anglo norteamericano se recurre, normalmente, al criterio del hombre medio o a criterios individualizadores, en derecho continental se debe apreciar “desde un punto de vista objetivo, la existencia de hechos que razonablemente permitan esa creencia, los cuales han de ser

³⁵⁶ **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 45. En la misma línea: STSe del 13 de octubre de 2005. 6110/2005.

³⁵⁷ Respecto a la cuestión del error sobre los presupuestos de una causa de justificación y las diferentes teorías al respecto (teoría estricta de la culpabilidad y la teoría restringida de la culpabilidad): Cfr.: **TRAPERO BARREALES**, María A. *El error en las causas de justificación*. Tirant lo blanch. Valencia, 2004. pp. 140 -206. **DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO**, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. La Ley. Madrid, 2008. p. 168 y ss. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §30/268-271. **Muko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/218.

³⁵⁸ Así por ejemplo: **MOLINA FERNÁNDEZ** (2012). *op. cit.* pp. 45 y 46. Este autor considera que la solución de la doctrina mayoritaria es correcta, ya que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación incide sobre el conocimiento del hecho, no sobre su valoración jurídica.. En la misma línea: **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 458. **WESSELS**, Johannes, **BEULKE**, Werner und **SATZGER**, Helmut. *Strafrecht*. A.T. 43 Aufl. C.F. Müller. Deutschland, 2013. §11/457. **STRATENWERTH**, Günter und **KUHLEN**, Lothar. *Strafrecht*. A.T. 6 Aufl. Verlag Franz Vahlen. München, 2011. §9/157. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §32/65. Con amplias referencias jurisprudenciales. **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/136. **FRISTER**, Helmut. *Strafrecht* A.T. 7 Aufl. C.H. Beck. München, 2015. §14/26. En contra, decantándose por la solución a través de error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad): **WELZEL**, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. (Fontán Balestra. Trad.). Roque de Palma editor. Buenos Aires, 1956. p. 95 “Si el autor supone erróneamente una situación de legítima defensa, el hecho es antijurídico pero, a consecuencia del error sobre la antijuridicidad, queda excluida la culpa”. **CEREZO MIR**, José. *Curso de derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito*. Tecnos. Madrid, 2005. p. 205. **HUERTA TOCILDO**, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Tecnos. España, 1981. p. 130.

valorados en relación a las circunstancias del sujeto en cada caso.”³⁵⁹. Esto muestra que en ambos sistemas la valoración que se hace de la existencia de la creencia razonable es una valoración de índole objetiva, pero que tiene en cuenta las especiales circunstancias del caso y de los sujetos involucrados en éste. Se puede afirmar que, al menos en teoría, se trata de criterios que buscan un análisis individualizador.

c. Así, podemos adelantar algunas conclusiones que resultan de este breve análisis comparado. En primer lugar, se puede afirmar que en derecho anglonorteamericano lo que en derecho continental entenderíamos como justificación putativa, tiene efectos justificantes. Esto podría llevar a entender que el derecho anglo norteamericano le da un tratamiento más benévolo a estos casos, al reconocerlos como justificación. Esta idea surge porque al hacer una ampliación del espectro de configuración de la *self-defense*, los casos que se consideran situaciones de defensa putativa en derecho continental, siguen siendo justificados en derecho anglo norteamericano.

Sin embargo, aunque es verdad que se amplía el espectro de casos que están justificados, técnicamente hablando, el derecho continental al solucionarlos como error de tipo, siguiendo la teoría limitada de la culpabilidad, afirma que el agente actuó sin dolo, por tanto no hay tipicidad subjetiva y al no haberla su conducta es atípica, es decir, está por fuera de la órbita de interés del derecho penal. Todo ello en casos en los que el error sea vencible. Mientras que en derecho anglo norteamericano la conducta recibe el tratamiento de una justificación, es decir, conducta tolerada por el derecho. Evidentemente es muy diferente decir que la conducta es tolerada o permitida, a catalogarla como carente de interés para el derecho penal.

Se puede concluir que de los dos sistemas, es el continental (si sigue la teoría limitada de la culpabilidad) el que le da un tratamiento más benévolo a las

³⁵⁹ STSe del 13 de octubre de 2005. Fundamento de derecho tercero.

situaciones de en las que se cree razonablemente que hay una agresión o que la acción defensiva realizada era racional y necesaria. Incluso más benévolo que el que le da a las situaciones donde realmente se configura una justificación, precisamente por lo ya explicado: Cuando hay un error, la conducta carece de interés para el derecho penal por ser atípica, mientras que cuando se configura la legítima defensa, esta conducta sí le interesa al derecho penal, pero sale de su órbita por ser jurídica.

c.) La legítima defensa putativa: Solución a caballo entre la justificación y la ausencia de culpabilidad: La posición de Muñoz Conde. (Teoría estricta de la culpabilidad).

Un ejemplo de aplicación de la legítima defensa putativa, en los casos de muerte del agresor en situaciones sin confrontación, se encuentra en los planteamientos de Muñoz Conde.³⁶⁰ Para el autor, la legítima defensa putativa, es “un caso límite entre justificación y exculpación”³⁶¹, por las razones que pasamos a exponer.

En primera instancia plantea que hay algunos casos de legítima defensa putativa que equivalen a una legítima defensa real³⁶² y que por tanto deben tener el mismo resultado eximente de responsabilidad de ésta, fundamentado en la inexistencia de una conducta antijurídica³⁶³. Estos casos serían aquellos en los que la persona que se *defiende* tiene una <<creencia racional y bien

³⁶⁰ MUÑOZ CONDE, 2009. *op. cit.*

³⁶¹ Afirmación con la que tituló su artículo.

³⁶² Siguiendo, según parece, la posición histórica del TSe al respecto.

³⁶³ MUÑOZ CONDE. (2009) *op. cit.* p. 132. “los casos de legítima defensa putativa donde haya una <<creencia racional y bien fundada>> acerca de la existencia de un ataque ilegítimo, deberían ser considerados como una verdadera causa de justificación, aun si posteriormente se comprobara que ninguna agresión tuvo lugar. La creencia subjetiva del autor en la existencia de una agresión se objetiviza por medio del proceso judicial, de tal manera que la transforma en un hecho legal. Debemos, por tanto, considerar que estos casos constituyen auténticas instancias de justificación, con todas las consecuencias que ello implica.”.

fundada>>, acerca la existencia de un ataque ilegítimo³⁶⁴, que debe ser entendida como un criterio objetivo para juzgar la reacción defensiva³⁶⁵. La existencia de la agresión se presume *ex ante*, de manera racional, aunque esta sea inexistente después. Por tanto, si se dan estos requisitos, se estaría en sede de una situación de justificación y no de legítima defensa putativa³⁶⁶. Esta posición no es nada diferente a la solución anglo-norteamericana. Es decir, a los ojos de este autor, se configura la legítima defensa cuando la creencia sobre la existencia de la agresión es razonable, que es un criterio de configuración de la *self-defense*.

Ahora bien, hay situaciones en las que la creencia de quien se defiende sobre la existencia del ataque, no es razonable, porque la agresión no se puede presumir *ex ante*. Estos serían los casos de legítima defensa putativa que llevan a exculpación total o parcial. Y es en esta categoría en la que, al parecer, Muñoz Conde cataloga los casos de mujeres maltratadas que matan a su agresor mientras éste está desprevenido. El autor expone que estos supuestos plantean “interrogantes en relación a cómo determinar la razonabilidad” y agrega que es difícil justificar un homicidio, ya que no hay una amenaza inminente a la vida o

³⁶⁴ Ejemplifica las situaciones donde se da en quien se defiende una <<creencia racional y bien fundada>>, de la existencia de la agresión o del ataque, a través de cinco supuestos de hecho, a saber: 1.) El banquero que ha recibido constantes amenazas contra su vida y su libertad, por parte de un grupo de terroristas, le dispara a una persona que trepaba por la reja de su casa, en la noche. 2.) En el metro de New York, un hombre que había sido víctima de un salto recientemente dispara cinco veces, cuando cuatro jóvenes afroamericanos se le acercan a pedirle cinco dólares, hiriendo gravemente a uno de ellos. 3.) El dueño de un supermercado, recientemente asaltado, confunde a su último cliente del día con uno de los asaltantes y, por temor a volver a ser asaltado, le dispara al joven, que sólo quería comprar algo para cenar. 4.) Tres aspirantes a torero entran de noche, saltando un cerco, a una ganadería de todos de lidia, para practicar un poco. El mayordomo de la finca, convencido de que se trata de un robo, dispara a corta distancia, matándolos a todos. 5.) Se lleva a cabo un simulacro de robo armado en un edificio, no se le avisa a la policía local, que reacciona ante la situación. Un policía, en aras de proteger a dos niñas, dispara a uno de los *asaltantes* causándole graves heridas. *Ídem*. p. 126.

³⁶⁵ No se debe utilizar como un criterio subjetivo que le permita al autor “crear hechos que no tienen nada que ver con lo que realmente ocurrió”. *Ídem*. p. 129. En la misma línea: **REQUEJO CONDE**. (1999). *op. cit.* p. 352-364.

³⁶⁶ *Ídem*. p. 32. “hablar aquí de <<legítima defensa putativa>> no tiene sentido.”.

la integridad de la mujer maltratada, porque ella tenía otras alternativas para salvaguardar su vida y/o integridad³⁶⁷.

La dificultad de *justificar* un homicidio en estas circunstancias y las otras opciones que tenía la mujer, son las razones que llevan a Muñoz Conde a afirmar que estaríamos en sede de una legítima defensa putativa que no excluye la antijuridicidad, sino que excluye la culpabilidad debido a que la creencia de la agresión no existía racional y de manera fundada, *ex ante*.

Sumado a lo anterior, parece que el hecho de que las razones que tiene la mujer para creer que hay un peligro para su vida y/o integridad, sean de índole personal y no <<rationales y bien fundadas>>, genera que la situación deba tratarse en sede de culpabilidad, bien sea parcial o totalmente. Estas son situaciones en las que el individuo, en este caso concreto la mujer, fracasa en alcanzar los estándares objetivos de razonabilidad, y por ello no se está en sede de una *legítima defensa putativa/justificante*³⁶⁸.

Respecto a lo anterior, quisiéramos hacer una precisión. Para estar en sede de legítima defensa putativa la agresión, como el mismo autor sostiene, tiene que ser “imaginaria y objetivamente inexistente”³⁶⁹. En los casos de las mujeres maltratadas, que terminan matando a sus maridos en situaciones de no confrontación (situaciones de legítima defensa putativa para el autor analizado) la agresión no es ni imaginaria, ni objetivamente inexistente. En casos de mujeres maltratadas la agresión se puede presumir *ex ante*, debido a la conducta reiterada de maltrato por parte del agresor. Los tribunales han reconocido que la agresión puede ser previsible y la previsión de la mujer está fundada en

³⁶⁷ *Ídem*. p. 132. Las *otras vías* a las que hace referencia Muñoz Conde, son abandonar a la pareja o denunciarla

³⁶⁸ *Ídem*. p. 133.

³⁶⁹ *Ídem*. p. 126.

situaciones objetivas³⁷⁰. Entonces, si la legítima defensa putativa se configura cuando se está en sede de una agresión irreal, y en los casos de las mujeres maltratadas no se puede hablar de agresión irreal, no se configura el primer supuesto para enmarcar las conductas dentro de la legítima defensa putativa.

Pero dado el caso de que se enmarcaran las conductas en un supuesto de agresión irreal, siguiendo los planteamientos de Muñoz Conde, tampoco deberían ser resueltas por vía de ausencia de culpabilidad. Suponiendo que la agresión fuera irreal, la mujer tiene razones objetivas para creer que va a ser atacada por su agresor en cualquier momento, lo que implicaría la existencia de una presunción *ex ante* de la agresión irreal y por tanto, siguiendo los planteamientos del mencionado autor, estaríamos en un supuesto de legítima defensa putativa que se eximen de responsabilidad por vía de justificación.

³⁷⁰ Así por ejemplo: vid. STSe. Del 29 de junio de 1990, donde la corporación reconoce que “la acusada vivió una relativamente prolongada fase procelosa, durante la que se vio maltratada constantemente y amenazada de muerte por parte de su marido (...)”. Sentencia del BGH del 12.07. 1966. 1 StR 291/66. NJW. 1966, p. 1824. El BGH reconoce la existencia de un peligro actual para la mujer.

Estas sentencias absuelven a la mujer por vía de legítima defensa, fundamentada en el SMM. De lo que se desprende que si hay una legítima defensa, es porque hay una agresión real. Tribunal del Queens Land of South Australia (Australia). *Rv. Kotinnen*. del 30 de marzo de 1992. Tribunal de New South Wales. *Rv. Hockey*. del 14 de abril de 1992.

Sobre la existencia de una agresión ilegítima en estos casos: Cfr.: LARRAURI. (2008)A. *op. cit.* p. 55, quien fundamenta la existencia de la agresión en la configuración de un delito del artículo 153 del CPe.

I.3. Estado de necesidad defensivo.

a. El estado de necesidad defensivo es una causa de justificación desarrollada para solucionar situaciones que están “a caballo” entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo³⁷¹. Es decir, aquellas situaciones en las que por no existir una agresión inminente y/o actual, no se puede hablar de legítima defensa, pero que por tratarse de una reacción defensiva contra quien ha originado el peligro³⁷², no constituye un estado de necesidad agresivo, porque en los supuestos clásicos de estado de necesidad se lesionan bienes jurídicos de terceros, para salvar los propios o los ajenos, de un peligro en el que el tercero afectado no tuvo injerencia alguna³⁷³.

En los casos de estado de necesidad defensivo se permite reaccionar contra la persona fuente de peligro (acción defensiva) y, además, parece existir un acuerdo respecto al hecho de que, incluso, se puede matar a dicha fuente de peligro³⁷⁴. Ello configura la principal diferencia entre esta figura y el estado de necesidad agresivo, que permitiría una ponderación de intereses, en los casos

³⁷¹ De hecho, Seelman cataloga el estado de necesidad defensivo como una causa de justificación de defensa (*Verteidigung*), junto con la legítima defensa, mientras que al estado de necesidad ofensivo lo enmarca dentro de las causas de justificación de empleo de solidaridad (*Inanspruchnahme von Solidarität*). Lo anterior muestra que, si bien el estado de necesidad defensivo está a caballo entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, se encuentra más cerca de la primera, que del segundo. Cfr.: **SEELMAN**, Kurt. *Strafrecht A.T.* 7 Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag. Basel, 2012. p. 64.

³⁷² **LARRAURI**, Elena. “Causas de justificación: criterios de identificación.”. En: **HASSEMER**, Winfried y **LARRAURI**, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Tecnos. Madrid, 1997. p. 110. Nota 77. En la misma línea: Cfr.: **LUZÓN PEÑA**. (2006). *op. cit.* p. 570. “en el estado de necesidad defensivo se reacciona precisamente a costa de la fuente de peligro”.

³⁷³ **BALDÓ LAVILLA**, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. J.M Bosch. Barcelona, 1994. P 121 y ss. En la misma línea: Cfr: **COCA VILA**, Ivó. “Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo.”. En: *InDret*. 1/2011. p 4.

³⁷⁴ **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §20/8.

en los que los bienes en conflicto son la vida de la persona fuente de peligro y la de la víctima³⁷⁵.

Existe un sector doctrinal que considera lógico enmarcar los casos que nos ocupan dentro de la figura del estado de necesidad defensivo. A su juicio, la mujer maltratada enfrenta un peligro constante (no una agresión actual³⁷⁶) que fundamenta una posible reacción violenta contra su agresor. La mujer se encuentra en un caso en el que la muerte del agresor es la única manera razonable y adecuada para salvar su vida o su integridad (o la de sus hijos) y, por ende, “el hecho realizado ha de tener efectos justificantes.”³⁷⁷. Y como en estos casos la reacción defensiva se ejerce contra quien origina el peligro (matar al agresor), se está en sede de un estado de necesidad defensivo, que tiene eficacia justificante³⁷⁸.

³⁷⁵ En Alemania el §228 del BGB consagra el estado de necesidad defensivo. Al respecto: Cfr.: **ROXIN**, Claus. *Derecho Penal : Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito.* (Luzón/Díaz y García Conlledo/de Viente Remesal. Trad.). Civitas. Madrid, 1997. §16/96. **STRATENWERTH**. (2005). *op. cit.* §9/54. **MAURACH**, Reinhart. *Tratado de derecho penal.* (Córdoba Roda. Trad.). Ediciones Ariel. Barcelona, 1962. §27/III. 1. **RENZIKOWSKI**, Joachim. *Notstand und Notwehr.* Duncker & Humblot. Berlin, 1994. pp. 243 -245.

Si bien en España no existe la figura del estado de necesidad defensivo, hay consenso doctrinal al afirmar que se puede aplicar de manera analógica. Así: **LUZÓN PEÑA**. (2006). *op. cit.* p. 570, que es partidario de una configuración del estado de necesidad defensivo como una *causa de justificación supralegal por analogía*.

³⁷⁶ Para Varona, por ejemplo, el problema radica en la interpretación y delimitación de la exigencia de la actualidad de la agresión, “pues según lo que se entienda por ella, estos casos podrán ser o no, tratados mediante la eximente de legítima defensa”. Pero como no se debe hacer una ampliación de los elementos de la legítima defensa, descarta el autor la posibilidad de configuración de una legítima defensa en casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores en situaciones donde no hay confrontación y plantea que estos supuestos se pueden tratar conforme a los requisitos del estado de necesidad, configurándose un estado de necesidad defensivo. Al respecto: *Vid.*: **VARONA GÓMEZ**. (2000) *op. cit.* pp. 145 y 146.

³⁷⁷ **REQUEJO CONDE**. (1999) *op.cit.* p. 131.

³⁷⁸ Así, Cfr: **STRATENWERTH** (2005). *op. cit.* §9/54. “Está fuera de toda duda que el estado de necesidad defensivo excluye el ilícito; la propia ley caracteriza la acción como <<no antijurídica>>.”. Sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad defensivo: Cfr.: **HRUSCHKA**, Joachim. “Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?”. En: NJW. 1980. pp. 21 – 23.

Para establecer la existencia de un estado de necesidad defensivo se analizan los mismos requisitos de configuración del estado de necesidad. Para la corriente que defiende esta postura, estaríamos en sede de un estado de necesidad defensivo justificante, porque se cumplen todos los requisitos de éste, a saber: a.) Hay un peligro actual, entendiendo por éste, aquel del cual puede surgir un daño, que no siendo inmediato, sólo se pueda evitar mediante una defensa rápida; es decir, la existencia un *peligro duradero*³⁷⁹; la vida y la integridad de la mujer están en constante peligro de ser lesionadas por el marido, b.) la situación de peligro actual no se pueda evitar de otro modo ya que la mujer no tenía otra opción para salvar su vida que la de matar a su agresor, c) el mal causado no es mayor que el evitado, en la medida en que la vida de la mujer está en constante peligro, d.) la mujer no creó dolosamente el peligro del cual se está defendiendo y, por último, e.) la mujer no tiene obligación alguna de sacrificarse³⁸⁰. Sin embargo, frente al requisito c.) es importante hacer una precisión. En el estado de necesidad defensivo se produce una inversión de la proporcionalidad porque cuando la persona de la que se defiende aquel cuyos bienes están en peligro, es la responsable de dicho peligro, esta persona tiene la responsabilidad (sí esta en su manos) de eliminarlo. De lo contrario el amenazado está facultado para lesionar lo bienes jurídicos del creador del peligro e, incluso, podría hacerlo “destruyendo más de lo que salva, mientras se mantengan hasta cierto

³⁷⁹ Sentencia del BGH del 15.5. 1979. -1 StR 7//9. NJW. 1979. p. 2054. **REQUEJO CONDE**. (1999) *op.cit.*. p.144. “No es suficiente por tanto la existencia de riñas o discordancias en el ámbito doméstico, sino que es preciso que exista una situación objetiva de maltrato continuado.”. Para esta autora, el concepto de peligro del estado de necesidad es una extensión del concepto de actualidad de la agresión; una agresión es puntual, mientras que las situaciones de necesidad requieren un peligro duradero y es por ello que en esta situaciones de necesidad, se puede hablar de una certeza sobre la ocurrencia de una situación de peligro objetiva, es decir, “las constantes agresiones constitutivas del proceso de maltrato”.

³⁸⁰ Ni siquiera el hecho de que se trate de su marido o compañero, actúa como una restricción para la defensa. Al respecto: Cfr. **ROXIN**. Claus. “Las <<restricciones ético-sociales” al derecho de legítima defensa. (Intento de balance)”. (Gómez Benítez. Trad.) En: CDPC. No. 17. 1982. En la misma línea: Cfr.: **IGLESIAS RIO**. (1999)A. *op.cit.* p. 420.

punto las proporciones”³⁸¹. Acá el fundamento sería la responsabilidad del causante del conflicto, por causarlo. Es decir, que lo que legitima a la mujer, en esos casos, a –incluso- llegar a matar a su marido agresor es el hecho de que él es el responsable del peligro del cual ella no tuvo otra manera de protegerse³⁸².

b. En una línea similar están los autores que consideran que estos casos son un ejemplo clásico de **defensa preventiva**, cuya solución se encuentra en la aplicación del estado de necesidad defensivo.

Por defensa preventiva se entienden aquellas circunstancias en las que la defensa se adelanta a la existencia de la agresión, porque ésta “no reviste aún el carácter de <<inminente>> ni <<actual>>, sin embargo se afirma la existencia de <<necesidad actual de la defensa>>.”³⁸³. Según un amplio sector doctrinal,

³⁸¹ JAKOBS. (1993) *op. cit.* §13/46. En la misma línea: Cfr.: COCA VILA. (2011). *op. cit.* pp 3 y 6. PAWLIK, Michael. “El estado de necesidad defensivo justificante dentro de los derechos de necesidad”. (H.D. Orozco López. Trad.). En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. XXXIV. No. 96. Universidad Externado de Colombia. Enero –junio de 2013. p. 14.

³⁸² JAKOBS. (1993) *op. cit.* §13/46. “en el estado de necesidad defensivo no se trata de solidaridad, sino de responsabilidad por la causa del conflicto”. Jakobs parte de la base de que el fundamento del estado de necesidad es el *principio de responsabilidad*. Ídem. §11/3. En la misma línea: Cfr. BALDÓ LAVILLA. (1994.). *op. cit.* p. 109. Sin embargo, siguiendo la teoría de este autor, los casos que nos ocupan no podrían resolverse a través del estado de necesidad defensivo, porque para éste el estado de necesidad defensivo tiene como presupuesto interferir defensivamente en los bienes jurídicos de un sujeto (que Baldó llama *tercero cualificado*), que si bien objetivamente es el responsable del peligro, subjetivamente no puede ser imputado por éste. Para Baldó el *tercero cualificado* es aquel que “no es totalmente ajeno a la fuente de peligro de la que deriva la situación de necesidad (...). Pero tampoco es un sujeto plenamente competente por la fuente de peligro amenazante, en cuanto que ésta no le es (plenamente) objetivo-subjetivo imputable”. En los casos como el que nos ocupa, el agresor crea el peligro de manera dolosa, por tanto éste le sería imputable subjetivamente. En contra de ello: Cfr.: COCA VILA. (2011). *op. cit.* p. 4. Para los casos de *terceros cualificados* (siguiendo el lenguaje de Baldó), este autor encuentra la solución en sede del estado de necesidad ofensivo, lo cual, a nuestro parecer, tiene más sentido, porque – en últimas- se lesionan los bienes jurídicos de quien, sin ningún tipo de intención, creó que el peligro.

³⁸³ IGLESIAS RÍO. (1999)A. *op. cit.* p. 162.

Sobre el concepto de legítima defensa preventiva (*Präventivnotwehr*) Cfr.: ROXIN. (1997). *op. cit.* §16/74. El mismo: „Anmerkung zum BGH urt. 3.2.1993 – 3 StR 356/92 “. In: NStZ. 1993. p. 335.

casos como los que nos ocupan, sería, en principio, un claro ejemplo de defensa preventiva³⁸⁴, porque no hay un ataque actual o inminente, debido a que el sujeto pasivo se encuentra durmiendo, distraído, ebrio, etc., pero realmente no lo son³⁸⁵, porque “desde el punto de vista de los respectivos ataques no actuales (...) no estarían cubiertas lícitamente las defensas ejercitadas (...) al no existir agresiones actuales sino **peligro de agresiones**.”³⁸⁶.

Para este grupo de autores, se puede afirmar la existencia de una necesidad de la defensa ante un futuro ataque (peligro de ataque) que con seguridad se producirá o reproducirá³⁸⁷. Se estaría entonces en sede de casos de agresiones futuras “que de tener que esperar la persona a su inicio no podría repelerse con eficacia o seguridad o ello devendría más gravoso, con lo que se plantea el ejercicio adelantado de la defensa como única posibilidad de salvaguardar el bien jurídico amenazado.”³⁸⁸. Y es precisamente por esos peligros de agresiones, que hacen necesaria la defensa, que este sector doctrinal encuentra la solución

³⁸⁴ **HILGENDORF**, Eric und **VALERIUS**, Brian. *Strafrecht. A.T.* 2 Aufl. C.H. Beck. München, 2015. §5/31. **KASPAR**, Johannes. *Strafrecht. A.T.* 1. Aufl. Nomos. Deutschland, 2015. §5/256. **EBERT**, Udo. *Strafrecht. A.T.* 3. Aufl. C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2001. p. 73. **MARTIN**. (2010). *op. cit.* p. 85.

Maqueda Abreu, en un artículo sobre la violencia habitual dentro del núcleo familiar, hace una breve referencia al tema que nos ocupa, enmarcando estos supuestos dentro de la defensa preventiva, pero sin dar una solución para la exoneración de la mujer que ataca a su agresor. Al respecto: *vid.* **MAQUEDA ABREU**, María Luisa. “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma.”. En: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñoz*. Arazandi. Navarra 2001. p. 1528. Nota 65. Contrarios a la aplicación de un estado de necesidad defensivo en estos casos: **PAWLIK**, Michael. *Der rechtfertigende Notstand*. WdeG. Berlín – Ney York, 2002. pp. 314. Nota 131. **RENZIKOWSKI**, (1994). *op. cit.* p. 269. **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §34/43. **HILLEMKAMP**. (1995). *op. cit.* p. 152.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ **REQUEJO CONDE**. (1999). *op. cit.* p. 131. La negrita es nuestra. En la misma línea: Cfr.: **VARONA GÓMEZ**. (2000). *op. cit.*

³⁸⁷ **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/41.

³⁸⁸ **VARONA GÓMEZ**. (2000) *op. cit.* p. 307. **IGLESIAS RÍO**. (1999) *op. cit.* p. 162. En contra de ello: **KREY**, Volker und **ESSER**, Robert. *Deutsches Strafrecht. A.T.* 5. Aufl. Verlag W. Kohlhammer. Deutschland, 2012. §14/488, quienes no consideran que las acciones defensivas contra ataques futuros sean manifestaciones de la defensa preventiva.

al problema en la aplicación de las reglas del estado de necesidad justificante. Estado de necesidad en su vertiente defensiva, porque se está reaccionando contra la fuente del peligro³⁸⁹.

Sin embargo, según Varona, quien también coincide en que se está en sede de situaciones de defensa preventiva, hay casos en los que no se podría configurar un estado de necesidad: a.) cuando la persona podía adoptar objetivamente otros medios para evitar el peligro³⁹⁰ y no lo hizo o b.) cuando el mal evitado no era igual ni mayor que el causado³⁹¹. Para estos casos, propone Varona, aplicar la eximente de miedo insuperable. Para él, los casos como el que nos ocupan son de fácil solución por vía de la eximente del miedo insuperable porque, si se cumple el supuesto de hecho a.), se alegaría que la mujer no pudo adoptar otras medidas, por el estado de miedo en el que se encontraba; y si se trata del supuesto b.), se diría que el exceso en la actuación defensiva de lesionar un bien jurídico de mayor envergadura que el que se pretendía proteger, radicó en el hecho de que el mal causado fue motivado por un estado de miedo de la mujer maltratada y, fue precisamente por ese estado de miedo, por el que le causo un mal mayor a su agresor (v.bg. la muerte)³⁹². Para este autor, el miedo

³⁸⁹ Haciendo referencia específica al caso de la muerte del tirano doméstico: **KASPAR**. (2015). *op. cit.* §5/256. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* 7/42. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/14-15. **MATT**, Holger und **RENZIKOWSKY**, Joachim/*Engländer. Strafgesetzbuch Kommentar*. Franz Vahlen. Munich, 2013. §34/15. **BAUMANN**, Jürgen, **WEBER**, Ulrich und **MITSCHE**, Wolfgang. *Strafrecht A.T.* 10 Aufl. Verlag Ernst und Werner Gieseking. Bielefeld, 1995. §17/11.

³⁹⁰ Al respecto Cfr.: **REQUEJO CONDE**. (1999) p. 145. La autora hace énfasis en que sólo se aplica el estado de necesidad si, y solo si, no hay otros medios eficaces para evitar el peligro, tales como una defensa diferente y más eficaz, o porque las medidas institucionales (llamar a la policía, irse de casa, divorciarse) no hubieran sido útiles para la protección de los amenazados. Sin embargo, explica que en los casos de mujeres maltratadas hay otros factores en juego, que las lleven a no recurrir a esas medidas institucionales. Por tanto, aboga la autora porque el análisis de este requisito, en estos casos, se haga teniendo en cuenta el punto de vista y la situación de la mujer.

³⁹¹ **VARONA GÓMEZ**. (2000) *op.cit.* pp. 309 y 310.

³⁹² *Ídem*. p. 310. De lo anterior, podemos concluir que este autor defiende una posición en la que la eximente de miedo insuperable es aplicable incluso cuando el mal causado fuese mayor que el mal amenazante.

insuperable actúa - en estos casos - como una alternativa para eximir de responsabilidad a la mujer, cuando no se puede apreciar claramente un estado de necesidad, ya que son situaciones “en las que, precisamente, el miedo a la agresión futura puede ser la causa de la defensa adelantada o preventiva.³⁹³”.

Pretende entonces, evitar que se castiguen penalmente supuestos que no lo merecen, porque no se cumplen las reglas del estado de necesidad defensivo³⁹⁴.

Si bien consideramos que la solución propuesta por Varona es interesante y viable, surge una duda: ¿en qué casos el mal evitado no es igual ni mayor que el causado?. La mayoría de casos de mujeres que son maltratadas de manera reiterada por sus pareja, terminan en la muerte de la mujer a manos de su compañero sentimental³⁹⁵. Lo anterior implica que, en algunos casos, la mujer está evitando el mismo mal que causa, es decir, su muerte³⁹⁶. En términos de ponderación de bienes jurídicos, se está en sede de un conflicto entre la vida de la mujer y la vida del agresor, por tanto no parece viable que se de un supuesto como éste en casos como los que nos ocupan y, por ende, no habría necesidad de recurrir a la aplicación del miedo insuperable.

³⁹³ *Ibídem*.

³⁹⁴ *Ibídem*. “El principal motivo para apoyar la aplicación del miedo insuperable en los supuestos de la legítima defensa preventiva es que el tratamiento de estos casos únicamente mediante las reglas del estado de necesidad, podría conducir en nuestro sistema penal a castigar penalmente supuestos que no parecen merecerlo, ofreciéndose aquí la eximente de miedo como un posible y adecuado remedio para estas situaciones.”

³⁹⁵ Al respecto: Cfr.: *III Informe Internacional: Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación*. Instituto de Estudios sobre Violencia Centro Reina Sofía de la Universidad Internacional Valenciana (VIU). 2010. p. 86 y ss.

³⁹⁶ En esta línea: Cfr.: **LARRAURI**. (2008). *op. cit.* P. 91 “Los bienes jurídicos que deberán considerarse en la ponderación de males serán, en ocasiones, la vida de la mujer (amenazada) frente a la vida del marido.”.

El análisis de ponderación debe hacerse de una manera adecuada³⁹⁷. El hecho de que la mujer sea maltratada y agredida físicamente no quiere decir solamente que sea su integridad personal la que está en peligro. Su vida está en un constante peligro; normalmente el agresor le ha dejado claro que va a matarla en algún momento. Sugerir que hay situaciones en las que, en estos casos, el mal evitado podría ser inferior al mal causado, es el resultado de un análisis de ponderación superficial que no toma en cuenta todo el contexto de coacción y violencia en el que vive la mujer³⁹⁸.

c. Recapitulando, la doctrina que considera que se está frente a un caso de defensa preventiva que se soluciona a través de el estado de necesidad justificante, entiende que hay un adelanto a la acción defensiva, porque la agresión no se ha configurado, pero hay indicios objetivos de que se va a configurar. Estos indicios son los que configuran el peligro constante.

El encontrar la solución a los casos de defensa preventiva en el estado de necesidad defensivo³⁹⁹, pone de manifiesto cómo éste es una especie de legítima

³⁹⁷ Así por ejemplo, **CEREZO MIR**, José. "La regulación del estado de necesidad en el código penal español". En: Estudios penales y criminológicos. No. 10. 1985-1986. p. 61.

³⁹⁸ Una opinión similar, con algunas variantes: Cfr.: **REQUEJO CONDE**. (1999) *op.cit.* p.144 y ss. Esta autora recuerda que la ponderación de intereses salvados sobre la de los perjudicados con la reacción defensiva, se debe llevar a cabo de forma razonable y adecuada y no "en términos de cuantificación", ya que "quien constante y masivamente amenaza a su familia, infiriendo maltratos continuos se sitúa fuera de las reglas de la comunidad jurídica, y no debe exigir una respuesta de absoluta protección, ni hacerse prevalecer sus derechos frente a los sujetos amenazados, (...) ni exigir a estos un comportamiento más allá de lo razonable.". Una argumentación similar, pero en sede de legítima defensa: **PALERMO**, Omar. *La legítima defensa. Una revisión normativista*. Hammurabi. Argentina, 2007. pp. 287 y ss.

³⁹⁹ La mayoría de la doctrina coincide en resolver los casos de defensa preventiva a través de las reglas del estado de necesidad defensivo (no sólo los casos de mujeres maltratadas que matan a sus maridos en situaciones donde no hay confrontación). Cfr.: **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* § 12/27. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §34/30. **KÜHL**, Kristian. "Angriff und Verteidigung bei der Notwehr (I)". En: JURA. 1993. p. 62. **MAURACH**, Reinhart und **ZIPF**, Heinz. *Strafrecht. A.T.* T1. C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg, 1987. §26/24. **PAWLIK**. (2013)A. *op. cit.* pp. 20 y 21. **RENGIER**, Rudolf. *Strafrecht. A.T.* 7 Aufl. C.H. Beck. Nordlingen, 2015. §18/22. "Präventives Handeln ist nur in den Grenzen des §34 erlaubt.". **OTTO**. (2000). *op.*

defensa a la que se le amplía el requisito temporal. Porque si una defensa preventiva se configura en aquellas situaciones en las que, de no adelantarse la acción defensiva, se hubiese configurado una legítima defensa y el estado de necesidad defensivo aplica para solucionar estas situaciones, entonces éste último es una especie de legítima defensa preventiva en la que se permite defenderse anticipadamente de una agresión, porque los indicios que llevan a creer que ésta se va a dar, son constitutivos, *per sé*, de un peligro continuado.

cit. §8/41, que si bien no hace referencia específica al término *defensa preventiva*, establece que la solución a casos riesgosos en los que aún no hay ataque se encuentra en la aplicación de las reglas del §34 StGB. *Müko/ERB.* (W. Joecks und K. Mießbach. Coords.). Verlag C.H. Beck. München, 2003. §32/97. **STRATENWERTH** und **KUHLEN.** (2011). *op. cit.* §9/69. **GROPP,** Walter. *Strafrecht. A.T.* 4 Aufl. Springer. Deutschland, 2015. pp. 199 y 200/ 145, quien considera que las situaciones de defensa preventiva pueden solucionarse o través del estado de necesidad justificante (§34 StGB) o el exculpante (§35 StGB). **ROXIN,** Claus. „Von welchen Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?“. In: GdS für Zong Uk Tjong. (H. Jescheck/J.Kim/H. Nishihara/ H. Schreiber. Coords.). Seibundo Verlag. Tokio, 1985. pp. 147 y 148. **El mismo.** (1997). *op. cit.* §16/72. En contra de solucionar los casos de defensa preventiva a través de las reglas del estado de necesidad justificante, en su manifestación defensiva: **KREY** und **ESSER.** (2012).*op. cit.* §14/492. Estos autores parten de la base de que el peligro actual propio del estado de necesidad es diferente a la agresión actual característica de la legítima defensa; por tanto, afirmar que las situaciones de defensa preventiva se solucionan a través del estado de necesidad defensivo, implica asimilar dos conceptos diferentes, lo cual es un error. **ZILIO,** Jacson. *Legítima Defensa. Las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal.* Ediciones Didot. Argentina, 2012. p. 141. A su juicio, los casos de defensa preventiva nunca deben ser tolerados. “Si alguien piensa ahora que en el futuro será víctima de una agresión antijurídica, debe simplemente pedir ayuda de la autoridad estatal, antes de hacer uso ilegal y precipitado de la violencia. No existe incluso ni estado de necesidad en tales situaciones, puesto que también falta el peligro actual (...)”.

CAPÍTULO SEGUNDO: SOLUCIONES EN SEDE DE EXCLUSIÓN DE CULPABILIDAD.

II. 1. Estado de necesidad exculpante (§35.1 StGB) y el error sobre las circunstancias del estado de necesidad exculpante (§35.2 StGB): Las soluciones de la jurisprudencia alemana.

Varios casos de muerte del maltratador a manos de la agredida en situaciones sin confrontación han llegado a los Tribunales alemanes. Y a diferencia de lo que sucede en el mundo anglo norteamericano, en donde las posiciones doctrinales permean la jurisprudencia, en Alemania sucede exactamente lo contrario: los pronunciamientos jurisprudenciales parecen guiar a los doctrinantes a la hora de adoptar una posición respecto al tema concreto. Así, aquél sector doctrinal que se ha ocupado de la problemática de la muerte del tirano de casa, apoya, mayormente, su argumentación en las decisiones jurisprudenciales⁴⁰⁰.

Dichas decisiones oscilan entre la aplicación de un estado de necesidad exculpante consagrado en el §35.1 StGB⁴⁰¹ o un error sobre éste (§35.2 StGB).

1.a. El estado de necesidad consagrado en el §35 StGB⁴⁰² es una causa de ausencia de culpabilidad que reposa sobre la idea de que una persona en una

⁴⁰⁰ Para un amplio análisis de las decisiones jurisprudenciales en estos casos: Vid.: **BUCHKREMER**, Wiebke. *Präventive Verteidigung. Der präventive Defensivnotstand bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffsopfers am Beispiel der Haustyrannenmordfälle*. Nomos. Deutschland, 2008. pp. 74 -84. **OLMEDO CARDENETE**, Miguel. "La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: Tratamiento del denominado <<Haustyrann>>. En: CDPC. Segunda época. No. 82. Enero de 2004. pp. 205 -221.

⁴⁰¹ Posición que respalda un sector reducido de la doctrina.

situación excepcional puede haber actuado de manera antijurídica, pero por la misma condición excepcional de la situación, su conducta no merece un castigo⁴⁰³. La persona sacrifica un bien jurídico, en aras de salvaguardar otro, por lo que se da una colisión de intereses que se deben ponderar⁴⁰⁴.

En este orden de ideas, para que se configure un estado de necesidad disculpante, en el sentido del §35.1 StGB, se necesita que exista un peligro para la vida, la integridad o la libertad⁴⁰⁵ del autor, de alguien de su familia o de otra persona cercana⁴⁰⁶. Estos son los únicos bienes jurídicos susceptibles de protección a través de esta figura, ya que están explícitamente enumerados en la norma.

⁴⁰² Para una completa exposición sobre la evolución de la norma en el sistema alemán: *Vid.: HEFERMEHL, Hendrik. Der verursachte entschuldigende Notstand. (§35 Abs. 1 Satz. 2, 1. Beispielsfall, StGB). Dissertation. Tübingen, 1980. pp. 33 – 54.*

⁴⁰³ **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON** (2014). *op. cit.* §35/2.

⁴⁰⁴ Así: **PEÑA-WASAFF, Silvia. Der Entschuldigende Notstand. Dissertation. Tübingen, 1979. pp. 72-83.** En la misma línea: **VON HEINTSCHEL-HEINEGG/Momsen.** (2015). *op. cit.* §35/3. **KÜHL.** (2012): *op. cit.* §12/13. **STRATEWERTH und KUHLEN.** (2011). *op. cit.* §10/105. **HEFERMEH.** (1980). *op. cit.* pp. 12 – 14.

Aunque algunos autores entienden el estado de necesidad como una manifestación de la prevención especial. Así: *Vid.: Por todos: JAKOBS.* (1993). *op. cit.* §20/4.

⁴⁰⁵ Por libertad sólo se hace referencia a la libertad de locomoción. *Vid.: WESSELS, BEULKE und SATZGER.* (2013). *op. cit.* §10/436. **GROPP.** (2015). p. 296/133.

Por ejemplo, la libertad sexual no estaría dentro de los bienes jurídicos susceptibles de protección, a través de esta figura. Al respecto: *Vid.: LK/Zieschang* (H.Laufhütte/R. Rissing-van Sann/ K. Tidemann. Coords.) 12 Aufl. De Gruyter Recht. Berlin, 2015. §35/15. **ROXIN, Claus. Strafrecht. A.T. 4. Aufl. C.H. Beck. München, 2006. §22/28,** quien considera que la libertad sexual se debe añadir al grupo de bienes jurídicos susceptibles de protección. **FRISTER.** (2015). *op. cit.* §20/4. **KÜHL.** (2012): *op. cit.* §12/30.

⁴⁰⁶ **MüKo/Müssig.** (2003). *op. cit.* §35/12-16. **RENGIER.** (2015)A. *op. cit.* §26/5. **VON HEINTSCHEL-HEINEGG/Momsen.** (2015). *op. cit.* §35/12. **LK/Zieschang.** (2015). *op. cit.* §35/9. El Código Penal austriaco (§10) es más amplio en este sentido. No enumera los bienes jurídicos susceptibles de protección a través del estado de necesidad exculpante, sino que se limita a decir que sólo será reconocido en caso de que bienes jurídicos individuales estén en juego. Al respecto: *Vid.: KIENAPFEL, HÖPFEL und KERT.* (2012). *op. cit.* p. 130/7-10.

Este peligro debe ser actual, es decir, que está sucediendo en el momento o un peligro continuo (*Dauergefahr*)⁴⁰⁷, causado por un hecho de la naturaleza, por el estado de las cosas o por una acción humana⁴⁰⁸. Así mismo, la acción de evitación debe constituir un hecho antijurídico y debe ser la única forma de eludir el peligro. Dicho de otro modo, no deben haber otras formas de evitar el peligro, que estén al alcance del autor⁴⁰⁹.

Lo anterior es lo que va a constituir la necesidad en la que encuentra sus bases esta causa de ausencia de culpabilidad. Pero no sólo la no posibilidad de evitar el peligro de otra manera es constitutiva del concepto de necesidad. La exigencia de que el peligro sea evitado a través de medios relativamente moderados, también va a ser parte de la necesidad⁴¹⁰. Así, se establece una relación entre ello y el concepto de proporcionalidad, ya que esos medios relativamente moderados, deben ser además proporcionados con respecto al peligro que se enfrenta⁴¹¹. Esta idea de proporcionalidad encuentra fundamento en la situación de colisión de intereses, característica de los supuestos de estado de necesidad⁴¹².

Existe una restricción de *lege lata* (§35.1.2 StGB) a la aplicación del estado de necesidad exculpante, relativa a que éste no se reconoce en los casos en los que

⁴⁰⁷ SK- StGB/Rogall. (2012). *op. cit.* §35/16 y 17. MüKo/Müßsig. (2003). *op. cit.* §35/22. SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON. (2014). *op. cit.* §35/10, 11 y 12. VON HEINTSCHEL-HEINEGG/Momsen. (2015). *op. cit.* §35/10. LK/Zieschang. (2015). *op. cit.* §35/29. JÄGER. (2013). *op. cit.* §5/192. STRATEWERTH und KUHLEN. (2011). *op. cit.* §10/108.

⁴⁰⁸ MüKo/Müßsig. (2003). *op. cit.* §35/21. LK/Zieschang. (2015). *op. cit.* §35/21, 22 y 23.

⁴⁰⁹ BERNSMANN, Klaus. "Entschuldigung" durch Notstand. Carl Heymanns Verlag KG. Deutschland, 1989. p. 106. HEINRICH. (2012). *op. cit.* §17/570. EBERT. (2001). *op. cit.* p. 107.

⁴¹⁰ MüKo/Müßsig. (2003). *op. cit.* §35/26, 27 y 28. LK/Zieschang. (2015). *op. cit.* §35/44. RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §26/9. PEÑA- WASAFF. (1979). *op. cit.* p. 111. BERNSMANN. (1989). *op. cit.* p. 106 y 107. KÜHL. (2012): *op. cit.* §12/48.

⁴¹¹ SK- StGB/Rogall. (2012). *op. cit.* §35/18. MüKo/Müßsig. (2003). *op. cit.* §35/34. HEINRICH. (2012). *op. cit.* §17/571. KÜHL. (2012): *op. cit.* §12/87 y 88. GROPP. (2015). *op. cit.* p. 297/140.

⁴¹² Por el contrario, así entendida, la proporcionalidad no hace parte de los requisitos de configuración de la legítima defensa. Sobre esto volveremos más adelante.

la persona está obligada a tolerar el peligro debido a una circunstancia particular⁴¹³, o porque está obligado por una especial relación jurídica⁴¹⁴ o porque haya sido el mismo quién generó o provocó el peligro⁴¹⁵. Sin embargo, en situaciones de especiales relaciones jurídicas, cuando el autor esté obligado a tolerar el peligro, la pena del delito cometido se atenuará conforme a las reglas del §49.1.

Por último, el actor debe realizar la acción movido por una voluntad de evitar el peligro o intención de rescate (*Rettungsabsicht*). Esto configura el elemento subjetivo de esta eximente de responsabilidad⁴¹⁶.

El art. 20.5 del CPe. establece que aquél que “en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber” estará exonerado de responsabilidad penal, si a.) el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar, b.) la situación de necesidad no fue provocada de manera intencional por quien que ejerce la acción de salvamento y c.) y que sobre él no recaiga una obligación de sacrificio. Dentro de la misma disposición se regulan las situaciones de estado de necesidad justificante (mal propio o ajeno) y exculpante (infracción de un deber – colisión de deberes), cosa que no sucede en la regulación alemana en donde el estado de necesidad justificante está

⁴¹³ Por ejemplo una posición de garante. Al respecto: *Vid.: EBERT. (2001). op. cit. p. 108.*

⁴¹⁴ Al respecto: *SK- StGB/Rogall. (2012). op. cit. §35/37.* La relación jurídica no debe haberse establecido de manera voluntaria, como es el caso de los policías, bomberos o socorristas. En la misma línea: *EBERT. (2001). op. cit. p. 108. KREY und ESSER. (2012). op. cit. §22/759.*

⁴¹⁵ *RENGIER. (2015)A. op. cit. §26/17. SK- StGB/Rogall. (2012). op. cit. §35/26. WESSELS, BEULKE und SATZGER. (2013). op. cit. §10/440.*

Esta restricción es similar a las restricciones ético – sociales a la legítima defensa. La gran diferencia es que la primera está consagrada en la ley y las segundas no. Sin embargo, la restricción referente a las situaciones donde el autor ha provocado el peligro, es bastante similar a la misma restricción que se configura en sede de legítima defensa. De este tema nos ocuparemos más adelante.

⁴¹⁶ *MüKo/Müssig. (2003). op. cit. §35/36-38. RENGIER.(2015)A. op. cit. §26/11. VON HEINTSCHEL-HEINEGG/Momsen. (2015). op. cit. §35/25. BERNSMANN. (1989). op. cit. pp. 103 -106. HEINRICH. (2012). op. cit. §17/579. FRISTER. (2015). op. cit. §20/16. JÄGER. (2013). op. cit. §5/193. KÜHL. (2012): op. cit. §12/55-58.*

contenido en el §34 StGB y el exculpante o colisión de deberes, en el §35.1 StGB⁴¹⁷.

El art. 20.5 literal b del CPe. consagra como requisito para la configuración de la causa de ausencia de responsabilidad, que el sujeto no haya sido el mismo que haya provocado la situación de necesidad. Ello, se ve reflejado en la regulación alemana en el §35.1.2 donde se restringe la aplicación del estado de necesidad en estas situaciones. Este artículo también restringe la aplicación de la figura en casos en los que el sujeto no esté obligado a tolerar el peligro pero a diferencia de la regulación española, hay una reducción punitiva en casos de que quien obligado a tolerar un peligro, ejerza una acción de salvamento.

Por último, el art. 25.2 del CPe no restringe, como sí lo hace el §35.2., la aplicación del estado de necesidad a situaciones donde se ponga en peligro la vida, la integridad o la libertad.

1.b. La sentencia del *BGH* del 12.7.1966, reconoce la configuración de un estado de necesidad exculpante en un caso en el que las víctimas (madre e hija) de un tirano doméstico, le dan muerte a éste en una situación sin confrontación. Los hechos pueden resumirse como sigue:

F y su madre eran víctimas de agresiones constantes por parte de su padrastro y marido respectivamente, quien – además - abusaba frecuentemente del alcohol. En la tarde del 28. 8. 1964 F, ataca por detrás a su padrastro y lo golpea con un sartén en la cabeza. Luego su madre lo hace también, repitiendo esto en varias ocasiones, hasta que el sujeto muere.

⁴¹⁷ Al respecto: *Vid.*: Por todos: **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* pp. 464 -467. **GIMBERNAT ORDEIG**, Enrique. "Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la ejecución de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En: *Justificación y exculpación en Derecho Penal. (Coloquio Hispano – Alemán de Derecho Penal)*. (A. Esser/ E. Gimbernat/W. Perron. Eds). Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1995. p. 68.

Las dos acusadas fueron condenadas. F pasó a las jurisdicción de menores donde fue condenada por asesinato a un año de prisión, mientras que su madre fue acusada y condenada por un delito de homicidio a dos años y seis meses de prisión. Apelaron la decisión y el *BGH* conoció del caso⁴¹⁸.

Luego de analizar el caso, concluye el *BGH* que frente a las dos mujeres se puede configurar un estado de necesidad exculpante. Esto es así porque ellas se encontraban frente a un peligro constante, debido a los malos tratos del difunto⁴¹⁹ y agrega que el estado de necesidad excusa todos los casos, incluso aquellos casos extremos en los que la acción del actor es la que va a rescatarlo a él o a un miembro de su familia de un peligro inminente para la vida o la integridad⁴²⁰.

Respecto a *F*, remarca el *BGH* que de los hechos del caso se puede extraer que ella no tenía otra forma de salvarse a si misma y a su madre. La primera había hablado con la segunda, pero era evidente que ésta estaba desmoralizada y asustada. De los hechos también se desprende que las autoridades no intervinieron lo suficiente, aún conociendo el comportamiento violento del difunto. Por lo que el *BGH* considera que la no actuación de la autoridad se debió al miedo que le tenían al agresor⁴²¹.

Respecto a la madre de *F*, concluye el *BGH* que si bien en principio se podría pensar que tenía otras formas de evitar el peligro, obligarla a irse de la casa o a internar al marido por su adicción al alcohol, implicaba forzarla a soportar el maltrato constante del agresor, mientras se llevaban a cabo las medidas

⁴¹⁸ Sentencia del *BGH* del 12.07.1966 - 1 StR 291/66. NJW. 1966. p. 1823.

⁴¹⁹ *Ídem*. p. 1824. En la misma línea se encuentra el Tribunal Federal suizo en dos sentencias sobre la muerte del tirano doméstico, a manos de la víctima, reconoció que ésta (o éstas) se encuentran en un peligro permanente. Al respecto: **TRECHSEL**. (2000). *op. cit.* pp. 183 -185.

⁴²⁰ Sentencia del *BGH* del 12.07.1966 - 1 StR 291/66. NJW. 1966. p. 1825.

⁴²¹ *Ídem*. p. 1824.

alternativas⁴²². Por todo lo anterior, concluye el *BGH* que se configura, en este caso, un estado de necesidad exculpante⁴²³.

Como se mencionó anteriormente, existe un sector de la doctrina alemana que, siguiendo esta jurisprudencia del *BGH*, encuentra la solución a estos casos en el §35.1. StGB.

Roxin considera que se está en presencia de un estado de necesidad exculpante por dos razones. La primera, porque el peligro permanente en el que se encuentra la mujer víctima del tirano, está contemplado por la mencionada disposición del StGB⁴²⁴. En estos casos hay un peligro actual que comprende un periodo de tiempo mayor al de la actualidad de la agresión en la legítima defensa⁴²⁵. La segunda, porque juicio del mencionado autor, el derecho de matar sólo se configura en un contexto de legítima defensa o en uno de estado de necesidad defensivo, cuando el peligro es asimilable a la agresión y como – según Roxin – en este caso no se está en ninguna de estas situaciones, este hecho sólo se exculpa a través del §35 StGB⁴²⁶.

⁴²² *Ídem*. p. 1825.

⁴²³ En una línea similar se encuentra la sentencia del *BGH* del 1 de junio de 1965. GA. 1967. pp. 113 -114., donde se reconoce la aplicabilidad del del estado de necesidad disculpante en los casos de muerte del tirano doméstico. Al respecto: **OLMEDO**. (2004). *op. cit.* p. 218. Con referencias jurisprudenciales. Olmedo parece estar en contra de esta solución porque estos análisis así realizados, suponen integrar al juicio de inevitabilidad otros elementos ajenos a la voluntad del autor. p.219.

⁴²⁴ **ROXIN**. (2006). *op. cit.* §22/16. En la misma línea: **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §35/20.

⁴²⁵ **ROXIN**. (2006). *op. cit.* §22/17.

⁴²⁶ *Ídem*. §16/87. En contra: **TRECHSEL**. (2000). *op. cit.* p. 186. A su juicio, solucionar estos casos a través del estado de necesidad implica juzgar el acto de salvación como si éste estuviese dirigido contra un espectador inocente, cuando en realidad se dirige contra alguien que ha actuado de manera altamente antijurídica. Por ello, considera este autor, que se viola el sentido de la justicia en la medida que no se refleja en los fallos judiciales la diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad, que radica en el hecho de que en la primera, una persona va a matar a otra como resultado de un comportamiento antijurídico de ésta.

2.a. Ahora bien, respecto al error del §35.2, se puede decir que esta disposición contiene dos consecuencias diferentes. La primera, es una atenuación punitiva y la segunda consecuencia es una exoneración de pena. La aplicación de la atenuación o de la exoneración, dependerá del tipo de error que se configure, vencible e invencible respectivamente⁴²⁷. Para establecer el monto de pena en aquellos casos en los que se está en sede de un error vencible, se sigue lo dispuesto en el § 49.1 del StGB⁴²⁸.

A su vez, el error al que se hace referencia en el §35 StGB se puede configurar de dos formas. Así, se configuraría el error cuando la persona creyó que se encuentra en un peligro para su vida, integridad o libertad y con el fin de evitar la materialización del peligro, comete un hecho antijurídico, pero dicho peligro no existe en realidad. O, cuando, existiendo el peligro, la persona tiene otros medios para evitarlo diferentes a la comisión del hecho antijurídico; es decir, cuando la comisión del hecho antijurídico no es necesaria para evitar el peligro⁴²⁹.

El error inevitable y, por tanto, excluirá la responsabilidad penal, cuando se demuestre que la persona no tenía manera alguna de darse cuenta de que no estaba frente a ningún tipo de peligro, o bien, que, debido a la situación en la que se encontraba, estaba convencida de que no tenía otra opción para evitarlo⁴³⁰. Y por lógica de exclusión, el error será evitable si lo anterior no se

⁴²⁷ **EBERT.** (2001). *op.cit.* p. 159. **KÜHL.** (1993). *op. cit.* p.64.

⁴²⁸ **SCHÖENKE/SCHÖEDER/PERRON.** (2014). *op. cit.* §35/43. **ST-StGB.** (2012). *op. cit.* §35/47. **STRATEWERTH und KUHLEN.** (2011). *op. cit.* §10/121.

⁴²⁹ **KASPAR.** (2015). *op. cit.* § 7/665. **LK/Zieschang.**(2015). *op.cit.* §35/74. **SCHÖENKE/SCHÖEDER/PERRON.** (2014). *op. cit.* §35/42. **WESSELS, BEULKE und SATZGER.** (2013). *op. cit.* §11/459 y 460.

⁴³⁰ **LK/Zieschang.** (2015). *op. cit.* §35/72. **SCHÖENKE/SCHÖEDER/PERRON.** (2014). *op. cit.* §35/42. **KREY und ESSER.** (2012). *op. cit.* §22/762.

Esta ausencia de responsabilidad se fundamenta en el hecho de que se incurrió en un error disculpante (*Entscheidungungirrtum*). No obstante, no es claro que elemento de la teoría del delito se elimina para justificar la ausencia de responsabilidad penal. Lo anterior radica en el hecho de que la naturaleza del error es objeto de debate por parte de la doctrina alemana. Así,

demuestra. Entonces, en este caso, aplicaría lo dispuesto en el §49.1 del StGB. Esta norma prevé las circunstancias legales especiales de atenuación (*Besondere gesetzliche Milderungsgründe*).⁴³¹.

2.b. Como se dijo en páginas anteriores, el sector doctrinal que encuentra la solución en el error sobre el estado de necesidad exculpante, sigue la jurisprudencia alemana sobre el tema. De ello deriva la importancia de el ya

mientras algunos consideran que es un error de tipo, otros creen que es uno de prohibición o es considerado, por otros, como una tercera manifestación de esta categoría dogmática. Es decir, no es ni un error de tipo, ni uno de prohibición. Sobre la discusión y con diferentes posiciones: *Vid.*: **BERNSMANN**. (1989). *op. cit.* pp. 441 -443. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §35/28. **MüKo/Müssig**. (2003). *op. cit.* §35/79. **LK/Zieschang**. (2015). *op. cit.* §35/72, quien asegura que este error hace parte de un tercer grupo de errores. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §13/83. Para quién se configura un error de tipo. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §26/39, quien aclara que este error no es una manifestación del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §20/18. Según este autor, en estos casos, aplican las reglas del error de prohibición (§17 StGB). **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §22/762. Estos autores consideran que este es un “error de su propia especie” (*Irrtum eigener Art*), pero que se moldea en el error de prohibición. (§17 StGB). En una línea similar: **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 604/243. **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §23/12, quienes lo consideran una manifestación del error de prohibición.

Alejándose de lo anterior, se encuentra el sector doctrinal que considera que es una causa de ausencia de culpabilidad que se aplica por analogía al §35 StGB. Así: **SCHÖENKE/SCHÖEDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §35/42. **HILGENDORF und VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §8/62. **WESSELS, BEULKE und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §11/489.

⁴³¹ „§ 49 **Besondere gesetzliche Milderungsgründe** (1) Ist eine Milderung nach dieser Vorschrift vorgeschrieben oder zugelassen, so gilt für die Milderung folgendes: 1. An die Stelle von lebenslanger Freiheitsstrafe tritt Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren. 2. Bei zeitiger Freiheitsstrafe darf höchstens auf drei Viertel des angedrohten Höchstmaßes erkannt werden. Bei Geldstrafe gilt dasselbe für die Höchstzahl der Tagessätze. 3. Das erhöhte Mindestmaß einer Freiheitsstrafe ermäßigt sich im Falle eines Mindestmaßes von zehn oder fünf Jahren auf zwei Jahre, im Falle eines Mindestmaßes von drei oder zwei Jahren auf sechs Monate, im Falle eines Mindestmaßes von einem Jahr auf drei Monate, im übrigen auf das gesetzliche Mindestmaß.“

Al respecto: *Vid.*: **LK/ Theune**. (2015). *op. cit.* §49/7-18. **MüKo/Franke**. (2003). *op. cit.* §49/3 y 4 . **VON HEINTSCHEL- HEINEGG**. (2015). *op. cit.* §49/4 y 5. **SK- StGB/Horn/Wolters**. (2012). *Op. cit.* §49/1-8. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Stree/Kinzig**. (2014). *op. cit.* §49/1-7. **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §22/762. **HILGENDORF und VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §8/60.

citado *Haustyrannen-Fall* de 2003, en el que el BGH establece claramente que en estos casos se configura un error del §35.2 StGB⁴³².

Como en páginas anteriores nos ocupamos de la narración de los hechos de este caso⁴³³, procederemos a exponer las consideraciones del BGH. Según éste, la negativa del tribunal inferior de analizar la concurrencia de la legítima defensa es correcta. Igualmente correcta, a sus ojos, es la configuración de la alevosía en este caso porque la mujer se aprovechó de la situación de indefensión en la que se encontraba el marido, al estar dormido⁴³⁴.

Considera el BGH que el hecho es antijurídico y que no se configura una legítima defensa. Sin embargo, a los ojos de este órgano juzgador, el tribunal inferior debió haber analizado la existencia de otras causas de ausencia de responsabilidad. Por ello, hace una análisis de las que a su juicio debieron ser, al menos, analizadas.

Así, el BGH, inicia descartando la existencia de un estado de necesidad justificante, porque éste conlleva una ponderación de intereses referente a que el bien jurídico protegido sea preponderante al lesionado. En este caso los intereses a valorar serían la vida de la acusada y la de sus hijas contra la del difunto, pero recuerda el BGH que en casos de colisión vida -vida, tal ponderación no se puede hacer, porque ninguna vida es más importante que otra⁴³⁵.

Siguiendo con el análisis, el BGH afirma que se debió haber analizado la posible configuración de un estado de necesidad exculpante o un error sobre los presupuestos de éste. Anota el BGH que cuando existe un peligro actual para la

⁴³² OTTO. (2004). *op. cit.* pp. 142 -143.

⁴³³ *Vid.: Supra*. Primera parte. Capítulo único. I.1. C.).

⁴³⁴ Sentencia del BGH del 25 de marzo de 2003. NJW. 2003. p. 2465.

⁴³⁵ *Ídem*. p. 2466.

vida o la integridad del autor, el hecho antijurídico puede estar disculpado, si éste era la única manera para apartar el peligro. Además, un peligro continuo cabe dentro de la definición de peligro actual propio del estado de necesidad.

De los hechos del caso se desprende que la acusada y sus hijas se encontraban en un peligro continuo para su integridad y posiblemente para su vida, ya que los actos violentos del marido de la acusada se habían extendido en el tiempo, durante aproximadamente 15 años y había una posibilidad de agresiones en el futuro. En estos casos, el peligro continuado se entiende como actual porque el daño al bien jurídico puede suceder en cualquier momento, cosa que a los ojos del *BGH* sucede en este caso y por ello era necesaria una acción inmediata.

Continúa el *BGH* revisando uno por uno los requisitos de configuración del estado de necesidad exculpante, a la luz de este caso. En esta línea, afirma que la mujer no creó el peligro y tampoco tenía que aceptar el riesgo porque estaba casada con el difunto (§35.1.2. *StGB*). Por tanto, la aplicación de la eximente depende entonces de si el peligro podría haber sido evitado de otro modo. Según el *BGH* había otros medios para evitar el peligro, como la ayuda oficial, que la mujer fuera a una institución caritativa, sacar a las niñas de la casa, buscar refugio, avisar a la policía e interponer una denuncia. Así las cosas concluye el tribunal que el peligro podría haber sido evitado de otra manera⁴³⁶.

Para el Tribunal es importante tener en cuenta la historia de maltrato, a la hora de establecer la inevitabilidad del peligro.⁴³⁷

Sin embargo, recuerda que si la acusada estaba segura de que no tenía otras opciones de salvamento diferentes y su error era invencible, entonces podría ser exculpada a través del §35.2 *StGB*, pero si era vencible, entonces podría

⁴³⁶ *Ídem.* p. 2467.

⁴³⁷ *Ídem.* p. 2468.

aplicársele una reducción punitiva con arreglo al §49.1 StGB⁴³⁸. Con base en lo anterior, el *BGH* anula el juicio realizado y ordena la realización de uno nuevo.

En la misma línea encontramos la sentencia del *LG* de Offenburg del 24 .07. 2002, cuyos hechos pueden resumirse como sigue:

La acusada conoció a su marido *J* en el verano de 1989. Ella era una muchacha tímida, mientras que él era un hombre corpulento que abusaba frecuentemente del alcohol.

Desde el inicio de la relación *J* agredía físicamente a la acusada. La golpeaba de repente, en ocasiones, frente a otras personas. Durante los primeros años de relación, ella se fue varias veces de la casa, sin embargo *J* lograba que regresara, de una manera u otra.

Se casaron y la situación de malos tratos continuó. Además, él le prohibió estar en contacto con sus padres y amigos, debido a los celos enfermizos que padecía. Esto terminó por aislar a la acusada de todos sus allegados, siendo incluso, despedida de su trabajo.

J humillaba a la acusada de manera constante. La acusaba de no satisfacerlo sexualmente y la amenazaba con buscarse otra mujer “para la cama”, mientras que ella sería la encargada de limpiar y atenderlo. En una ocasión la obligó a llevarlo a un prostíbulo y esperarlo afuera de éste, para luego llevarlo a casa, ya que *J* no tenía licencia de conducción.

En otra ocasión la obligó a llamar a sus padres y a decirles que se iba a ir de la casa, para conocer la opinión que sus suegros tenían de él. Una vez constató que a su suegra le alegraba la noticia, le prohibió a su esposa el contacto con su madre.

⁴³⁸ *Ibidem*.

Las agresiones físicas, psicológicas y sexuales continuaron: durante una discusión le fracturó el dedo meñique porque se negó a tener relaciones sexuales con él. Varias veces, en presencia de terceros, amenazó con matarla. Era común que él entrara a la habitación de la casa en la que se encontraba su esposa con un cuchillo que le ponía en la garganta, para luego amenazarla de muerte.

Ella seguía las órdenes de su marido, porque sabía que cualquier desobediencia iba a desencadenar una reacción violenta por parte de él, contra ella.

La acusada no soportaba más esta vida y en varias ocasiones manifestó su intención de irse de la casa. Él le dejó claro que nunca iba a permitirle irse y que si lo intentaba, él podría encontrarla en cualquier parte. De igual manera, amenazó con tomar represalias contra su familia, si ella se iba de la casa. Una de las veces en que ella amenazó con dejarlo, él le cortó la cara con un cuchillo.

A principios de febrero del año 2000, la acusada se fue de la casa, aprovechando la ausencia de su marido. Sin embargo, por miedo a las amenazas previas de su marido, decidió regresar.

La pareja tenía un hijo en común. La acusada temía también por la vida de él. En algún momento pensó en suicidarse, pero descartó esta idea porque no podía dejar solo a su hijo, en manos de su marido. Cada día se encontraba más enferma físicamente y desesperanzada. No era capaz de realizar las tareas del día a día.

El día 1.10.2001, después de una fuerte caída, J se fue a dormir. La acusada se levantó de la cama, porque no podía conciliar el sueño, y se dirigió a la cocina. Allí reflexionó sobre su situación desesperada, de la que estaba convencida, no iba a poder escapar. Estaba segura de que era incapaz de protegerse a sí misma y a su hijo y por eso decidió matar a su marido. Tomó un cuchillo de la cocina y entró a la habitación conyugal, donde le cortó la garganta a su marido mientras éste dormía⁴³⁹.

⁴³⁹ Sentencia del LG de Offenburg del 24.07.2002 – 1 Ks 2 Js 550/02. StV. 2003. pp 671 -673.

El LG consideró que los hechos era típicos de un homicidio alevoso y que la acusada había actuado a título de dolo directo. De igual manera, concluyó que no actuó en legítima defensa, porque al estar dormido J, ni ella ni su hijo corrían peligro alguno. En la misma línea, aclaró que tampoco se configuraba un estado de necesidad justificante, porque los bienes jurídicos en colisión no pueden ser vida y vida⁴⁴⁰.

Por último, estableció que tampoco se configuraba un estado de necesidad exculpante, porque, si bien la acusada y su hijo se encontraban en sede de un peligro constante o duradero (*Dauergefahr*), éste podía haber sido evitado de otro modo diferente a la muerte del agresor. Aunque la acusada creía que no tenía otra opción diferente a matar a su marido, el LG entendió que la culpabilidad de la acusada tampoco se podía excluir a través de §35.2. StGB porque esta creencia de la acusada, que sería constitutiva de un error, no era invencible: ella tuvo tiempo de barajar sus opciones esa noche en la cocina de su casa y, si bien buscó otras opciones como irse de su casa, no agotó todas las que estaban a su disposición, como el recurrir a las ayudas estatales. Por tanto, se configuraría un error vencible sobre el estado de necesidad exculpante, que genera una reducción punitiva siguiendo lo establecido en el §49.1 StGB⁴⁴¹.

La posición de este grupo de la jurisprudencia alemana se puede resumir de la siguiente manera: En estos casos no se configura ninguna causa de justificación, pero – en una primera aproximación – se podría estar en sede de un estado de necesidad exculpante. Sin embargo, es claro que la mujer tenía otras opciones, aunque ella estuviera convencida de que éstas no existían. Así las cosas, la situación configura un error como el que consagra el §35.2 StGB.

Anteriormente decíamos que hay dos maneras de que se configure este error. La primera, cuando se cree que existe un peligro, pero este no es real y la

⁴⁴⁰ Ídem. p. 674.

⁴⁴¹ Ídem. pp. 674 y 675.

segunda cuando, siendo real el peligro, hay otras maneras de evitarlo, pero se tiene la creencia de que no las hay. En este caso el error que se configuraría sería una manifestación de la segunda manera en la que se puede incurrir en un error de este tipo. Es decir, un error sobre la necesidad de la evitación del peligro. Y es justamente esta posición la que va a respaldar la mayoría de la doctrina alemana.⁴⁴²

3. Recapitulando, en la doctrina y la jurisprudencia alemanas existen dos soluciones para los casos de la muerte del tirano doméstico en situaciones sin confrontación. Estas soluciones son a.) la aplicación un estado de necesidad exculpante o b.) la de un error sobre éste. Quienes se inclinan por la segunda solución, consideran que hay un peligro permanente para la mujer, pero que ésta tenía otros medios de evitarlo diferentes a matar al agresor y que por tanto la creencia sobre que no había otras posibilidades es errónea. Mientras que quienes consideran que se configura un estado de necesidad exculpante creen que la mujer no tiene otros medios para evitar el peligro y por tanto la acción de evitación es necesaria. De los planteamientos de este sector, sobre todo de la jurisprudencia, se puede extraer que, al tomar en cuenta la historia de maltrato y lo que la mujer sabe sobre su agresor, se hace evidente esa necesidad de la acción que evitará el peligro, que quienes encuentran la solución el §35.2 consideran inexistente.

⁴⁴²Así: **KASPAR**. (2015). *op. cit.* § 7/666. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §20/8. **KÜHL**. (2012): *op. cit.* §12/51. **GROPP**. (2015). p. 296/137. Para quien el *Haustyrannen-Fall* pone de evidencia cómo la necesidad de ejercer la acción para repeler el peligro es relevante y la acción antijurídica para hacerlo es la *última ratio*. **GROPENGIEßER**. (2008). *op. cit.* pp. 93 -94 y 136. **ARTKÄMPER, ESDERS, JAKOBS, und SOTELSEK**. (2012). *op. cit.* p. 178/§184. . **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/114. **BECKEMPER**. (2004). *op. cit.* p. 102. **ROTSCH**, Thomas. „Die Tötung des Familientyrannen: heimtückischer Mord? – eine Systematisierung aus aktuellem Anlass.“ En: Jus 2005. p. 17. **RENGIER**, Rudolf. „Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen.“. En: NStZ. 2004. p. 239 quien considera que el §35.2 es la única solución viable en estos casos y que, incluso, puede llegar a ser más beneficiosa para la acusada, que la *Rechtsfolgenlösung*. **HAVERKAMP**. (2006). *op. cit.* p. 600. Esta autora considera que el error es invencible, si se tienen en cuenta dentro del análisis, los años de sufrimiento de la víctima, los intentos de ésta por huir y su desesperación.

EXCURSO: Breve análisis crítico de la Sentencias del LG de Offenburg del 24.07. 2002 y del BGH del 23. 03. 2003 – *Hautyrannen- Fall*.

La crítica objeto de este excursus no versará sobre la opción de solución por la que se decanta el BGH, sino sobre el incorrecto análisis de los hechos del caso, que llevan a ambos órganos a concluir que se configura un error sobre el estado de necesidad exculpante consagrado en el §35.2⁴⁴³.

Como se estableció anteriormente, tanto el LG como el BGH reconocen que la mujer se encuentra en una situación de peligro permanente (*Dauergefahr*), sin embargo consideran que la muerte del tirano no era necesaria porque la mujer tenía otras opciones para superar el peligro en el que se encontraba.

Creemos que tanto el LG, como el BGH, no tienen en cuenta hechos claves de los respectivos casos concretos y por ello llegan a la conclusión equivocada. De ambos casos se puede extraer que las acusadas no tenían otras opciones diferentes para salvarse a ellas mismas y a su familia del peligro.

Así, en el caso del LG reconoce que la acusada trató de darle solución a su situación a través de algunas, pero no todas, las opciones que tenía a su disposición, al no recurrir a la ayuda estatal, es decir, avisar a la policía o irse a una casa para mujeres maltratadas⁴⁴⁴. Sin embargo, no parece entender el Tribunal que la primera opción no resulta viable en este caso. La acusada trató de irse de su casa en diferentes ocasiones, a casa de sus padres, pero no lo hacía porque su marido la había amenazado a ella y a sus familiares⁴⁴⁵. Lo que no parece entender el LG es que no hay diferencia entre irse a la casa de los

⁴⁴³ Para un análisis de estas dos decisiones del BGH: *Vid.*: HAVERKAMP. (2006). *op. cit.* pp. 595 - 600.

⁴⁴⁴ Sentencia del LG de Offenburg del 24.07.2002. StV. 2003. p. 674.

⁴⁴⁵ *Ídem.* p.672 y 673.

familiares o a una casa de mujeres, el problema para la acusada radicaba en irse de su casa.

Ahora bien, el *LG* también considera que la acusada habría podido recurrir a la policía. La mujer temía que cualquier actuación suya que no le gustase a su marido fuera a desencadenar en una reacción violenta por parte de él. Ella sabía que esto era así porque ya había sucedido: cuando ella no hacía lo que su marido le ordenaba, era víctima de nuevas agresiones⁴⁴⁶. Así las cosas, no parece lógico exigirle a una mujer que vaya a la policía, cuando las consecuencias de ello pueden ser fatales.

Igual sucedió en el caso decidido por el *BGH*. El tribunal alega que la acusada habría podido irse de su casa⁴⁴⁷, sin embargo pasa por alto el hecho de que ella, en efecto, lo hizo. De los hechos del caso se desprende que en Mayo de 1988 ella trató de irse a donde sus padres, pero éstos no la recibieron en su casa por miedo a que su marido tomara represalias en su contra. Por ello se fue a una casa de mujeres, pero terminó regresando a su casa⁴⁴⁸. Además de lo anterior, de los mismo hechos del caso se desprende que el marido de la acusada la amenazó de muerte si se iba de la casa o lo denunciaba. Le dejó claro que él era capaz de ir a buscar a cualquier lugar y, de estar en prisión, podría enviar a cualquiera de sus compañeros del colectivo de motociclistas a buscarla y a hacerle daño⁴⁴⁹. Ni salir de la casa, ni recurrir a las autoridades parecían opciones viables para ella.

Así, no parece que los argumentos que fundamentan la existencia del error sobre la necesidad de la acción de defensa, sean válidos. No parece que las acusadas hubiesen actuado bajo la creencia errada de que no tenían más

⁴⁴⁶ *Ídem*. p. 673.

⁴⁴⁷ Sentencia del *BGH* del 25.03.2003. NJW 2003. p. 2466.

⁴⁴⁸ *Ídem*. p. 2464.

⁴⁴⁹ *Ídem*. p. 2465.

opciones para salvarse del peligro en el que se encontraban, sino que realmente no tenían otras opciones.

En estas decisiones se evidencia claramente la ausencia de un análisis exhaustivo de los hechos concretos del caso a la luz de la situación y la historia de maltrato que, a su vez, llevó a los órganos juzgadores a una conclusión apresurada⁴⁵⁰. Sin embargo, no deja de sorprender que en la sentencia del *BGH* del 12. 7. de 1966, esta corporación sí tiene en cuenta la historia de maltrato para establecer que obligar a la mujer a buscar otras medidas, que de hecho parecen viables, implica forzarla a continuar soportando la situación de maltrato mientras las medidas surten efecto. Lo anterior nos lleva a preguntarnos ¿cuál es la diferencia entre este caso y los casos objeto de crítica?, ¿no estaban las acusadas en una situación de maltrato muy similar?, ¿por qué en un caso obligarla a tomar medidas diferentes implica continuar arriesgando su vida e integridad y en otro, muy similar, la misma existencia de esas otras medidas le niega la posibilidad de una exoneración de la pena a la mujer?. No parece haber una respuesta para ninguno de estos interrogantes.

Ahora bien, hasta este momento parece claro que no se configura un error sobre el estado de necesidad exculpante, en el sentido del §35 StGB. Podría pensarse que se configura entonces un estado de necesidad exculpante, como lo considera el *BGH*, en otros fallos de casos similares. Sin embargo no estamos de acuerdo con ello. Pero las razones que nos llevan a considerarlo así, serán expuestas en el capítulo siguiente.

⁴⁵⁰ En una línea similar: **SCHROEDER**, Friedrich - Christian. "Die Haustyrannentötung im Justizkulturvergleich". En: *FS für Hans-Heiner Kühne zum 70 Geburtstag*. (Esser/Gunther/Jäger/Mylonopolus/Öztürk. Coords.). C.F. Müller. Deutschland, 2013. p. 821, quien encuentra sorprendente el hecho de que el *BGH* no se pronuncie sobre las amenazas específicas de muerte en contra de la mujer por parte del marido, en caso de que dejara la casa.

II. 2. Miedo insuperable: La solución de la doctrina y la jurisprudencia españolas.

La doctrina mayoritaria española entiende que la solución al caso de la muerte del tirano de casa se encuentra en sede del miedo insuperable. Este sector sigue, aunque no en su totalidad, la posición del TSe.

a. El miedo insuperable es una causa de ausencia de responsabilidad penal consagrada en el artículo 20.6 del CPe, que tradicionalmente se ha considerado como una causa que elimina la culpabilidad de la conducta. Está fundamentada, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, en la imposibilidad de exigir otra conducta a quien actúa motivado por miedo⁴⁵¹ ⁴⁵².

⁴⁵¹ Así: Vid.: **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 622. **MUÑOZ CONDE**, Francisco y **GARCIA ARÁN**, Mercedes. *Derecho penal: Parte General*. Sexta edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2004. p. 395. **VARONA GÓMEZ**. (2000). *op. cit.* p. 56. **SAINZ CANTERO**, José A, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal*. Universidad de Granada. Granada, 1965. p. 134 y ss. . **QUINTANAR DÍEZ**, Manuel. *La eximente de miedo insuperable*. ENDERSA, Madrid. 1998. p. 76. **CUERDA ARNAU**, María Luisa. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. p. 77 y ss.

Contra esta opinión Cfr.: **GIMBERNAT ORDEIG**, Enrique. *Introducción a la parte general del derecho penal español*. Universidad Complutense de Madrid. España, 1979. pp. 65 y ss, quien considera que el miedo insuperable es una causa de justificación y, por ser partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo (pp. 34 y ss), la entiende como un elemento negativo de éste. p. 51. En la misma línea: Cfr.: **GOMEZ BENITEZ**, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal: Parte general*. Civitas, Madrid. 1984. p. 453 y ss, quién como Gimbernat, entiende que solo las personas que no pueden ser motivadas por la norma, actúan sin culpabilidad y quien actúa en estado de miedo insuperable, actúa motivado por la norma, a no ser que se esté en sede de un trastorno mental transitorio. Una interesante crítica a estas posiciones se encuentra en **MARTÍN LORENZO**, María. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009. P462 y ss. En otra línea: **BACIGALUPO**, Enrique. *Principios de derecho penal parte general*. Segunda edición. Akal/Iure. Madrid, 1990. p. 168. Este autor considera que el miedo insuperable es un caso especial de estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho. **MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando. "Causas de inexigibilidad". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. p. 225 y 301. Este autor considera que el miedo insuperable es una eximente mixta "que combina efectos atenuantes parciales de otras circunstancias para, por agregación, alcanzar efecto eximente."

Así las cosas, se está frente a una situación de inexigibilidad de una conducta diferente que implica un decaimiento de la responsabilidad penal.

Cuando se configura este eximente, la persona actúa presionada por circunstancias externas (amenaza de un mal). En estos casos no hay una anulación de las facultades mentales de la persona, sino que las mencionadas circunstancias la *presionan o coaccionan* y “sus posibilidades de actuación se ven disminuidas o limitadas de forma penalmente relevante”⁴⁵³. No estamos ante una situación en la que la persona pierda la capacidad de comprensión y determinación, sino ante una situación en la que la persona actúa enmarcada en una *situación motivacional anormal*⁴⁵⁴. Por lo anterior, se afirma que el miedo insuperable no es una causa de inimputabilidad⁴⁵⁵.

Los elementos para la configuración de esta eximente son: 1.) la existencia de una amenaza de un mal ilícito real e inminente, 2.) que, en efecto, la amenaza le

⁴⁵² Vid.: STSe. Del 13 de diciembre de 2002. 2067/2002. “Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado subjetivo de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable.”. Más recientemente, siguiendo esta postura: vid. STSe. Del 6 de octubre de 2014. 645/2014.

Sin embargo hay una línea jurisprudencial minoritaria, y casi desaparecida, que considera que el miedo insuperable es una causa de inimputabilidad porque actúa sobre la *psiquis* de la persona, domina su voluntad “sometiéndola completamente a los dictados de su propio instinto, como si se tratara de una fuerza psíquica irresistible ante la que ceden, inermes, las demás inhibiciones de la persona.”. STSe. Del 26 de abril de 1999. 673/1999. En la misma línea: SSTSe. Del 24 de octubre de 2000. 1382/2000, del 6 de febrero de 2003. 172/2003.

⁴⁵³ VARONA GÓMEZ. (2000). *op. cit.* p. 49.

⁴⁵⁴ MIR PUIG. (2016) *op. cit.* p. 623.

⁴⁵⁵ Al respecto: Vid.: QUINTANAR DíEZ. (1998). *op. cit.* p. 65 y ss. En contra de ello: QUINTERO OLIVAREZ, Gonzalo. *Derecho penal: Parte General*. Pons. Barcelona. 1989. pp. 509, quien la considera una situación “próxima a la inimputabilidad”.

Sin embargo, debe entenderse que si el miedo que tiene el autor es tal que le genera un terror que anula sus capacidades de comprender la ilicitud de la conducta y actuar conforme a esta comprensión, estaríamos en sede de un TMT del art. 20.1 del CPe. Al respecto: Cfr.: MOLINA FERNÁNDEZ. (2016)A. *op.cit.* p. 297. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Segunda edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2016. p. 541.

cause a la persona un estado psicológico de miedo que le haga responder de manera desproporcionada⁴⁵⁶ y 3.) que el miedo sea insuperable de otro modo.

En general la doctrina es pacífica frente a estos requisitos, con excepción del tercero. La mayoría de la doctrina, al igual que la jurisprudencia⁴⁵⁷, concuerdan con que la forma de establecer la insuperabilidad del miedo es a través de la teoría del hombre medio⁴⁵⁸. Sin embargo se han alzado voces⁴⁵⁹ que advierten que la teoría del hombre medio, como criterio normativo, no es correcto para establecer si el miedo es o no superable y por tanto se propone buscar requisitos o parámetros normativos para determinar dicha insuperabilidad que atiendan a

⁴⁵⁶ De lo contrario, sostiene Molina Fernández, si no se exige una respuesta desproporcionada, la situación podría ser justificada a través del estado de necesidad o la legítima defensa. Vid. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2016)A. *op.cit.* p. 298.

⁴⁵⁷ En este sentido: vid: STSe. del 14 de julio de 2014. 4 de marzo de 2011 y 7 de mayo de 2002.

⁴⁵⁸ Así por ejemplo; Cfr.: **MIR PUIG**. (2016) *op. cit.* p. 618. **SAINZ CANTERO**, José A. “Las causas de inculpabilidad en el Código Penal español (El principio de no exigibilidad). “. En: RGLJ. No. 214. 1963. pp. 52 y ss

⁴⁵⁹ **VARONA GÓMEZ**. (2000). *op. cit.* p. 386. “al criterio del hombre medio en la posición del autor, tal y como es interpretado por nuestra doctrina penal mayoritaria, puede reprochársele el hecho de que no permite tomar en consideración todas las características individuales relevantes en el juicio sobre la insuperabilidad del miedo.”.

Sobre el criterio del hombre medio: Cfr.: **MUÑOZ CONDE**. (2009). *op. cit.* pp. 129 y ss. Este autor lo llama criterio del “hombre razonable”.

Sobre los problemas que plantea la teoría *del hombre medio* como criterio de valoración en situaciones de legítima defensa y provocación en el *Common Law*: Cfr.: **WILDMAN**, Stephanie and **DONOVAN**, Dolores. “Is the Reasonable Man Obsolete?: A Critical Perspective on Self defense and Provocation” En: Loyola. L. A. Law. Rev. No. 14. 1980. pp. 435 - 468. Cuyas críticas podrían hacerse extensivas al ámbito del miedo insuperable. En general, podrían extenderse a todos los ámbitos en los que el criterio del *hombre medio* es parámetro de valoración.

Una argumentación centrada en la idea de que el criterio del *reasonable man* en el *Common Law* resulta discriminatorio para las mujeres: Cfr.: **RAMOS VÁZQUEZ**, José Antonio. “Boys rules applied to non- boy fights: algunos aspectos discriminatorios del *reasonable man standard* en el *common law*”. En: *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*. (P. Faraldo. Dir(a). Y A. Iglesias. Coord). Comares. Granada, 2010. pp. 43 y ss. Una crítica en la misma línea en España y Alemania, pero frente a los estándares para determinar la existencia o no del dolo de matar y/o de la alevosía (*Heimtücke*) en casos de mujeres que matan a sus agresores domésticos es la que hace Larrauri. Vid.: **LARRAURI**. (2008)A. *op. cit.* pp. 44 y ss.

las características individuales del sujeto⁴⁶⁰. Esto es así, porque se está frente a un conflicto que afecta los intereses particulares del autor⁴⁶¹ (o los de sus cercanos⁴⁶²), razón por la cual, él resuelve estos conflictos de manera *parcial* y no *imparcial*, como tiende a ser entendida la teoría del hombre medio.

b. Parece ser que es justamente el caso de la muerte del tirano de casa el que muestra cómo la valoración del miedo debe hacerse atendiendo a las características individuales del miedo y no utilizando el baremo del hombre medio. El sector de la doctrina que encuentra la solución a estos casos en la eximente del art. 20.6 del CPe, considera que la mujer maltratada tiene una alteración psíquica generada por los continuos malos tratos a los que se ha visto sometida, que la pueden llevar a actuar de una manera violenta contra su agresor⁴⁶³. Algunos autores se referirán a esta alteración como trastorno de

⁴⁶⁰ Así, por ejemplo Varona establece que estos parámetros se deben analizar en torno al *mal amenazante*: a.) el carácter lícito o ilícito del mal b.) su existencia, es decir, establecer si el mal es real o irreal, c.) su inminencia y d.) la gravedad del mal amenazante. **VARONA GÓMEZ.** (2000) *op.cit.* pp. 184 y ss. Para este autor el mal, en ocasiones, puede ser lícito, por lo tanto este no sería un presupuesto *sine qua non* para la configuración de la eximente. Al respecto: *Vid.* **VARONA GOMEZ,** Daniel. “El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria?. Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. En: RDPC. Segunda época. No. 7, 2001. p. 166. Contra esto: Cfr.: STSe. Del 14 de diciembre de 2001. En otra línea: Cfr.: **CUERDA ARNAU.** (1997) *op.cit.* p. 110 y ss, quien considera que el criterio del hombre medio es “como idea reguladora, la mejor de las soluciones propuestas para determinar la exigibilidad”, pero el análisis debe hacerse a través de criterios normativos, como los que expone Varona.

⁴⁶¹ **VARONA GOMEZ.** (2001). *op. cit.* p. 163. **MOLINA FERNÁNDEZ.** (2016)A. *op.cit.* p. 299, quien agrega que el criterio del hombre medio no es correcto, “cuando se trata de una eximente que se ubica en la culpabilidad – por tanto, en el ámbito de la imputación personal-, y que además se define en torno a un elemento tan psicológicamente connotado como es el miedo.”.

⁴⁶² Incluso Varona propone, que como lo que se defiende a través del miedo insuperable son los propios intereses, deben existir unos límites a la preferencia de éstos. Así, estos límites se enmarcan dentro de dos categorías: a). Una categoría relativa al mal amenazante y b.) otra relativa a la acción defensiva llevada a cabo. Dentro del análisis de ésta última categoría, se debe establecer que el sujeto pasivo del mal amenazante, si no es el autor, debe ser alguien vinculado afectivamente a éste. **VARONA GOMEZ.** (2001). *op cit.* p.167.

⁴⁶³ **MAYORDOMO RODRIGO,** Virginia. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar.* Universidad del país Vasco. Bilbao, 2003. p. 149. “Contemplar situaciones de violencia puede activar el desarrollo del comportamiento agresivo. Este también puede ser puesto en marcha ante condiciones agresivas como ataques, insultos, reducción de

estrés post traumático (TEPT, por sus siglas en castellano) y otros harán referencia al SMM. Y partiendo de la base de que las víctimas de violencia doméstica desarrollan el TEPT, es que fundamentan la inexigibilidad de una conducta diferente⁴⁶⁴. Habría que atender al hecho de que el TEPT genera, en quien lo padece, una *hipervigilancia* constante y un sobresalto que le hace dar respuestas exageradas a situaciones concretas⁴⁶⁵.

Las mujeres maltratadas se encuentran constantemente asustadas, es decir, “viven en un estado de **miedo intenso**”⁴⁶⁶. Pero no se trata de un miedo causado por el padecimiento, ya que existe una situación real de peligro (maltrato) para ella (y en algunos casos sus hijos) que le genera un miedo intenso a la mujer y, a la vez, le provoca un “trastorno psíquico que puede condicionar su reacción ante este miedo y ante la persona que lo ha generado con sus retirados malos tratos”⁴⁶⁷. Si bien la alteración psíquica que sufre no le impide comprender la ilicitud de su conducta y, por ende, actuar conforme a esta comprensión, sí afecta su forma de actuar y puede alterar sus reacciones. Lo anterior explica porqué no se está en sede de inimputabilidad, por vía de un trastorno mental transitorio⁴⁶⁸.

nivel de reforzamiento, u obstaculización de la conducta dirigida hacia una meta. Estas condiciones provocan una activación emocional que puede dar lugar a distintas respuestas que dependerán del repertorio conductual del sujeto y de las condiciones previsibles que acompañarán cada respuesta. Son factores que interactúan de forma compleja, y pueden conducir a una persona pacífica a comportarse con violencia, activando modos de comportamiento agresivo aprendidos alguna vez a lo largo de su vida y probablemente sin utilizar hasta ese momento”.

⁴⁶⁴ Olmedo fundamenta la existencia del miedo insuperable en el SMM. **OLMEDO CARDENETE**. (2001). *op. cit.* p. 122. En la misma línea: Cfr.: **IGLESIAS RÍO**. (1999)A. *op. cit.* pp. 429 y 430.

⁴⁶⁵ Al respecto: Cfr.: **BOVIN**, Michelle. J and **WEATHERS**, Frank W. “Assesing PTSD symptoms.”. En: *The Oxford handbook of Traumatic Stress Disorders*. (J. Gayle and Denise M. Sloan. Eds.). Oxford University Press. Oxford, 2012. p. 236.

⁴⁶⁶ **JIMÉNEZ DIAZ**. (2002). *op. cit.* p. 298. Negritas en el original.

⁴⁶⁷ *Ídem*. p. 299.

⁴⁶⁸ **MAYORDOMO RODRIGO**. (2003). *op.cit.* p. 149. La autora explica que la responsabilidad penal puede decaer, y por ende ser eximida por vía de ausencia de culpabilidad, de dos

En este sentido, habría una amenaza clara de una futura agresión que le causa a la mujer miedo. La mujer teme por su vida e integridad y – en algunos casos – por la de sus hijos. Se cumplirían así dos de los tres requisitos para la configuración de la eximente. Sin embargo, frente al requisito de la insuperabilidad del miedo, nos encontramos con el problema antes explicado: su análisis y determinación a través de la teoría del hombre medio. Pero como ya se dijo anteriormente, la teoría mencionada no sería admisible ⁴⁶⁹ en los casos de mujeres maltratadas que han desarrollado TEPT, debido a que los síntomas que el desorden les causa les impide actuar como cualquier otro actuaría en su lugar⁴⁷⁰. Por el contrario, actuarían como cualquier otra persona con TEPT o SMM, actuaría en su lugar. Por tanto, en estos casos la insuperabilidad del miedo se debe valorar a la luz de la situación de la mujer. Se establecería entonces lo que Larrauri llama un criterio de la *mujer maltratada media*⁴⁷¹.

maneras: a.) cuando el sujeto del injusto se encuentra en condiciones psíquicas anormales (inimputabilidad) o b.) cuando actúa en una situación motivacional anormal, frente a la que cualquiera hubiese actuado de la misma manera. Las anormalidades motivacionales son el fundamento de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, pero en estos casos, dicha anormalidad “no procede aquí de una anormalidad en el sujeto, sino de una anormalidad de la situación.”, basando así su argumentación en una perspectiva criminológica, desde la cual “ha de contemplarse a quien ha cometido el delito no como individuo aislado, sino en el contexto de sus interdependencias sociales.”. Así, nos encontraríamos en sede de un decaimiento de la responsabilidad penal fundamentado en una situación motivacional anormal, y no en sede de una situación de inimputabilidad. Por ello, para esta autora, la solución se encuentra en la eximente del miedo insuperable, porque precisamente éste “no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto.”. En la misma línea: JIMÉNEZ DIAZ. (2002) *op. cit.* p. 297. “Dadas las características del trastorno (...) al menos en principio, por si solo no es base suficiente para aplicar ninguna de las dos primeras mencionadas, habida cuenta de que no produce en la mujer el efecto psicológico requerido legalmente, esto es, el trastorno de estrés postraumático no impide a quien lo padece comprender la ilicitud del hecho de atacar a su agresor ni afecta la voluntad como para no poder actuar conforme a esa comprensión.”

⁴⁶⁹ Sin embargo, algunos autores entienden que en otros supuestos, el criterio del *hombre medio* sea menos problemático. Por ejemplo: JIMÉNEZ DIAZ. (2002) *op. cit.* p. 305

⁴⁷⁰ *Ídem.* p. 305. En estos casos es para las mujeres “imposible actuar como lo hubiera hecho el común de las personas en la misma situación.”

⁴⁷¹ LARRAURI. (2008)A. *op. cit.* p. 69.

Para los autores que defienden esta posición, en las situaciones de la muerte del tirano doméstico existe un mal ilícito “puesto que la causa del miedo de la mujer es el maltrato al que la somete su agresor”⁴⁷² que, además, es real. Se configurarían así los dos primeros requisitos o parámetros normativos para analizar la *insuperabilidad* del miedo. El tercer requisito presenta dos problemas dentro del análisis: el primero, la inminencia del mal, y el segundo, la exigencia de que éste no sea evitable por otros medios. Por ejemplo, para Jiménez Díaz, estar de acuerdo con la exigencia de la inminencia del mal implica ignorar las situaciones en las que éste es de carácter permanente y duradero, como en el caso de las mujeres maltratadas. Lo anterior, porque en estos casos el hecho de que el mal amenazante se pueda hacer efectivo en cualquier momento, es perfectamente adecuado para provocar en la persona un miedo que la lleve a actuar para evitarlo⁴⁷³. Así las cosas, propone la autora que “siempre que (...) el mal temido sea de determinada gravedad (lo que en casos de mujeres maltratadas se cumple de sobra) y sea fundadamente previsible que el mismo va a ser de producción futura (lo que, por desgracia, también sucede) se debe abrir la puerta a la posible aplicación de la exención por miedo insuperable.”⁴⁷⁴. De igual manera, el requisito de la existencia de otros medios se debe analizar a la luz del contexto de la mujer maltratada, de su situación de maltrato y del STEPT o SMM.⁴⁷⁵

c. La jurisprudencia española se inclina por analizar la configuración, o no, de la eximente de miedo insuperable en los casos de muerte del tirano de casa en situaciones sin confrontación. Sin embargo no es tan clara como la doctrina al afirmar que la solución está en esta eximente. La jurisprudencia parece

⁴⁷² JIMÉNEZ DÍAZ. (2002) *op. cit.* p. 306.

⁴⁷³ *Idem.* p. 307.

⁴⁷⁴ *Idem.* p. 308.

⁴⁷⁵ JIMÉNEZ DÍAZ. (2002) *op. cit.* p. 309. “el requisito de los medios alternativos para evitar el peligro, no puede situarse en un mundo ideal, en el que la sola existencia genérica de fuerzas policiales, procesos civiles de separación o divorcio (...) pueda servir inmediatamente para denegar la eximente.”.

considerar que esta puede ser la solución, pero no reconoce esta eximente en todos los casos y, cuando la reconoce, lo hace en su vertiente incompleta.

Veamos esto a través de tres casos . El primero de ellos lo encontramos en la STSe. del 16 de noviembre de 1933, cuyos hechos se pueden resumir como sigue:

El día 22 de noviembre del año 1932 la acusada Jacoba mató a su padre Antonio Domingo dándole golpes en la cabeza con un destrial y una piedra, mientras éste se encontraba dormido. La acusada había sido víctima de violencia sexual, por parte de su padre, de manera reiterada. Tanto así, que había tenido un hijo de él. El día que tuvieron lugar los hechos, Domingo llegó a su casa y quiso volver a tener relaciones sexuales con su hija, quien se negó. A raíz de esta negativa Domingo insultó, abofeteó y amenazó a Jacoba con matarla “si al levantarse de la siesta no accedía a sus deseos”⁴⁷⁶. Jacoba, por miedo a perder la vida y conociendo las reacciones violentas de su padre, reacciones éstas que le hacían creer que éste iba a ser capaz de cumplir su amenaza, lo mató a golpes mientras dormía.

Antonio Domingo era un hombre violento que tenía mala fama en la comarca y continuamente maltrataba a sus hijos.

La Audiencia de Salamanca condenó a Jacoba por un delito de parricidio agravado por la alevosía y atenuado por concurrir las situaciones contempladas en los numerales 6 y 7 del art. 9 del CPe. de 1932⁴⁷⁷.

La defensa de Jacoba presentó un recurso de casación, alegando infracción por aplicación indebida del art.10.1 del CPe. de 1932 (agravante de alevosía), ya que

⁴⁷⁶ STSe. del 16 de noviembre de 1933. Colección legislativa de España. Parte cuarta: Jurisprudencia criminal. Editorial Reus S.A. Tomo LXX. Julio - Diciembre. Madrid, 1935. p. 237.

⁴⁷⁷ Dichas atenuantes eran las siguientes: El Art. 9.6. atenuaba la pena cuando el hecho se ejecuta en vindicación propia y el art. 9.7 cuando se obra por estímulos poderosos que hayan producido arrebatos u obcecación.

debido a las circunstancias del caso (carácter violento del padre y la situación en la que se encontraba la procesada), no había otra manera diferente para anular el peligro en el que ella se encontraba. Se alegó también una infracción por falta de aplicación de los numerales 4 y 10 del art. 8 del CPe. de 1932 (legítima defensa y miedo insuperable respectivamente):

“La agresión ilegítima existe, desde el momento que la propia sentencia recurrida reconoce que el interfecto amenazó de muerte a la procesada caso que ésta no se prestase a realizar el acto carnal con su propio padre. La racionalidad del medio, adviene de la temibilidad del interfecto que amenaza con quitar la vida a quien ya había quitado la honra; no existiendo por parte de la procesada, al defenderse de tan temible amenaza la provocación necesaria. Y concurre por último el miedo insuperable en la procesada, si se combina la amenaza de muerte por parte de un padre violador de su propia hija y el temor de ésta de que al despertar aquel de la siesta le diera muerte al oponerse a realizar su deseo carnal.”⁴⁷⁸.

En primer lugar, el TSe. confirma la apreciación de la Audiencia de Salamanca y, desestima el primer motivo alegado por la defensa, sobre la concurrencia de la alevosía, por el hecho de que Domingo se encontrara dormido, situación que aprovechó Jacoba, y que le aseguraba -sin riesgo para ella (proveniente de una posible defensa de Domingo)- el resultado.⁴⁷⁹ El TSe. niega también el motivo segundo (concurrencia de legítima defensa y miedo insuperable.). En primer lugar aduce que no existió agresión actual o inminente y que la procesada tenía la posibilidad de, aprovechando el hecho de que su agresor se encontrara dormido, irse de la casa o pedir ayuda. Niega así la existencia de una legítima defensa. En segundo lugar, niega la concurrencia del miedo insuperable, por exactamente los mismos motivos que niega la existencia de una legítima

⁴⁷⁸ STSe. del 16 de noviembre de 1933. *op. cit.* p. 238.

⁴⁷⁹ El TSe en la referida sentencia, define la alevosía como “el empleo, en la ejecución, de medios ya buscados de propósito o aprovechados los que de momento se ofrezcan, que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin riesgo para la persona del culpable que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.”.

defensa: inexistencia de actualidad o inminencia del mal amenazante y posibilidad de haber actuado de otra manera, lo que hace que el miedo no fuera insuperable⁴⁸⁰.

El segundo supuesto de hecho es el de la STSe. del 29 de junio de 1990, de cuyos hechos nos ocupamos previamente, ya que éstos sirvieron como base para la construcción del caso modelo⁴⁸¹.

El caso de Victoria, que llegó al TSe. a través de un recurso de casación interpuesto por la defensa de la condenada, es un ejemplo claro de situaciones de muerte del agresor doméstico por parte de la mujer maltratada, en donde no hay confrontación alguna.

Los argumentos expuestos por la defensa para que procediera la casación fueron los siguientes: en primer lugar, alegó la defensa que había existido una infracción al no aplicarse la eximente de miedo insuperable (solicitando alternativamente su vertiente incompleta) y, en segundo lugar, una infracción por haber determinado la concurrencia de la alevosía, cuando en realidad no había pruebas que fundamentaran la existencia de esta circunstancia.

Pasaremos entonces a exponer las consideraciones del TSe. y las razones que llevaron a éste a aplicar la eximente incompleta del miedo insuperable.

Recuerda el TSe. que para que se configure la eximente de miedo insuperable se requiere la existencia de un temor intenso, de pánico o terror, que no necesariamente debe ser paralizante y que tampoco puede anular totalmente la

⁴⁸⁰ El TSe. confirma la pena impuesta por la Audiencia de Salamanca, no sin antes manifestar que ésta le parece excesiva, pero que existe una imposibilidad de disminución, por la existencia de la agravante de alevosía (Art. 67 regla quinta del CPe. de 1932). Por tanto, por las especiales circunstancias del caso y los padecimientos de los que fue víctima la condenada, solicita al Gobierno el indulto de la procesada.

⁴⁸¹ *Vid. Supra*. Primera parte. Capítulo único. I.1. B.).

consciencia y la voluntad del sujeto, porque – en palabras del propio TSe.- “la vis compulsiva requiere que reste al menos un adarme de conciencia y de voluntad que permitan, al que sufre el miedo, elegir entre una conducta lesiva y la abstención de obrar de antijurídico modo.”⁴⁸². Siguiendo su propia jurisprudencia, el TSe. recuerda que el miedo debe ser insuperable y debe estar fundado en un hecho real y efectivo que anuncie un mal igual o superior al que amenaza al agente⁴⁸³. Si alguno de estos requisitos no llegasen a cumplirse, se podría aplicar la eximente incompleta⁴⁸⁴.

Para el TSe., el maltrato reiterado del que fue víctima la acusada y las constantes amenazas de muerte por parte de su marido, le generaron una situación de miedo, porque temía que éste fuera a cumplir sus amenazas:

⁴⁸² Recuerda el TSe. que de no existir ese mínimo de conciencia y voluntad, por estar en sede de un pánico absolutamente paralizante, no se estaría en presencia de la eximente, sino de una causa total de ausencia de culpabilidad.

⁴⁸³ La exigencia de que el mal amenazante fuera igual o superior al causado fue parte del precepto que consagraba el miedo insuperable en el CP, hasta que fue eliminado en el CPe. de 1995. Al respecto: Cfr.: **QUINTANAR DÍEZ**. (1998). *op. cit.* pp. 29 – 37. El autor hace un recorrido histórico por la evolución de la redacción y la forma en la que han entendido el fundamento y la naturaleza jurídica de esta eximente. En la misma línea: Cfr.: **CUERDA ARNAU**. (1997) *op.cit.*, pp. 24 -53.

⁴⁸⁴ Con la supresión del requisito de que el mal amenazante fuera igual o mayor al causado, la única circunstancia en la que se podría aplicar la eximente incompleta sería en los casos en los que el miedo fuera superable. En esta línea: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2016)A. *op. cit.* p. 299. “Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias del caso, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta.”. Para Varona, “la eximente incompleta de miedo será procedente cuando los motivos por los que no se estime aplicable la eximente completa sean de entidad menor, como por ejemplo (...) un *error vencible en la realidad del mal* o de una *causación imprudente de la situación de peligro*. A ello podrían añadirse los supuestos en los que la *persona tenía a su disposición*, aunque no de forma clara, *otros medios* para evitar el peligro, o aquellos en los que no se estime del todo cumplida la exigencia relativa a la *ponderación o adecuación entre el mal amenazante del mal causado*. Tampoco puede descartarse la aplicación de la eximente incompleta en ciertos casos de amenaza de un mal ilícito.”. (Cursivas originales). Cfr.: **VARONA GÓMEZ**. (2000). *op. cit.* p. 264.

“la acusada vivió una relativamente prolongada fase procelosa, durante la que se vio maltratada constantemente y amenazada de muerte por parte de su marido, sintiendo miedo a que éste ejecutara lo anunciado con tanta pertinacia, acreciéndose paulatinamente el estado de amedrentamiento hasta convertirse en verdadero pánico, que disminuyó su raciocinio y, sobre todo, sus facultades de autodominio y autocontrol”⁴⁸⁵.

Sin embargo, consideró el TSe. que el miedo del que era presa la acusada, no era insuperable. Lo anterior porque la acusada actuó de una manera serena a la hora de realizar la conducta. Es decir, para el TSe. el hecho de que la acusada tuviera el arma lista y le disparara al marido cuando se encontraba recostado en la cama y de espaldas a ella, quitándole la posibilidad a éste de defenderse, (en lo que la Audiencia Provincial basa la existencia de la alevosía, posición que confirma plenamente el TSe⁴⁸⁶.), indica que su miedo no era insuperable y, agrega, que el miedo que padecía la acusada no le hubiese impedido adoptar otras medidas diferentes a darle muerte a su agresor. Por tanto, y siguiendo lo que ya había planteado en el fallo, el TSe. procede a reconocer la existencia de la eximente incompleta de miedo insuperable, en la medida en que no se cumple el requisito de la insuperabilidad del miedo.

El tercer y último caso al que haremos referencia, se encuentra en la Sentencia del TSJ de Galicia (Sede: A Coruña) del 4 de marzo de 2011. Los hechos de este caso se pueden resumir como sigue:

Inés e Imanol llevaban 35 años casados. En el curso de este tiempo, Imanol sometió a su esposa e hija a continuos malos tratos físicos y psíquicos, que fueron descritos por la acusada durante el juicio de primera instancia.

Según la propia acusada, a su marido “No se le podía llevar nunca la contraria. Yo procuraba no discutir, pero él siempre buscaba algo” También manifestó que

⁴⁸⁵ STSe. del 29 de junio de 1990.

⁴⁸⁶ STSe. del 29 de junio de 1990. Fundamentos de derecho sexto y séptimo.

su marido la insultaba, la empujaba, la tiraba del pelo y la obligaba a mantener relaciones sexuales con él. “No lo denuncié por miedo. Me decía que iba a matar a nuestra hija y a mi madre. Cuando mataban a una mujer y salía en la tele decía que era una puta menos. Yo ya me había hecho a eso”, agregó⁴⁸⁷.

La noche del 27 de mayo de 2009, la acusada estaba con su marido en la casa de ambos. Cuando se encontraban en la habitación, y mientras Imanol estaba acostado en la cama, Inés lo golpeó en repetidas ocasiones con una pesa que utilizaba el difunto para hacer ejercicio, ocasionándole varias heridas en el hombro, en el codo, en el rostro y en la cabeza. Imanol murió esa misma noche debido a la hemorragia que le causaron las heridas.

La acusada y su hija notificaron lo ocurrido a la policía.

Fue condenada por un delito de asesinato con la concurrencia del agravante por parentesco y atenuante de confesión, a 15 años de prisión. La defensa de la acusada apeló la decisión por considerar que hubo un error en la valoración de la prueba, en varios aspectos del caso, entre otros al no haberse apreciado las circunstancias atenuantes de miedo insuperable y legítima defensa o subsidiariamente, las mismas en su vertiente incompleta⁴⁸⁸.

La acusada aseguró que los hechos no tuvieron lugar como lo asegura el Tribunal de Instancia, porque ella golpeó a su marido después de una discusión mientras ambos estaban recostados en la cama. Durante la discusión ella lo empujó, porque creía que su marido la iba a golpear, y le atesto los golpes una vez estaba en el suelo:

"Me dijo que me fuese con la puta de mi hija. Lo empujé con los pies y se cayó al suelo, yo también me caí porque creo que me empujó. Caí a su lado y

⁴⁸⁷ SUAREZ, Tania. “La mujer que mató a su marido con una pesa dice que lo golpeó por miedo.” Martes 23 de noviembre de 2010. Diario: La opinióncoruña.es. Consultado en línea. <http://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/11/23/mujer-mato-marido-pesa-dice-legolpeo-miedo/441575.html>

⁴⁸⁸ Sentencia del TSJ. Galicia. Sede A. Coruña. Del 4 de marzo de 2011. 2085/2011. p. 2.

cuando se intentó incorporar cogí lo primero que tenía a mano. Siempre tenía pesas en la habitación porque era normal que viese la tele e hiciese pesas. Las tenía por toda la casa. No me dijo nada, no me insultó, intentó darme con el puño y me asusté. A partir de ahí ya no sé"⁴⁸⁹.

El Tribunal recordó que debía dar como hechos probados los narrados en la sentencia de instancia, en los cuales quedaba claro que el marido estaba desprevenido y recostado en la cama. Por tanto, partiendo de esa base, no podía infundirle a la acusada miedo de un mal inminente en su contra, descartando así la configuración de la eximente de miedo insuperable. Al no haber este miedo, continua el Tribunal, no habría tampoco la necesidad de defenderse de éste, por tanto no habría una legítima defensa.⁴⁹⁰

De igual manera, el miedo que le tenía a su marido por los constantes malos tratos y el hecho de que ésta sufriera del SMM, tampoco fueron relevantes para el Tribunal. A los ojos de éste, la voluntad de la mujer no se encontraba afectada en el momento en que tuvieron lugar los hechos y no tenía mermada su capacidad de elección, por lo que le era exigible un comportamiento distinto⁴⁹¹.

Basándose en los anterior, concluye el Tribunal que no se configura la eximente de miedo insuperable, ni siquiera en su vertiente incompleta⁴⁹².

d. Las decisiones jurisprudenciales analizadas son bastante diferentes entre sí, sin perjuicio de que en las tres se analice la concurrencia del miedo insuperable. Así, en el caso de 1933 el TSe. analiza la eximente, pero no la aplica porque el hecho de que el mal amenazante no fuera actual ni inminente, (cosa que puede

⁴⁸⁹ SUAREZ. *op. cit.* (2010).

⁴⁹⁰ Sentencia del TSJ. Galicia. Sede A. Coruña. del 4 de marzo de 2011. 2085/2011. p. 6.

⁴⁹¹ *Ibidem.*

⁴⁹² *Ibidem.*

ser discutible⁴⁹³), demuestra que la procesada habría podido actuar de otra manera y por tanto el miedo no era insuperable. Una argumentación similar utiliza el TSe. en el caso de Victoria. El hecho de que la procesada hubiese actuado con tanta serenidad y frialdad, demuestra que esa serenidad le habría dado la posibilidad de actuar de manera diferente y por tanto el miedo que sentía no era insuperable. Sin embargo, en este caso, aplica la eximente incompleta. Por su parte el TSJ en el caso de 2011, analiza la posible configuración de la eximente, pero la niega por argumentos similares a los ya expuestos. Este órgano juzgador parece negar, por las mismas razones que se niega la eximente completa, la vertiente incompleta de miedo insuperable, sin detenerse a analizar sus propios requisitos y si éstos se configuraron en el caso.

En los tres casos se analiza el tema pero se llega a conclusiones diferentes. Consideramos que la razón de la disparidad entre las dos primeras soluciones tiene una explicación muy sencilla que radica en el hecho de que hasta 1990, para el TSe. no era posible la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, ya que una eximente incompleta solo era posible en los casos en los que el legislador había exigido unos requisitos para aplicarla, cosa que no sucedía en el caso del miedo insuperable.⁴⁹⁴ Podríamos aseverar que si el caso de Jacoba hubiese tenido lugar después de 1990, el TSe. habría aplicado la eximente incompleta de miedo insuperable, porque el requisito faltante para la configuración de éste, en el caso, es exactamente el mismo que falta en el caso de 1990, donde –como ya dijimos– el TSe. reconoce la eximente incompleta. .

⁴⁹³ El TSe. asimila incorpora el requisito de inminencia o actualidad, propio de la legítima defensa, al miedo insuperable. Consideramos que esto es una desnaturalización de la eximente. Respecto a la incorporación de requisitos ajenos a la eximente de miedo insuperable: Cfr.: **VARONA GÓMEZ**. (1995). *op. cit.* pp. 119 y ss. Este autor asegura que al no existir una concepción teórica firme sobre el contenido y el fundamento de esta eximente, el TSe. utiliza otras eximentes, para dotar al miedo insuperable de contenido.

⁴⁹⁴ Al respecto: Cfr.: **VARONA. GÓMEZ**. (2000). *op. cit.* pp. 262 y 263.

STSe. del 9 de octubre de 1990. “la doctrina de esta Sala, superando la anterior jurisprudencia negativa viene admitiendo la posibilidad de apreciar esta causa de inculpabilidad como eximente incompleta.”.

Evidentemente la anterior no es la explicación de que el TSJ negara la eximente incompleta de miedo insuperable en el caso de 2011. En este caso el TSJ negó la aplicación de la eximente incompleta por las mismas razones que negó la aplicación de la eximente en su vertiente completa, es decir, porque el miedo era superable, razón por la cual el TSe, en el caso de Victoria, sí consideró que se debía reconocer la eximente parcial. A nuestro parecer, el TSJ, al negar la aplicación de la eximente incompleta por las mismas razones que niega la de la completa, desnaturaliza totalmente la primera. Normalmente la eximente incompleta se concede, porque faltan requisitos para aplicar la completa, cosa que hace el TSe., pero pasa por alto el TSJ.

En segundo lugar, el TSe. presume la alevosía en estos casos. Esto evidencia que se hace un análisis abstracto y se ignora que quizás la única manera que tenían las víctimas para defenderse de sus victimarios era esperar a que estos estuviesen desprevenidos porque de lo contrario, podrían sufrir una agresión más grave. La alevosía implica un aprovechamiento de las circunstancias para asegurar el resultado de muerte deseado y no parece que en estos casos se estuviera la mujer aprovechando de que el marido durmiera para asegurarse de que éste iba a morir, sino para protegerse a sí misma de una reacción peor por parte de éste. El TSe. parece negar la eximente de miedo insuperable porque concurre la alevosía; lo que equivale a decir que si se actúa de manera alevosa, no se actúa con miedo. ¿Pero qué pasaría si entendiéramos la situación al contrario?, es decir, que se actúa de manera alevosa, en el sentido de que se da un *aprovechamiento* de las circunstancias, precisamente porque el agente tiene miedo de la reacción del agresor si lo llegase a confrontar directamente. ¿Seguiría la alevosía excluyendo *ex ante* el miedo?, ¿serían estas situaciones casos de alevosía en el sentido estricto del término?.

De igual manera, la aplicación de esta circunstancia de mayor gravedad de la pena es contradictoria con la jurisprudencia del TSe. que ha dicho que la alevosía se excluye, normalmente, en los casos en lo que ha habido una

confrontación previa y la víctima puede prever un ataque violento por parte de su agresor⁴⁹⁵. Y esto es lo que pasa justamente en las situaciones en las que la mujer, después de una confrontación, mata a su marido mientras este duerme. No parece lógico entonces la apreciación de la alevosía en estos casos⁴⁹⁶.

e. Ahora bien es pertinente hacer una reflexión respecto a las posiciones doctrinales analizadas, porque no consideramos acertada la fundamentación que le dan los citados autores, a la existencia del miedo insuperable. Para la configuración de esta eximente, como ya dijimos anteriormente, debe existir un miedo causado por una amenaza de un mal. En este caso, sería el miedo que tiene la mujer de ser agredida nuevamente, y este miedo tiene que ser el que mueva a la mujer a matar a su agresor. Según las posturas analizadas anteriormente, la causa del miedo de la mujer radica en el TEPT o SMM, lo que implica que la mujer no tendría miedo de una agresión futura, sino que las agresiones pasadas le han generado una situación psicológica que la llevan a tener miedo todo el tiempo (estado de hipervigilancia que le genera reacciones desproporcionadas). Así las cosas, el miedo, en los casos de las mujeres maltratadas, no sería el miedo necesario para la configuración de la eximente, sino un miedo patológico ocasionado por agresiones pasadas.

Contra nuestro planteamiento, podría decirse que el TEPT configura esa alteración psíquica en la mujer que es la que la lleva a reaccionar matando a su agresor⁴⁹⁷, a lo que respondemos que esto equivaldría a decir que la mujer no mata a su agresor porque estaba en un estado de miedo, sino porque tenía una alteración psicológica que le generó tal reacción.

⁴⁹⁵ Al respecto: *Vid.*: **PEÑARANDA RAMOS**, Enrique. *Estudios sobre el delito de asesinato*. BdeF. Madrid, 2014. p. 35. Nota. 33. s Con amplias referencias jurisprudenciales.

⁴⁹⁶ Sobre ello volveremos más adelante. *Vid.*: *Infra*. Tercera parte. Capítulo segundo. Excurso.

⁴⁹⁷ Así por ejemplo: Cfr: **JIMÉNEZ DIAZ**. (2002) *op. cit.* pp. 301 y 302: “el miedo que padece la víctima de los malos tratos domésticos no surge del trastorno de estrés postraumático que padece a consecuencia de los mismos. Ese miedo tiene una base real y en lo que sí incide ese trastorno es en la posible reacción que la mujer puede tener y de hecho tiene ante la situación amenazante que sufre.”. *Ídem*. pp. 301 y 302..

Lo correcto, en nuestro parecer, para tratar de fundamentar la existencia de esta eximente sería intentar establecer que como la mujer conoce los comportamientos violentos de su agresor (esposo o compañero), puede temer una reacción violenta por parte de éste, en determinado momento⁴⁹⁸. Y ese miedo estaría fundamentado en el hecho de que ella sabe que en cualquier momento puede ser agredida (amenaza de mal futuro), no en una secuela (entendida como el trastorno mental que padece la mujer) que le han dejado las agresiones pasadas.

Si bien la víctima desarrolla esta situación, el hecho de fundamentar la no exigibilidad de la conducta en la existencia del desorden y no en la existencia del miedo, desvirtúa las características intrínsecas de esta eximente. No sobra recordar que el mismo art. 20. 6 del CPe establece que, para que se configure la eximente, se debe “obrar impulsado” por el miedo y en estos casos decir que el SMM o el TEPT le genera a la mujer cierto estado mental que la lleva a actuar de manera agresiva, equivale a decir que lo que la impulsa a actuar (matar el marido en este caso) no es el miedo, sino el TEPT o SMM y por tanto no se podría configurar la eximente.

⁴⁹⁸ El maltrato a estas mujeres se da dentro de lo que se conoce como “el ciclo de violencia”, teoría desarrollada por Leonnore Walker en 1979. Al respecto: *vid.* **WALKER.** (1979). *op. cit.* Kindle edition, HarperCollins e-books-2009. Como el comportamiento del agresor es cíclico, las mujeres víctimas de maltratos reiterados, saben perfectamente cuales son las reacciones de sus maridos o compañeros en distintas circunstancias. Lo anterior “lleva a una respuesta por parte del sujeto agredido consistente en evitar conflictos, debido a las lamentables consecuencias que acarrear.”. Al respecto: Cfr.: **CEREZO DOMINGUEZ.** (2000). *op.cit.* p. 264.

II.3. *Duress*: La propuesta de Dressler.

a. La *duress* (coacción⁴⁹⁹) es una excusa (*excuse*) completa. Cuando se configura una excusa, la actuación del actor cumple todos los requisitos para ser una ofensa, pero éste no puede ser responsabilizado por su actuación debido a las condiciones personales en las que se encuentra en el momento en que tienen lugar los hechos⁵⁰⁰. Es decir, en la capacidad de decisión que tiene el autor, en el momento de comisión de la conducta⁵⁰¹.

Para que la actuación de una persona sea excusada a través de esta figura, se necesita que se haya actuado bajo amenazas de muerte o daño corporal serio para sí o para un tercero (cercano), que el actor crea razonablemente que existe la amenaza o que ésta sea genuina, que la amenaza sea presente e inminente⁵⁰² y que esta actuación sea la misma que una persona razonable hubiese realizado en esa situación⁵⁰³. O dicho de otro modo, que el autor, como cualquier hombre razonable, no hubiera cometido el delito sino hubiese mediado la fuerza

⁴⁹⁹ Algunos autores, como Piña Rochefort, la traduce como *Fuerza*. Cfr.: **PIÑA ROCHEFORT**. (2002). *op. cit.* pp. 145 y ss.

Existe otra manifestación de esta defensa: La *duress of circumstances* (Coacción por las circunstancias.). Se configura cuando una persona comete una ofensa obligada o coaccionada, ya no por amenazas de un tercero, sino por las circunstancias en las que se encuentra. En otras palabras, ya no es el miedo a que se cumplan las amenazas lo que la mueven a actuar nublando su capacidad de decisión, sino las circunstancias amenazantes en las que se halla a sí misma. A esta variante de la *duress* le aplican exactamente los mismos requisitos que a la *duress* generada por amenazas. Por tanto, a parte de resaltar su existencia, no nos detendremos en ella. Al respecto: *Vid.*: **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 289. “La diferencia entre las dos defensas es que mientras en la *duress* por amenazas alguien ha amenazado al defendido, en la *duress* por las circunstancias no hay amenaza, sino que las circunstancias son tales que, al menos que el defendido cometa el crimen, alguien va a morir a sufrir un daño grave”.

⁵⁰⁰ Así, Por todos: **ROBINSON**. (1982). *op. cit.* p. 221

⁵⁰¹ Por todos: **FLETCHER**. (2000). *op. cit.* p. 798.

⁵⁰² **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 325. Lo que debe ser inminente en estos casos es la amenaza. Es decir que ésta haya “estado operando en la mente del acusado mientras cometía el delito.”. Al respecto: **ALLEN**. (2011). *op. cit.* p.184.

⁵⁰³ **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 661. En la misma línea: **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 302.

coactiva⁵⁰⁴. Así las cosas se podría decir que si A agrede físicamente a C, porque B lo ha amenazado de muerte si no lo hace, la actuación de A estaría excusada a través de la figura de la *duress*.

La *Duress* es una excusa porque, si bien lo que la persona ha hecho, en cualquier otra circunstancia, configura una ofensa, la coacción de la que es víctima mediante amenazas afecta su capacidad de decisión y no puede ser responsabilizado por su actuación⁵⁰⁵. Esta coacción debe afectar su mente de tal manera que se pueda establecer que la persona no tiene la oportunidad⁵⁰⁶ para actuar de otra manera. Es decir, que no tiene otra opción diferente a hacer lo que se le está exigiendo⁵⁰⁷. En palabras de Allen:

“La razón para que se permita una defensa de *duress* es que ésta es una concesión a la debilidad humana cuando enfrenta una situación en la que debe elegir entre sufrir un daño o violar la ley criminal; en una situación como esta no hay elección real.”⁵⁰⁸

La amenaza que coacciona a la persona a actuar de manera contraria a la ley debe ser constitutiva de muerte o de un daño corporal serio⁵⁰⁹. Sin embargo, alguna jurisprudencia, sobre todo británica, a extendido el concepto de

⁵⁰⁴ **PIÑA ROCHEFORT**. (2002). *op. cit.* p. 148.

⁵⁰⁵ **LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 519. En la misma línea: **ALLEN**. (2011). *op. cit.* p. 175. **DUBBER**. (2002). *op. cit.* p. 251.

⁵⁰⁶ *Fair opportunity*

⁵⁰⁷ **LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 519. **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 328. **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 283. En la misma línea: United States Court of Appeals. *United States v. Contento –Pachón*. 723 F 2.d. 691. (1984).

⁵⁰⁸ **ALLEN**. (2011). *op. cit.* p. 176. En la misma línea: **DUBBER**. (2002). *op. cit.* p. 251.

⁵⁰⁹ **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 324. **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 665. **LIPPMAN**. (2010). *op. cit.* p. 302. Al respecto: *Vid.: Hudson and Taylor*, [1971] 2 QB 202. *R v. A*. [2012] EWCA Crim 434. En esta sentencia se reconoce que la violación es constitutiva de lo que se entiende por daño serio. En la misma línea: *Baker and Wilkins*. [1997] Crim LR 487 (CA). Donde se establece que sólo la muerte o el daño corporal serio pueden configurar las amenazas en el contexto de la *duress*.

amenaza física a un daño psicológico serio⁵¹⁰. Lo anterior, es lo que constituye el test subjetivo: ¿La persona actuó de la manera en que lo hizo debido a las amenazas?⁵¹¹. Esto implica que debe haber una conexión causal entre las amenazas y la actuación de la persona que alega la *duress* como defensa⁵¹².

No es necesario que exista la amenaza. Para que se configure la defensa de *duress* es suficiente con que quien actúa haya creído, de manera razonable, que hay una amenaza en su contra y haya actuado movido por esa creencia⁵¹³ razonable.⁵¹⁴

El elemento objetivo del test de configuración es el mismo que en las demás defensas analizadas: que la actuación sea aquella que un hombre o persona razonable, que tenga las mismas características de quien actúa, hubiese tenido en la misma situación en que se encuentra la persona que alega la defensa⁵¹⁵.

Respecto a esto, específicamente respecto a la *duress*, es importante mencionar algunos criterios (establecidos por vía jurisprudencial) que se tienen en cuenta a la hora de analizar y establecer su existencia. ¿Qué características de la persona se deben tener en cuenta?, es decir ¿cuáles de las características que se le deben atribuir a la *persona razonable* a la hora de hacer la comparación?

Hay un acuerdo general en que la edad y el sexo deben tenerse en cuenta. La discusión surge respecto a las enfermedades psicológicas o las situaciones de

⁵¹⁰ *R v Burstow* [1997] UKHL 34 House of Lords.

⁵¹¹ ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 180. HERRING. (2011)A. *op. cit.* p. 286. En la misma línea: *Howe* [1987] 2 WRL 568, que es considerado uno de los *leading cases* del tema.

⁵¹² ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 178. En la misma línea: *Vid.: Dawson*, [1978] VR 536.

⁵¹³ HERRING. (2013). *op. cit.* p. 666. *Graham*. [1982] 1 All Er. Si un error razonable hace creer a una persona de firmeza razonable, que han concurrido los requisitos de la *duress*, puede alegarse la defensa. En la misma línea: *Cfr.: Safi* [2003] EWCA Crim 1809. En Estados Unidos, por todos: *Vid: DRESSLER*. (2006)A. *op. cit.* p. 323. *LaFAVE*. (2010). *op. cit.* p. 522.

⁵¹⁴ *Hasan* [2005] UKHL 22.

⁵¹⁵ ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 181.

discapacidad que puedan afectar a la persona a la hora de reaccionar. Es decir, que puedan generarle menor tolerancia a la coacción de la que está siendo víctima⁵¹⁶. Una respuesta (bastante superficial, por cierto) a esta controversia se encuentra en uno de los casos principales sobre *duress* (*R v Bowen* [1997] 1 WLR 372). En este caso la Corte de Apelaciones establece que las características que se deben tener en cuenta son aquellas que puedan afectar el nivel de resistencia. Es decir, aquellas que expliquen porqué la persona cometió la ofensa y no se resistió ante la coacción⁵¹⁷. Estas características, agrega la Corte, se deben analizar a la luz de la afectación que puedan tener en el nivel de firmeza o tolerancia a la coacción que se ha esperado, así como en la afectación que tengan en la habilidad de la persona para escapar de la amenaza y en la percepción sobre la gravedad de la misma⁵¹⁸.

Sin embargo, la Corte no hace referencia específica a cuáles características se deben tener en cuenta y cuáles no. Por eso decimos que, desde nuestro punto de vista, la solución que da la Corte es bastante superficial, por no decir poco útil, en la medida en que realmente no da una luz para resolver el problema.

Con todo, tanto en el caso *Walker*⁵¹⁹, como en el *Antar*⁵²⁰, se establece que la evidencia sobre algún desorden psiquiátrico que padezca la persona acusada puede ser admitida para mostrar que ésta puede ser más susceptible a la presión que ejercen sobre ella las amenazas, y por ende tiene menos nivel de firmeza o capacidad de resistencia. Es decir, que las características mentales,

⁵¹⁶ Al respecto: Cfr.: ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 181.

⁵¹⁷ *R v Bowen* [1997] 1 WLR 372.

⁵¹⁸ La Corte pone como ejemplo el embarazo. Para una mujer embarazada, determinada amenaza puede ser más grave que para otra persona.

⁵¹⁹ *Walker* [2003] EWCA Crim 1837.

⁵²⁰ *Antar* [2004] EWCA 2708.

como una enfermedad psiquiátrica o psicológica, pueden ser relevantes para establecer la existencia o no de la *duress*⁵²¹.

De lo anterior se pueden extraer dos conclusiones: la primera, que en cada caso concreto se deben analizar las características especiales del acusado y qué efecto tendrían éstas en una persona razonable en una situación similar⁵²²; y la segunda, que aquellas características que no influyan en el nivel de firmeza esperado no son relevantes, al igual que aquellas que se ha generado el mismo acusado, como el estado de ebriedad⁵²³.

Por último, es importante resaltar que esta defensa está aceptada para exonerar de responsabilidad en todos los crímenes, menos en el asesinato⁵²⁴.

b. Teniendo en cuenta lo expuesto, a simple vista, no parece que esta defensa se pueda aplicar al caso que nos ocupa, por varias razones. La primera, y más evidente, porque no es aceptada para asesinatos, así que la mujer que mata a su marido maltratador en situación sin confrontación, no podría alegarla. La segunda, porque, aunque se reconociera en casos de asesinato, no es claro (tampoco para nosotros) como se configuraría esta defensa en casos de mujeres

⁵²¹ ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 182. Así por ejemplo, en el caso *R v. Emery* [1993] 14 Cr. App. R. (S.). 394, en donde se admite el SMM como evidencia. Al respecto: Cfr.: MACKAY, R.D., COLMAN, Andrew M. and THOMTON, Peter. "The Admissibility of expert Psychological and Psychiatric testimony". En: *Analysing Witness Testimony: A Guide for Legal Practitioners and other professionals*. (Heaton-Armstrong/Sheperd/Wolchover. Eds.). Blackstone Press Limited. Greit Britain, 1999. pp. 321 -334.

⁵²² ALLEN. (2011). *op. cit.* p. 181.

⁵²³ HERRING. (2011)A. *op. cit.* 288.

⁵²⁴ HERRING. (2011)A. *op. cit.* p. 284. HERRING. (2013). *op. cit.* p.662. LIPPMAN. (2010). *op. cit.* p.302. En la misma línea: Supreme Court of California. *People v. Anderson*. 28 Cal. 4th 767, 122 Cal Rptr. 2d. 587, 50 P- 3d 368. (2002). "En el *common law* la regla general era, y sigue siendo, lo que en su momento estableció Blackstone: la *duress* no es una defensa que cobija el matar a una persona inocente (...) Una persona siempre puede elegir resistirse, antes que matar a un tercero inocente." *United States v. LaFleur*, 971 F.2d 200 (1991). *Hunt v. State*, 753 So. 2d 609 (2000). *Howe* [1987] 2 WRL 568. En contra: *DPP for Northern Ireland v Lynch* [1975] AC 653. Lord Morris.

maltratadas que matan a su agresor: ¿Es el agresor el que la obliga a matarlo?, ¿son las circunstancias, creadas por el agresor, las que la llevan a matarlo?⁵²⁵.

A los dos problemas les da solución Dressler en su propuesta. Para este autor, hay una alternativa de aplicación de la defensa de la *duress* en los casos de

⁵²⁵ La *duress* se ha alegado en casos que las mujeres maltratadas cometen otros crímenes, coaccionadas por su agresor. Al respecto: Cfr.: **BOLAND**. (1994). *op. cit.* pp. 603 - 636. **APPEL**, Susan. "Beyond Self defense: The use of battered woman syndrome in duress defenses". En: University of Illinois Law Rev. 1994. Pp. 955 - 980. Con amplias referencias jurisprudenciales. **DORÉ**, Laurie Kratky. "Downward Adjustment and the Slippery Slope: The use of duress in defense of battered offenders." En: Ohio State Law Journal. Vol 56. No. 3. 1995. Pp. 667 - 766. **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* pp. 339 y 340. Este autor hace una exposición de los problemas que tienen las mujeres maltratadas a la hora de solicitar la *duress* como defensa. **LOVELESS**, Janet. "Domestic violence, coercion and duress". En: Criminal Law Rev. Vol. 2. 2010. pp. 93 - 108. En este trabajo, la autora hace un estudio sobre cómo la autodeterminación de las víctimas de las relaciones de abuso puede verse afectada, hasta el punto de terminar cometiendo crímenes contra terceros inocentes, por la presión que ejercen sus agresores sobre ellas. Para la autora, la defensa de *duress* falla a la hora de exculpar a las mujeres maltratadas que se hallan en estas situaciones, porque no se tienen en cuenta sus características específicas de género, sobre todo en el marco del requisito objetivo.

Casos en la jurisprudencia anglo - norteamericana: Cfr.: *Neelley v. State*. CR- 91-1036 WL 271873 (Ala. Crim. App, 1993). En este caso una mujer mató a dos niñas pequeñas a las que había secuestrado, por órdenes de su marido, quien previamente las había violado. No se le reconoció la defensa, porque se trataba de una ofensa de asesinato. La Corte basó su decisión en el hecho de que el SMM no explica que la mujer haya matado a dos niñas inocentes, porque lo que esta condición explica , en algunos casos, es la muerte del maltratador no de terceros inocentes. En la misma línea.: Cfr.: *Emery* [1992] 14 Cr App R 391. Supreme Court of Australia. *The Queen v. Runjanjic. The Queen v. Kontinnen*. Nos. 226 and 227 of 1991. Judgment no 2951. 56 SASR 114 [1991] SASC 2951 (1991). Dos mujeres relacionadas sentimentalmente con el mismo hombre, que las había maltratado y humillado sexualmente durante un amplio periodo de tiempo, terminan involucradas en el secuestro y las lesiones a otra mujer, empujadas por su pareja. Son condenadas por estos hechos y apelan la decisión alegando que actuaron cobijadas por la defensa parcial de *duress*. Se reconoce la existencia de la defensa de *duress* y por tanto la Corte revierte el fallo anterior y ordena un nuevo juicio en el que se tenga en cuenta la condición de mujeres maltratadas a la hora de analizar la existencia de la *duress*. *R v. GAC*. [2013] EWCA CRIM 1472. En este reciente caso, una mujer maltratada, madre de dos hijos, apela una condena por tráfico de drogas en su contra, alegando que actuó bajo la defensa de *duress*, en lo que influyó el hecho de que padecía del SMM. La Corte estableció que una persona que apela una condena por tráfico de drogas, no puede solicitar la defensa de *duress* como resultado de padecer el SMM, porque el momento correcto de solicitar esa defensa, era durante el juicio.

mujeres maltratadas que matan a sus agresores en situaciones sin confrontación⁵²⁶.

Recuerda que hay dos tipos de excusas, las que se basan en una falta de capacidad de quien las alega (la demencia, la intoxicación involuntaria, entre otras;)⁵²⁷ y las excusas basadas en una falta de oportunidad, como la *duress* y el error de derecho. Estas excusas se configuran cuando hay circunstancias externas que actúan sobre la persona, que la liberan de responsabilidad moral, porque la persona no tenía oportunidades de actuar diferente⁵²⁸.

Para Dressler, una mujer maltratada que mata a su agresor en una situación donde no hay confrontación, ha actuado como cualquier otra persona lo haría en una situación similar, porque no tuvo oportunidad de actuar conforme a derecho⁵²⁹. Y esta sería, precisamente, la base para establecer la existencia de una excusa. Siguiendo lo anterior, se pregunta el autor si existe alguna excusa que la mujer pueda alegar⁵³⁰. Es consciente de la dificultad de alegar *duress* por que ésta no se reconoce en casos de asesinato; sin embargo, recuerda el autor que la defensa de *duress* consagrada en el MPC (§ 2.09 (1)).⁵³¹ es más amplia,

⁵²⁶ Hay que recordar que Dressler está en contra de que la defensa propia sea aplicable en estos casos. **DRESSLER**. (2006)B. *op. cit.* p. 468. Para el autor, reconocer la *Self defense* en estos casos equivaldría a decir que la actuación de la mujer es correcta y acarrearía una serie de problemas referentes a la actitud que se tiene frente al valor de la vida humana e implicaría una condonación de los homicidios por venganza. Al respecto: Cfr: **DRESSLER**. (2002)A. *op. cit.* p. 262. Por tanto, la *Self defense* no es una opción de solución para este autor y parte de esta base, a la hora de construir su propuesta.

⁵²⁷ **DRESSLER**. (2002)A. *op. cit.* p. 277. “Una excusa de incapacidad es aquella que sugiere que, al menos en el momento en que se realizó el hecho prohibido, el autor carecía de los atributos de un agente moral debido a un mal o inexistente funcionamiento de su cerebro.” Al respecto dice Dressler que para probar la existencia de estas excusas hay que introducir evidencia de expertos dirigida a establecer que existe una mala función interna; por tanto son empíricas.

⁵²⁸ *Íbidem*. **DRESSLER**. (2006)B. *op. cit.* p. 469.

⁵²⁹ **DRESSLER**. (2002)A. *op. cit.* p. 277. **DRESSLER**. (2006)B. *op. cit.* p. 469.

⁵³⁰ **DRESSLER**. (2002)A. *op. cit.* p. p. 278.

⁵³¹ “MPC. § 2.09. (1) It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful

porque elimina el requisito de la inminencia de la amenaza⁵³² y podría reconocerse en casos de asesinato⁵³³. En palabras de Dressler:

“Se requiere solamente que la acusada explique su decisión de realizar una determinada conducta (en este caso, matar a su agresor) sobre la base de que ella estaba coaccionada para realizarla por otra persona (en este caso, el agresor), por medio de un uso anterior de la fuerza o amenazas de usarla en un futuro, o ambas; y que una persona de firmeza razonable, en su situación, habría respondido de manera similar.”⁵³⁴.

Las ventajas, que según Dressler, tiene esta fórmula son dos: 1. Se evita tener que justificar la existencia de una defensa propia, en argumentos meramente morales, 2. da una defensa a las mujeres maltratadas que no está basada en síndromes o en discapacidades mentales⁵³⁵ y 3. los jurados normalmente están más abiertos a excusar que a justificar, así que hay más posibilidades de éxito⁵³⁶.

force against his person or the person of another, that a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist.”. Respecto este precepto: **DUBBER**. (2002). *op. cit.* pp. 251 y ss.

⁵³² **DRESSLER**. (2006). A. *op. cit.* p. 341.

⁵³³ *Íbidem*. “La defensa de *duress* contenida en el MPC es más amplia que la del *common law*, en varios aspectos (...) La defensa es de aplicación general, por tanto puede alegarse en casos de homicidio o asesinato”.

⁵³⁴ *Ídem*. p. 280. En la misma línea: *Vid.: Valderamma-Vega* [1985] Crim LR. 220. Court of Appeal. En este caso se establece que hay que atender a todas las presiones que se han ejercido sobre la voluntad del autor, aunque ellas –por separado– no sean capaces de afirmarla.

⁵³⁵ **DRESSLER**. (2006)B. *op. cit.* p. 469. “analizaremos la situación de la mujer maltratada (...) a la luz del estándar de una persona de firmeza razonable, no a la del de alguien que ha aprendido a ser indefenso.”

⁵³⁶ **DRESSLER**. (2002)A. pp. 280 y 281.

- Sección común a los apartados anteriores: Relación entre el miedo insuperable y la *duress*.

A nuestro modo de ver, el miedo insuperable consagrado en el art. 20.6 del CPe. comparte elementos con la excusa anglo-norteamericana de la *duress*. Es evidente que la exculpante del art. 20.6 del CPe. se puede configurar en casos en los que la persona es amenazada y debido al miedo que le producen estas amenazas comete un delito, situación que se puede asimilar a la *duress* por amenazas, o cuando las circunstancias externas le producen un miedo que nubla su voluntad lo cual se asemeja a la *duress* por las circunstancias⁵³⁷.

En primer lugar, podemos afirmar que su fundamento y naturaleza jurídica son los mismos. De manera casi unánime la doctrina reconoce que la inexigibilidad de otra conducta fundamenta la causa de ausencia de culpabilidad del art. 20. 6, ya que el autor no ha actuado de la manera que se esperaba que lo hiciera, debido al miedo del que es presa. Por su parte, se afirma que la *duress* encuentra su fundamento en el hecho de que el derecho se ve obligado a hacerse cargo de la violencia que ejerce el autor, porque la formación de la voluntad que lo lleva a cometer el delito, está coaccionada por elementos externos⁵³⁸. Y esta asunción de la actuación delictiva por parte del derecho, que equivale a la no imposición de pena, se realiza porque el autor no puede actuar de otra manera debido a las amenazas de las que es víctima en el momento de la comisión de los hechos o a las circunstancias externas que lo llevan a actuar. En otras palabras, porque a éste no le era exigible una conducta diferente⁵³⁹.

Por otra parte, los requisitos de configuración de ambas circunstancias son bastante similares. En primer lugar, para que se configure el miedo insuperable debe existir una amenaza de un mal ilícito real o inminente y para que se

⁵³⁷ Al respecto: *Vid.:Supra.* nota 496.

⁵³⁸ **PIÑA ROCHEFORT.** (2002). *op. cit.* p. 148.

⁵³⁹ *Ídem.* p. 148.

reconozca la *duress* esta amenaza debe ser de muerte o daño corporal. Si bien en la configuración de ambas se requiere la existencia de una amenaza, las características que ésta debe tener en el ámbito de la *duress*, son más específicas. En segundo lugar, el miedo por la amenaza le debe causar a la persona un estado psicológico que lo lleve a actuar antijurídicamente al igual que en la *duress*, que requiere que la amenaza o las circunstancias tengan tal influencia en la mente del actor, que lo lleven a actuar “violando los términos literales de la ley penal”⁵⁴⁰.

Ahora bien, ambas circunstancias analizadas tienen un componente de necesidad que en el caso del miedo compone la insuperabilidad y en el de la *duress*, la exigencia relativa a tomar otras vías (como la de escape), si están disponibles, antes de realizar una conducta contraria a derecho⁵⁴¹

En ambas figuras se echa mano del criterio del hombre razonable para establecer su existencia. Mientras que la inexigibilidad del miedo atiende al mencionado criterio, en la *duress* es utilizado para establecer la razonabilidad de la creencia de quien actúa. Sin embargo, la utilización del criterio ha sido criticada en ambas figuras y se ha abogado por introducir criterios individualizadores al análisis.

Como es evidente, el miedo insuperable y la *duress* son dos circunstancias de ausencia de responsabilidad que comparten muchas características y que son asimilables entre sí. Sin embargo, al igual que en el caso de la *self defense* y el de la *provocation* (que analizaremos más adelante), la gran diferencia entre las dos figuras es la exigencia de la existencia de la creencia razonable. Mientras que la figura continental exige que la amenaza de la que proviene el miedo sea real, para la configuración de la anglo-norteamericana basta con que exista una creencia razonable sobre la existencia de ésta. Esto nos lleva a afirmar que el

⁵⁴⁰ LaFAVE. (2010) . *op. cit.* p. 518.

⁵⁴¹ ALLEN. (2011): *op. cit.* pp. 185 y 186.

ámbito de la aplicación de la *duress* es más amplio que el del miedo insuperable, porque la primera puede cubrir situaciones de amenazas inexistentes, que el miedo no cubriría.

II. 4. La Self-Defense como excusa: Las propuestas de Cathryn Rosen y Claire Finkelstein.

Rosen y Finkelstein consideran que entender la *Self-Defense* como una justificación es históricamente errado⁵⁴². A su juicio, lo correcto sería entenderla como una excusa y, así se podría aplicar a los casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores.

Tanto para Rosen como para Finkelstein, las conductas justificadas son aquellas que el estado anima a realizar porque benefician a la sociedad, ya que evitan un daño social mayor que el que se realiza a través de la conducta misma⁵⁴³. Son, al

⁵⁴² Históricamente la defensa propia era considerada una excusa. Al respecto: Cfr.: **BAKER**, JH. *An introduction to English legal History*. 3th Edition. Butterworths. London, 1990. p. 601. **DUBBER**, Markus D. and **KELMAN**, Mark G. *American Criminal Law: Cases, statutes and comments*. Thomson - West. New York, 2005. p. 515. Cathryn Rosen hace una breve reseña de la evolución histórica de la defensa propia en el Common Law. Explica esta autora que en las tempranas épocas del derecho inglés “todos los homicidios intencionales eran considerados crímenes, crímenes capitales.”, luego, entre los siglos XII y XVI la responsabilidad estricta en los homicidios intencionales empieza a desaparecer y se consideraban justificados aquellos que tenían lugar en contexto de guerra, que se realizaban para prevenir un crimen o para asegurar la ejecución legal de un castigo jurídico. Ello encontraba su fundamento en que el actor, bajo las circunstancias del caso concreto, tenía derecho a actuar (matar a otro) porque esto era beneficioso para la sociedad. En el derecho medieval inglés la defensa propia apareció primero como excusa que como causa de justificación. Esta concepción encontraba su fundamento en que quien actuaba en defensa propia era movido por su instinto primario de auto-preservación, instinto inconsciente que requería de un control social. En este contexto se entendía que el homicidio cometido invadía los intereses de la víctima y por ello era un delito, que se excusaba por las circunstancias. Al respecto: Cfr.: **ROSEN**, Cathryn Jo. “The excuse of Self defense: correcting a historical accident on behalf of battered women who kill.” En: *The American University Law. Rev.* Vol 36. No. 11. 1986. pp. 25-27. Para mayor detalle: Vid. **IGLESIAS RÍO**, Miguel Ángel. *Perspectiva histórico-cultural y comprada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos. 1999. p.93.

⁵⁴³ **FINKELSTEIN**. (1996). *op. cit.* p. 627. En contra de esta postura: **PENDLETON**, Hibi A. “A critique of the rational excuse defense: A reply to Finkelstein”. En: *University of Pittsburgh Law Rev.* No. 57. 1996. pp. 651 – 676. Thompson, por su parte, tilda de anacrónica la argumentación de Finkelstein, al recurrir a la ley medieval para justificar su posición. Crítica que podría hacerse extensiva a la propuesta de Rosen. Vid.: **THOMPSON**, Michael. “Aquinas, Locke and Self defense.” En: *University of Pittsburgh Law Rev.* No. 57. 1996. pp. 677 – 684.

menos, toleradas bajo circunstancias objetivas e identificables, que no hacen referencia a quien se defiende como individuo. Es decir, se analizan en abstracto, respecto al individuo⁵⁴⁴.

El hecho de que se amplíen los requisitos de la defensa propia, por medio de la inclusión de las características físicas de la mujer, el entrenamiento o no entrenamiento físico que ésta tiene y sus conocimientos sobre el agresor, no es compatible con la concepción de defensa propia como comportamiento justificado⁵⁴⁵. En otras palabras, incluir características específicas de quien ejerce la acción defensiva y circunstancias concretas de la situación de defensa, es contradictorio con el contenido objetivo e identificable que debería tener la defensa propia al ser entendida como causa de justificación.

Por el contrario, las excusas se centran en “las percepciones subjetivas del actor”⁵⁴⁶. La conducta cuya ausencia de responsabilidad penal se fundamenta en una excusa, es un acto contrario a derecho que el derecho penal tiende a evitar (por tanto no anima a realizar). En estos casos el actor se excusa, más allá del hecho de que su conducta sea dañina, porque no es moralmente merecedor de culpa⁵⁴⁷. Dentro del análisis de la presencia de una excusa en un caso concreto, se pueden considerar las características del individuo y establecer si, bajo las circunstancias del caso concreto, su experiencia de vida, etc., podría haber elegido entre cometer o no la conducta criminal. Si su imposibilidad de elegir era razonable, no sería moralmente merecedor de culpa y entonces su conducta estaría excusada⁵⁴⁸.

Hay algunas situaciones en las que se mezclan los principios fundantes de la justificación y de la excusa. Casos en los que se demanda que se justifique un

⁵⁴⁴ ROSEN. C. (1986). *op. cit.* p. 22.

⁵⁴⁵ *Ídem.* p. 54.

⁵⁴⁶ *Ídem.* p. 22.

⁵⁴⁷ *Ibidem.*

⁵⁴⁸ *Ídem.* p. 23.

comportamiento de auto-ayuda, que es contrario para la sociedad, en circunstancias particulares en las que el actor moralmente no puede responder penalmente. El caso de las mujeres maltratadas que matan a sus agresores en situaciones sin confrontación es un ejemplo paradigmático⁵⁴⁹. La conducta de la mujer, en estos casos, es comprensible y por ello no sería moralmente reprochable. Sin embargo, justificarla es difícil por tres razones principales. La primera, porque decir que esta conducta está justificada equivale a decir que está alentada por el Estado; lo cual está lejos de la realidad. No parece lógico que el Estado anime a matar a una persona mientras duerme. Segundo, matar a un agresor no representa el menor de los males para la sociedad, porque un solo agresor no constituye una amenaza para la sociedad. El atacante es un peligro para una sola persona: el que se defiende. Por tanto no se puede decir que la muerte del agresor sea el menor daño social, porque no hay, ni siquiera, una amenaza para la sociedad⁵⁵⁰. Esto entraría entonces en contradicción con la contenido del “mal menor” de las justificantes. Y por último, una vida humana nunca puede valer más que otra, por eso la defensa propia no parece ajustarse a la idea del “mal menor”⁵⁵¹.

Empero, todo lo anterior no solo lo aplica al caso de las mujeres maltratadas, sino que deriva en una crítica general a los fundamentos de la defensa propia como justificación. Concluye la autora que el haber catalogado la defensa propia como justificación ha sido un error histórico: no hay manera de justificar la muerte de otra persona, excepto en los casos en los que la persona es, en sí, un peligro para la sociedad; cuando se mata al enemigo militar en batalla, cuando se mata al terrorista, a un secuestrador que tiene varios rehenes, y el caso del verdugo que mata al condenado.

⁵⁴⁹ *Ídem.* p. 45.

⁵⁵⁰ *Ídem.* p. 48.

⁵⁵¹ *Ídem.* pp. 47 y ss.

Así, Rosen termina por concluir que no sólo no se puede justificar la conducta de la mujer, sino que la defensa propia no debería ser una justificación, sino una excusa. De hecho, recurre a la historia misma para fundamentar su postura y recuerda que a lo largo de la historia la defensa propia ha sido considerada una excusa y no una justificación⁵⁵².

La autora atribuye a este desajuste teórico el que muchas personas sean condenadas, cuando realmente estaban actuando en defensa propia, algo que se podría solucionar si se considera la defensa propia una excusa, y el ejemplo más claro es el caso de las mujeres maltratadas. Si se entiende la defensa propia como una excusa, entonces, se puede recurrir a aspectos subjetivos de la mujer que conducirán directamente a una decisión favorable a ella⁵⁵³.

Sin embargo, esta propuesta genera una crítica en las filas del feminismo, que busca que la conducta de la mujer sea justificada y no excusada, porque excusarla implica decir que la mujer no se encuentra totalmente en sus cabales y esto perpetua las percepciones (estereotipos) de que las mujeres son irracionales y refuerza la idea de que una mujer no merece que se le aplique la defensa propia cuando mata a un hombre, lo que evidencia un trato discriminatorio.

Rosen no responde del todo a las dos primeras críticas. A la tercera responde que al tratar todos los casos de defensa propia como excusa, no se está discriminando a ningún grupo.⁵⁵⁴

Por su parte, la propuesta de Finkelstein, siendo similar a la de C. Rosen, sí responde a las dos primeras críticas. Esta autora asegura que las excusas no sólo deben ser aplicadas en casos donde el actor no presenta un deterioro

⁵⁵² *Ídem.* pp. 25 - 27.

⁵⁵³ *Ídem.* p. 49.

⁵⁵⁴ *Ídem.* p. 45.

psicológico, sino también en aquellos casos “donde el contenido de la exoneración repose en las razones del agente para haber hecho lo que hizo.”⁵⁵⁵.

La propuesta de Finkelstein encuentra su fundamento en bases similares a las de Rosen. Para Finkelstein la defensa propia no se ajusta a los fundamentos teóricos de las justificaciones, lo que ejemplifica a través del caso de las mujeres maltratadas que matan en situaciones sin confrontación.

La subjetivación que se ha introducido en el análisis de configuración de la defensa propia consistente en utilizar como criterios para sustentar la creencia razonable todo aquello que hace referencia a la perspectiva de quién se defiende (en este caso la de la mujer), ha convertido la defensa propia en una defensa basada en la motivación o la razón por la que actuó la persona que se estaba defendiendo⁵⁵⁶. Según Finkelstein, esto concuerda más con una teoría de la excusa, que con una de la justificación. Por eso, propone que la defensa propia, tal y como se entiende actualmente, sea una excusa racional; es decir, una excusa basada en las razones que tuvo la persona para defenderse⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ FINKELSTEIN.(1996). *op. cit.* p. 624.

⁵⁵⁶ *Ídem.* pp. 630 y 631.

⁵⁵⁷ *Ídem.* 644 y ss.

CAPÍTULO TERCERO: SOLUCIONES EN SEDE DE CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN DE LA PENA.

III. 1. La atenuante de *Provocation* en el Derecho anglo norteamericano.

a. La *provocation*⁵⁵⁸ o *loss of self control*⁵⁵⁹ es una excusa (*excuse*), sin embargo no absuelve totalmente de responsabilidad. Se trata de una excusa parcial (*partial excuse*), que sólo aplica en casos de asesinato⁵⁶⁰ y que reduce la culpabilidad de la persona que actúa cubierta por ella⁵⁶¹. Es decir, cuando concurre la *provocation* la persona no será acusada de asesinato (*murder*), sino de homicidio (*manslaughter*), porque actúa movida por las especiales circunstancias que la han provocado⁵⁶². Esta reducción punitiva se realiza porque la *provocation*

⁵⁵⁸ En Estados Unidos y otros países del Common Law se le denomina *provocation*. Sin embargo, en el Reino Unido se le conoce, luego de la reforma que tuvo como resultado el *Coroners and Justice Act 2009*, como *loss of self control* (§54, 55 y 56). Es importante mencionar que la defensa parcial no sólo cambio de nombre a esta, sino que su contenido y requisitos de configuración variaron sustancialmente, con respecto a la regulación anterior de la *provocation* contenida en el *Homicide Act 1947* § 3. Al respecto: Vid.: **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 239.

Para efectos del presente texto nos referiremos al término *provocation* haciendo las aclaraciones correspondientes cuando estemos tratando un tema específico del Reino Unido.

⁵⁵⁹ La regulación estatutaria de la *provocation* en algunos países del Common Law es la siguiente: EEUU: MPC. §.210.3. (Esta regulación difiere de lo establecido por la *case law* y de la regulación existente en algunos estados. De esto nos ocuparemos más adelante.) Reino Unido: *Coroners and Justice Act 2009*. §. 54, Canadá; *Canadian Criminal Code*. §. 232. India: *Section 300 - Exception 1. Indian Penal Code*. Australia: §.23. *New South Wales Crimes Act*. 1990.

Sobre la regulación de la *provocation* en India, Inglaterra y Australia: **YEO**, Stanley. *Unrestrained killing and the law. Provocation and excessive Self defense in India, England and Australia*. Oxford University Press. Calcuta, Chennai, Mumbai, 1998.

⁵⁶⁰ **ORMEROD**. (2011). *op. cit.* p. 489. **HERRING**.(2011)A. *op. cit.* p. 161. **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 238.

⁵⁶¹ **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* p. 120.

⁵⁶² Así: Por todos: Vid.: **ASHWORTH**, A.J, "The doctrine of provocation". En: Cambridge Law Journal. No. 35 Vol 2. 1976. p. 292. En la misma línea: Vid.: **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* p. 120. **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 1. p. 479. **WILLIAMS**. (1983). *op. cit.* p. 524. "

elimina la “*malice*”⁵⁶³ que se requiere para que se configure el asesinato⁵⁶⁴. Quien actúa provocado, no actúa de manera maliciosa⁵⁶⁵.

La *provocation* opera entonces en aquellas circunstancias en que A provoca a B de tal manera que B pierde el control (normalmente guiado por la rabia⁵⁶⁶) y termina matando a A. Esta muerte debe configurar la reacción que cualquier persona razonable habría tenido en una situación similar⁵⁶⁷. Esto es lo que se conoce como el test dual⁵⁶⁸, cuya parte subjetiva radica en establecer las

⁵⁶³ La *malice* es una manera de referirse al *means rea*. Sin embargo, en el marco del asesinato hace referencia también al hecho de que la persona actuó de manera intencional o descuidada, causando el daño social prohibido por la norma que consagra la ofensa de asesinato. Al respecto: Cfr.: **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 144.

⁵⁶⁴ **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 1. p. 480. La *provocation* niega la *malice* requerida para la configuración del asesinato.

⁵⁶⁵ Se dice que puede ser una eximente parcial que está a caballo entre la justificación y la excusa, ya que para establecer su configuración se utiliza, como se analizará más adelante, un estándar objetivo y uno subjetivo. Al respecto: Por todos: Cfr.: **FLETCHER**. (2000). *op. cit.* pp. 242 y ss.

⁵⁶⁶ Así: **HORDER**, Jeremy. *Provocation and responsibility*. Clarendon Press. Oxford, 1992. p. 156. En la misma línea: Cfr.: **WILLIAMS**. (1983). *op. cit.* p. 524. **BAKER**, Brenda. “Provocation as a defense for abused women who kill.” En: Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Vol. 11. No. 1, 1998. p.196. **CHAN**, Wendy. “A Feminist critique of Self defense and provocation in battered women’s cases in England and Wales.”. En: Women & Criminal Justice. Vol. 6. Issue 1, 1994. p. 48. **DRESSLER**. (2002)B. *op. cit.* pp. 974 y 975. Sin embargo, es importante aclarar que el hecho de que la persona esté movida por la rabia, no quiere decir que no sea capaz de auto controlarse, es decir, no implica que la rabia le haya hecho perder todos sus frenos inhibitorios. Así: *Vid.*: **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* p. 120.

Sobre los efectos excusantes de la rabia y los diferentes tipos de rabia que pueden generar una reacción ante una provocación: Cfr.: **HORDER**. (1992). *op. cit.* pp. 158-160.

Consideramos que, en casos como el que nos ocupa, lo que motiva a la mujer a matar a su agresor no es la rabia. Por tanto, si la rabia es la base de la *provocation* y la mujer no actúa movida por la rabia, no estamos en sede de esta excusa parcial. En esta misma línea: *Vid.*: **EDWARDS**, Susan. S.M. *Sex and gender in the legal process*. Blackstone. UK, 1996. p. 395. “Las mujeres que matan a sus agresores no matan movidas por la ira, sino, en sus palabras, en defensa propia, en un esfuerzo por escapar.”.

⁵⁶⁷ **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* p. 120. En la misma línea: *Vid.*: South Australia Court of Criminal Appeal. *R v. R*. [1981] 28 SARS 321.

⁵⁶⁸ **YEO**. (1998). *op. cit.* p. 10.

circunstancias que llevaron a A a perder el control de sí mismo⁵⁶⁹ y la objetiva, consistente en establecer si A actuó de la manera en la que una persona razonable habría actuado en su lugar⁵⁷⁰.

Claro está, lo anterior no basta para que se configure la defensa parcial. Como todas las causas de ausencia de responsabilidad (completas e incompletas), esta eximente tiene varios elementos que deben cumplirse para ser reconocida: 1.) Quien se defiende debe haber actuado bajo la influencia de una provocación, o, en otras palabras, en el “calor de la pasión”⁵⁷¹, 2.) la provocación debe provenir de una causa adecuada (provocación adecuada⁵⁷²), que es la que lleva al sujeto a perder el control sobre sí mismo⁵⁷³ 3.) no debe haber un lapso de tiempo entre la provocación y la reacción, en el que la persona que se defiende se hubiese podido calmar⁵⁷⁴, lo que implica que la reacción frente a la provocación debe ser inmediata y 4) debe existir un vínculo causal entre la provocación, la pérdida del autocontrol (o la actuación bajo “el calor de la pasión”) y la reacción.⁵⁷⁵

⁵⁶⁹ Para una definición de autocontrol (*self-control*): Vid.: **HOLTON**, Richard and **SHUTE**, Stephen. “Self-control in the modern provocation defence”. En: Oxford Journal of Legal Studies. No. 27, 2007. p. 50. Sobre la evolución del concepto: Cfr.: **HORDER**. (1992). *op. cit.* pp. 72 – 110.

⁵⁷⁰ **ALLEN**. (2011). *op. cit.* p. 325. Sobre es estándar subjetivo: Vid.: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol 1. p. 484. Sobre el estándar objetivo: **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 276.

⁵⁷¹ *Heat of passion*.

⁵⁷² **FLETCHER**. (2000). *op. cit.* p. 243. Para quien los estándares de lo que constituye o no una provocación adecuada están fijados por convenciones sociales. Las razones que fundamentan la provocación pueden variar de una sociedad a otra.

⁵⁷³ **HERRING**. (2011).A. *op. cit.* p. 162.

⁵⁷⁴ **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 1. pp. 484 - 487.

⁵⁷⁵ **DRESSLER**, Joshua. “Why keep the provocation defense?: Some reflections on a difficult subject. En: Minnesota Law Rev. No. 86. 2002. p.p. 971 y 972. **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 571. **LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 820. En la misma línea: Vid.: Court of Appeals of Maryland. *Girouard v. State*. 321 Md. 532, 583 A.2d 718. (1991).

Los requisitos de la configuración del *loss of self-control* en el Reino Unido son bastante similares. Así, para que se configure esta causa de exclusión de responsabilidad parcial en el homicidio, las acciones u omisiones de quien actúa deben haber sido resultado de la pérdida de control generada por una provocación adecuada. Al respecto: Cfr. **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 161. **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 238.

Detengámonos en el segundo requisito. El **temor frente a una violencia seria** es una de las causas adecuadas de provocación⁵⁷⁶. Así, si la persona que mata a otra, lo hace porque estaba siendo provocada por que la segunda le generó un temor de que iba a realizar un acto de violencia seria en su contra, y éste temor le llevó a perder el control, se cumpliría con este requisito de la eximente parcial. Basta con que exista el miedo o la creencia de que se va a ser víctima de violencia, así esta creencia sea incorrecta⁵⁷⁷. Lo único que se requiere es que la violencia que se teme sea una violencia grave, aunque inexistente⁵⁷⁸. Por violencia grave solo se entiende cualquier amenaza contra la vida o la integridad, porque se afirma que un miedo de daño a la propiedad o a actos menores de violencia contra la persona no califican como actos de violencia seria.⁵⁷⁹

Este concepto de *violencia seria* se podría llenar de contenido a través de las conductas que entienden LaFave y Robinson como susceptibles de constituir una provocación: Agresiones (como golpes violentos y dolorosos) con las manos o con armas, muertes que resultan de la provocación que se da en una situación de combate mutuo y ataques que lleven a suponer que, de ellos, se va a derivar una situación de violencia grave (como los ataques sexuales)⁵⁸⁰.

La segunda causa adecuada de provocación es **la sensación de haber sido seriamente agraviado, causada en el sujeto, por circunstancias**

⁵⁷⁶ Como se establece en la §55.3 del *Coroners and Justice Act de 2009*: Meaning of “qualifying trigger” (...) This subsection applies if D's loss of self-control was attributable to D's fear of serious violence from V against D or another identified person.”

⁵⁷⁷ CLARKSON. (2001). *op. cit.* p. 120.

⁵⁷⁸ HERRING. (2013). *op. cit.* p. 241. En contra: FLETCHER. (2000). *op. cit.* p. 246.

⁵⁷⁹ HERRING. (2013). *op. cit.* p. 241. HERRING. (2011)A. *op. cit.* p. 162.

⁵⁸⁰ LaFAVE. (2010). *op. cit.* p. 821. En la misma línea: ROBINSON. (1984). *op. cit.* Vol 1. pp. 485 y 486. “La provocación adecuada incluye: (A) un ataque físico injustificado (B) combate (C) algunas situaciones de amenaza de ataque físico (...) o (E) ataque físico o sexual en contra de una persona cercana.”

extremadamente graves⁵⁸¹. Estas circunstancias no hacen referencia a una burla menor, sino a situaciones que hagan sentir al sujeto realmente agraviado u ofendido⁵⁸². Tienen que ser especialmente graves, porque son las que van a fundamentar la sensación del sujeto de haber sido agraviado. Y si éstas no son especialmente graves, la sensación de agravio no estaría justificada⁵⁸³.

2. El sector doctrinal que ampara a la mujer maltratada que mata a su agresor en una situación donde no hay confrontación bajo el manto de la *provocation*⁵⁸⁴,

⁵⁸¹ §55.4. del *Coroners and Justice Act de 2009*. "This subsection applies if D's loss of self-control was attributable to a thing or things done or said (or both) which – (a) constituted circumstances of an extremely grave character, and (b) caused D to have a justifiable sense of being seriously wronged.". Al respecto: Cfr.: **ELVIN**, Jesse. "Killing in response to <Circustances of an extremely grave character>: Improving the law of homicide.". En: *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander Eds.) Ashgate. UK, 2011. pp. 135 -150.

⁵⁸² **HERRING**. (2011)A. *op. cit.* p. 163. En la misma línea: *Vid.*: **FLETCHER**. (2000). *op. cit.* p. 244. La regla de que las palabras, por ofensivas que éstas sean, no constituyen provocación adecuada, sólo parece ser parte del ordenamiento estadounidense, no del británico. Al respecto: Cfr.: *Camplin*, [1978] 2. All ER 168.

⁵⁸³ **HERRING**. (2013). *op. cit.* p. 243.

Dentro de esta categoría de causa adecuada de provocación podría caber el adulterio. Frente a ello habría que hacer una precisión importante: En el Reino Unido, el *Coroners and Justice Act* 2009 en la sección 55.6 (c) establece claramente que la infidelidad sexual no constituye una circunstancia extremadamente grave que pueda fundamentar la sensación de haber sido agraviado y que, a su vez, sea constitutiva de provocación adecuada. "55 Meaning of <qualifying trigger> (...) (6) In determining whether a loss of self-control had a qualifying trigger (...) c.) the fact that a thing done or said constituted sexual infidelity is to be disregarded.". Al respecto: Cfr.: **ELVIN**. (2011) *op. cit.* pp. 144 y ss.

Sin embargo, en Estados Unidos, por ejemplo, parece ser una causa adecuada de provocación. Así, por todos: Cfr.: **LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 821. En la misma línea: *Vid.*: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol 1. pp. 485 y 486. Para una crítica al adulterio como causa adecuada de provocación: Cfr.: **ROZELLE**, Susan.D. "Controlling passion: Adultery and the provocation defense." En: *Rutgers Law Jornal*. Vol 37, 2005. pp. 197 -233.

Para un detallado análisis crítico y comparado del tema: Cfr.: **REED**, Alan and **WAKE**, Nicola. "Sexual Infidelity Killings: Contemporary Standardisations and Comparative Stereotypes.". En: *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander Eds.) Ashgate. UK, 2011. pp.115 - 133.

⁵⁸⁴ Quienes respaldan esa idea normalmente son aquellos que, no estando de acuerdo con reconocer una defensa propia en estos casos, no son partidarios de condenar a la mujer como autora de un asesinato. Para este sector, la *provocation* cobija aquellos casos e los que no se

considera que la provocación a la que ésta ha sido sometida y, por tanto, la causa adecuada de provocación, es el maltrato constante del que ha sido víctima⁵⁸⁵. En decir, la mujer enfrenta un temor constante a ser víctima de una violencia seria⁵⁸⁶.

Contra la aplicación de la *provocation* en estos casos se ha esbozado un argumento similar al que se utiliza para fundamentar la no aplicación de la defensa propia⁵⁸⁷: la mujer ha tenido tiempo para calmarse⁵⁸⁸. El hecho de que espere, para matar a su agresor, a que éste esté desprevenido implica que no actúa movida por el arrebato que le produce la ira. Ello implica que no se cumple con este requisito de configuración de la *provocation*⁵⁸⁹. Las bases para sostener lo expuesto se encuentran en la definición de *provocation* dada en el caso *Duffy*⁵⁹⁰:

admite la defensa propia. Así: Cfr.: **NORRIE**, Alan. "The Coroners and Justice Act 2009- partial defences to murder (1) Loss of control". En: Criminal Law Review. Vol 4, 2010. p. 285. **BAKER**. (1998). *op. cit.* p. 195.

⁵⁸⁵ Al respecto, por todos: Vid.: **HERRING**, Jonathan. "The serious wrong of domestic abuse and the loss of control defence.". En: *Loss of control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International perspectives*. (Reed./Bohlander. Eds.). Ashgate. UK, 2011. pp. 71 - 73. Este autor considera que el abuso doméstico es una especie de control coercitivo que el agresor ejerce sobre la víctima porque el comportamiento del abusador está dirigido a dominar a la mujer y reducir su autoestima. Se le impide trabajar, se le aísla, se le manipula etc. Lo anterior lo hace por medio de violencia que es entendida con una herramienta para mantener a la víctima en una situación de inferioridad.

⁵⁸⁶ Para una amplia exposición sobre las ventajas de alegar *provocation* en estas situaciones: Cfr.: **BAKER**. (1998). *op. cit.* pp. 195 y ss.

⁵⁸⁷ Decimos que es similar al argumento que se esboza para fundamentar la no aplicación de la defensa propia, porque este también hace referencia al momento temporal en el que se realiza la acción defensiva por parte de la mujer.

⁵⁸⁸ Para que se confugire la *provocation* no debe haber pasado un tiempo que le hubiese permitido a la persona calmarse y recuperar el control de sí misma. Al respecto: Vid.: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol 1. p. 487. **DRESSLER**. (2006)A. *op. cit.* p. 578. "**LaFAVE**. (2010). *op. cit.* p. 829. **DRESSLER** and **GARVEY**. (2012). *op. cit.* p. 271. **FLETCHER**. (2000). *op. cit.* p. 244.

⁵⁸⁹ **HORDER**. (1992). *op. cit.* pp. 188 y 189.

⁵⁹⁰ *R. v. Duffy* [1949] 1 All ER 932 (CA). D había sido regularmente maltratada y abusada por su marido. La noche en la que tuvieron lugar los hechos habían tenido un fuerte altercado, después del cual D había amenazado a su marido con irse de la casa llevándose consigo a su hijo. Luego

“La provocación es un acto, o una serie de actos realizados por el muerto al acusado, que causarían en cualquier hombre razonable, y en realidad provocan en el acusado, una pérdida repentina y temporal del autocontrol, llevándolo a actuar movido por la pasión y despojándolo momentáneamente del dominio de su mente.⁵⁹¹”

Esta definición, constitutiva de *case law*, hace obligatorio, para la configuración de la *provocation*, que la persona pierda repentina y temporalmente el control sobre sí misma y actúe en ese momento. Esto no sucede en los casos de mujeres que matan a sus agresores en situaciones donde no hay confrontación, por lo que su aplicación se vuelve imposible⁵⁹². Además, el caso *Duffy* es un caso concreto de una mujer maltratada que mata a su marido mientras duerme, lo que hace que la definición contenida en el fallo ya no sea sólo una regla de *case law* general, sino que aplique específicamente para supuestos de hecho como el que nos ocupa⁵⁹³.

En síntesis, se dice que la reacción de la mujer, debido al momento temporal en que tiene lugar, no constituye una reacción frente a la provocación de la que ha sido víctima, sino un acto de venganza. Por tanto, su actuar no estaría cubierto por la *provocation*.⁵⁹⁴

de que se retiraron a dormir, D dejó la habitación, regresó con un hacha y un martillo y mató a su marido mientras éste dormía.

⁵⁹¹ *Ídem*.

⁵⁹² O'DONOVAN. (1991). *op. cit.* p. 225, quien afirma que la definición de *provocation* contenida en el caso *Duffy*, crea una barrera para su aplicación en los casos en los que se mata a un agresor, habiendo dejado pasar un tiempo entre la conducta generadora de la provocación y la reacción.

⁵⁹³ Al respecto: Cfr: CHAN. (1994). *op. cit.* p. 48.

⁵⁹⁴ Respecto a esta problemática, aunque sin ser partidaria de la idea de catalogar la actuación de la mujer como un acto de venganza: Cfr.: O'DONOVAN. (1991). *op. cit.* p. 224. En la misma línea: CHAN. (1994). *op. cit.* p. 49. “Esto ha sido interpretado en el sentido de que matar a un agresor mientras este duerme, es considerado venganza”.

Sobre el requisito temporal como límite que evita la aplicación de esta excusa parcial en los homicidios vindicativos: *Vid*: ORMEROD. (2011). *op. cit.* p. 495.

En contra de esto encontramos propuestas como la de Wasik, que consiste en entender que el maltrato del que es víctima la mujer constituye una provocación adecuada, en la medida en que se da una provocación acumulativa⁵⁹⁵. Así las cosas, se debe interpretar la defensa poniendo menos énfasis en la necesidad de que la reacción sea inmediata y más en el rol crucial de la víctima de las ofensas generadoras de provocación, que mata porque ha sido víctima de una provocación acumulada en el tiempo⁵⁹⁶. Esta aproximación ha sido aceptada por algunas Cortes estadounidenses⁵⁹⁷.

3. En una línea similar se encuentra la aproximación de algunas cortes británicas que, dándole relevancia a la historia del maltrato, construyen el concepto de *slow-burn*⁵⁹⁸, consistente en que la mujer es constantemente provocada por su agresor y el último episodio de agresión, por mínimo que sea, termina por llevarla a matarlo. Como causa de provocación se tiene en cuenta entonces toda la historia de maltrato y no sólo el último episodio⁵⁹⁹, reinterpretándose así el requisito temporal.

⁵⁹⁵ Al respecto: **WASIK**, Martin. "Cumulative provocation and domestic violence". En: Criminal Law Rev. 1982. pp. 29 – 37. En la misma línea: Vid.: **BAKER**. (1998). *op. cit.* p. 194. **HORDER**, Jeremy. "Sex, violence, and sentencing in domestic provocation cases". En: Criminal Law Rev. 1989. p. 546.

⁵⁹⁶ **WASIK**. (1982). *op.cit.* p. 35. En la misma línea: Cfr.: *The Crimes Amedment Act 1982*. New South Wales – Autralia. Donde se afirma que cualquier conducta pasada de la persona que ha muerto, en contra de quien la ha matado, puede ser base para fundamentar la *provocation*.

⁵⁹⁷ Así, por ejemplo: Cfr.: Supreme Court of California, *People v. Berry*, 18 Cal. 3d 509, 134 Cal. Rptr. 415, 556 P. 2d. 777 (1976). Donde se acepta un largo periodo de malos tratos, como constitutivo de provocación. *Commonwealth v. Solomon*, 471 Pa. 417, 370 A. 2d. 372 (1977). Según este fallo, la provocación adecuada puede resultar de un cúmulo de eventos relacionados. Al respecto: Cfr.: **FLETCHER**. (2000). *op. cit.* p. 245. Con referencias a fallos en los que se ha reconocido la defensa de *provocation* en situaciones donde ha pasado un tiempo entre la provocación y la reacción.

⁵⁹⁸ Para una definición del término *slow-burn*: Vid.: **O'DONOVAN**. (1991). *op. cit.* p. 225. Horder fundamenta la aplicación de la *provocation* en casos de *slow-burn*, en el hecho de que, si bien no hay un arranque de ira por parte de quien se defiende, existe una indignación (*outrage*) que ha ido aumentando con el paso del tiempo. Vid.: **HORDER**. (1992). *op. cit.* p. 190.

⁵⁹⁹ Al respecto: Cfr.: **MITCHELL**, Barry. "Loss of Self-Control uder the Coroners and Justice Act 2009: Oh no!". En: *Loss of control and diminished resposibility. Domestic, Comparative and*

Una manifestación de esta aproximación se encuentra en el caso *Ahluwalia*, cuyos hechos se pueden resumir como sigue:

“En 1989, después de enfrentar muchos años de violencia y humillaciones por parte de su marido, la apelante *Kiranjit Ahluwalia* lanzó petróleo por toda su habitación y le prendió fuego. Dentro de la habitación se encontraba el marido de la apelante, quien resultó gravemente herido y murió a los seis días. La apelante fue acusada de asesinato.

(...)

La defensa utilizó dos líneas argumentativas. La primera, encaminada a negar el *mens*, consistente en aducir que la apelante no tenía intención de matar a su marido, sino de causarle daño. La segunda, referente a que se configuraba una defensa parcial de *provocation*, que fue sustentada en la historia del maltrato del que había sido víctima la acusada. Pero la argumentación anterior no obstó para que *Kiranjit Ahluwalia* fuera condenada a prisión perpetua. Ella apeló la decisión.”⁶⁰⁰

Si bien la Corte de apelaciones no reconoce abiertamente que se configuró la defensa parcial de *provocation*, sí establece que el requisito temporal no es absoluto, en el sentido de que debe interpretarse a la luz del caso concreto. En algunos casos, durante el tiempo que transcurre entre la provocación y la reacción de la víctima, la primera puede haber hecho aún más mella en la mente de la segunda. Sin embargo, aclara la Corte que también hay situaciones en las que el hecho de que exista un tiempo entre la provocación y la reacción, va a demostrar que la actuación no fue medida por una pérdida de control⁶⁰¹.

International Perspectives. (Reed/Bohlander. Eds.). Ashgate. UK, 2011. p. 42. En la misma línea: **ORMEROD**. (2011). *op. cit.* p. 495. En la línea de interpretar la historia de maltrato, no como causa de provocación, sino como factor a tener en cuenta dentro del análisis de la existencia de la provocación: *Vid: R v. Thornton* [1992] 1 All ER 306. En contra: *Vid.: R. v. Duffy* [1949] 1 All ER 932 (CA). En esta sentencia se establece que los maltratos reiterados en el tiempo, no son suficientes para constituir *provocation*.

⁶⁰⁰ Court of Appeal. *R. v Kiranjit Ahluwalia*, [1993] 96 Cr. App. R. 133 .

⁶⁰¹ *Ídem*.

En una línea similar se encuentra el caso británico *R v. Humphreys*, 1995, cuyos hechos probados son los siguientes:

A los 16 años, Emma Humphreys se fue a vivir con Trevor Armitage, de 32 años, quien le ofreció refugio en su casa, ya que ella vivía en la calle y se prostituía para sobrevivir. Durante el tiempo que vivió con él fue abusada física, sexual y psicológicamente. Él monitoreaba sus movimientos a tal punto que había bloqueado las ventanas con tablas y clavos para que ella no pudiera salir de la casa.

El 25 de febrero de 1985, Emma se cortó las venas, porque Trevor había tratado de violarla de nuevo y estaba aterrorizada. Ella escondió el cuchillo con el que se había herido y se cubrió las heridas. Trevor se recostó en la cama y Emma lo apuñaló con el mismo cuchillo con el que se había tratado de quitar la vida. Murió pocos minutos después⁶⁰².

Emma Humphreys fue condenada por un delito de asesinato y apeló la decisión alegando que el juzgado de instancia no había tenido en cuenta su solicitud de que le fuera reconocida la defensa parcial de *provocation*.

La Corte de Apelaciones recordó que en los casos en que las circunstancias o causas de provocación son el resultado de una historia de maltrato (*cumulative provocation*), el juez debe instruir al jurado en el sentido de que debe analizar detenidamente estas circunstancias y establecer su relevancia dentro del caso concreto⁶⁰³. Para la Corte, el juzgado de instancia debió tomar la historia de maltrato de la que había sido víctima Emma, a la hora de establecer la existencia de la *provocation*.

⁶⁰² *R v. Humphreys* [1995] 4 All ER 1008

⁶⁰³ *Ídem*.

Por otra parte, la Corte estableció que el estado psicológico en el que se encontraba la víctima en el momento en el que tuvieron lugar los hechos, debía ser tenido en cuenta a la hora de analizar la existencia de la *provocation*⁶⁰⁴.

Estas ideas de provocación acumulada y *slow-burn* se pueden encontrar tanto en sentencias del Reino Unido, como en sentencias de otros países que también tienen una tradición anglo-sajona.

La Corte Suprema de Israel, en su sentencia *Buchbut v. El Estado de Israel de 1995*, utiliza estos conceptos. Los siguientes son los hechos del caso:

Luego de una larga historia de abuso (24 años), que incluyó golpes, heridas, terror, intimidación y humillación, Carmela Buchbut le disparó a su esposo Y. Buchbut, ocasionándole la muerte.

Desde el principio de su matrimonio, Y. Buchbut se impuso en su casa y frente a su mujer, a través de violencia. Le exigía a su esposa que acatará todas sus órdenes y cumpliera todos y cada uno de sus caprichos. Tiempo después, estas demandas se transformaron en violencia verbal y física. Normalmente la acusada presentaba moretones y heridas en su cuerpo. Su marido le impidió ir al médico para recibir tratamiento y amenazó con matarla si se atrevía a acusarlo ante las autoridades. Y. Buchbut le lanzaba a su esposa objetos corto punzantes a la cara, tales como destornilladores, cuchillos y tenedores. Además de esto, el fallecido obligaba a su esposa a servirlo, vestirlo y ponerle los zapatos.

En una ocasión Y. Buchbut golpeó a su esposa de tal manera, que le generó una hemorragia. Luego de esto la amenazó de muerte. Ella, aterrorizada salió en busca de ayuda y él la hizo regresar a casa con promesas de cambiar de actitud. En noviembre de 1993 Buchbut golpeó a su mujer en la cabeza con el tacón de un zapato, hasta dejarla inconsciente. Ante el estado crítico en el que se encontraba Carmela, Y. Buchbut de vio obligado a llevarla al Hospital. Allí sospecharon que

⁶⁰⁴ *Ídem.*

Carmela era víctima de violencia doméstica y reportaron el caso a las autoridades. Y. Buchbut le dejó claro a su mujer que si ella confirmaba que él la maltrataba, le pasaría algo aún peor.

El día en que tuvieron lugar los hechos, Y. Buchbut golpeó a Carmela y la persiguió con un cuchillo por la casa, mientras le gritaba que tenía relaciones con otra mujer a la que iba a llevar a vivir a la casa y a la que Carmela tendría que servir como lo servía a él. Los hijos de la pareja trataron de auxiliar a su madre, pero su padre los echó de la casa. Y. Buchbut siguió persiguiendo a la acusada y lanzándole objetos de todo tipo. En medio de la persecución, ella entro a la habitación de su hijo, que era soldado, y tomo su rifle. Se apuntó a ella misma con el rifle. Cuando su marido vio esto se dirigió rápidamente hacia ella que, presa del miedo, le disparó, porque sabía que si su marido la alcanzaba la iba a matar.

La Corte del distrito ⁶⁰⁵ condenó a Carmela Buchbut a siete años de prisión por un delito de homicidio⁶⁰⁶. La defensa apeló la decisión.

La Corte Suprema inició sus consideraciones aclarando que se encontraba de acuerdo con la posición de la Corte del Distrito cuando ésta afirma que no se puede decidir sobre la vida de una persona, aunque la persona se comporte de manera inhumana, y agregó que incluso el agresor más violento tiene el derecho a ser llevado ante la justicia. No se debe mandar el mensaje de que tomar la justicia en las propias manos es la solución. No castigar (o castigar levemente estos hechos), puede generar la idea de que los crímenes por venganza son una posibilidad a los ojos de la ley.

Hecha esta aclaración, consideró la Corte que el maltrato del que fue víctima la defendida fue constitutivo de una provocación acumulada: se dio un abuso constante durante veinticuatro años por parte de Y. Buchbut. Dicho abuso se

⁶⁰⁵ Cfr.: District Court. 29/94. *The State of Israel v. Buchbut* PM (1995) (1) 272.

⁶⁰⁶ Supreme Court of Israel. *Buchbut v. The State of Israel*. ca 6353/94 pd 49 (3) 647. (1995)

intensificó, y era posible predecir el hecho acontecido. Sin embargo, consideró que no debe haber impunidad para aquellos que matan a otro y que el castigo se debe determinar en función de las circunstancias del caso concreto.

La Corte solicitó que se le redujera la pena a Carmela Buchbut, a tres años de prisión.

En último lugar encontramos la sentencia de la Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda. *The Queen v. Epifania Suluape*. 2002.

En este caso, la apelante, de 53 años, llevaba 24 años casada con su marido. Era oriunda de la Isla Savai ubicada en Samoa Occidental. Su matrimonio estaba regulado por las normas tradicionales de Samoa, donde la mujer tiene un rol pasivo y sumiso frente a la autoridad del hombre y debe hacer todo lo que se le ordena para prevenir que la vergüenza caiga sobre su marido y su familia.

El difunto era un famoso tatuador, que viajaba por el mundo. Durante los 24 años de matrimonio, violentó física y psicológicamente a la defendida; la golpeaba, la hería con un machete y le contagió varias enfermedades de transmisión sexual cuyo padecimiento era producto de sus múltiples infidelidades. La pareja tenía una relación disfuncional que se caracterizaba por el maltrato físico y emocional por parte de él hacía ella y el miedo que ella y sus hijos le tenían a él.

La relación era desigual y normalmente Epifania Suluape era la víctima. En ello tenían influencia los valores tradicionales de Samoa, que estipulaban los roles y el comportamiento de cada miembro de la familia.

El 24 de Noviembre de 1999 Epifania Suluape mató a su marido con un hacha, mientras éste dormía. En junio del año 2002 la Corte Suprema la condenó por homicidio voluntario (*manslaughter*) a siete años y medio de prisión. Para la reducción de la pena (de asesinato a homicidio voluntario) se tuvieron en cuenta la edad y la salud mental de la acusada (SMM).

La defensa apeló la decisión alegando que la condena no reflejaba el efecto acumulativo del periodo prolongado de abuso del que fue víctima Suluape⁶⁰⁷.

La Corte inició sus consideraciones afirmando que en este caso el fundamento para la reducción punitiva no debió ser el SMM, sino una “consideración más pertinente de la naturaleza provocativa del abuso doméstico y la humillación crónicos”⁶⁰⁸ y su impacto acumulativo en la víctima. Si bien la defensa alegó que la defendida padecía del SMM, el testigo experto no hizo referencia a un elemento vital en este caso, que era el hecho de que la víctima era una mujer perteneciente a una cultura específica que normaliza los malos tratos y en cómo esto influyó también en la reacción violenta de la defendida.

Citando su propia jurisprudencia, la Corte resaltó la importancia que deben tener el contexto y las circunstancias personales y culturales de quien mata a otra para explicar en estos casos una ausencia de desproporción⁶⁰⁹.

Para la Corte, lo relevante era haber tenido en cuenta para atenuar la condena: 1.) el comportamiento ejemplar de la defendida en el pasado, 2.) la conducta permanente de abuso y humillación por parte del difunto contra la defendida y su efecto acumulativo, 3.) la percepción cultural de la apelante sobre su posición de subordinación frente a su marido y sobre la falta de opciones reales de librarse de su situación. De igual manera “la historia de la relación y sus efectos en la apelante eran importantes para tener en cuenta a la hora de dictar sentencia.”⁶¹⁰.

Debido a que el ataque letal de la apelante a su marido fue la respuesta a una violencia acumulada en el tiempo en su contra, y su limitada percepción,

⁶⁰⁷ Court of Appeal of New Zealand. *The Queen v. Epifania Suluape*. CA 249/01. 27 March 2002.

⁶⁰⁸ *Ídem*.

⁶⁰⁹ *Ídem*.

⁶¹⁰ *Ídem*.

influenciada por patrones culturales, la Corte decidió reducir la pena a dos años y medio de prisión.

Recapitulando, en *Humphreys*, la Corte se pronunció también en el sentido de que, en casos como estos en los que la causa de provocación es una historia de maltrato, se debe entender que se está en sede de una provocación acumulada para analizar la existencia de la defensa parcial. Al igual que en el caso *Buchbut*, en el que la Corte de Israel consideró que casos de maltrato constante son constitutivos de provocación acumulada, y el caso *Suluape*, en que la Corte de Nueva Zelanda estableció que se debe tener en cuenta el efecto cumulativo del maltrato en la persona que se defiende y, por ende, en la reacción que ésta tiene. Estas consideraciones de las diferentes Cortes reflejan la propuesta de Wasik, de entender el maltrato como una provocación acumulada en el tiempo⁶¹¹, que expusimos en páginas anteriores.

4. Siguiendo con los argumentos que cimientan la aplicación de la *provocation* en estos casos, encontramos la construcción que hace Wasik acerca del fundamento de esta excusa. Wasik argumenta que la *provocation* implica la imposición gradual de la pena. A su juicio hay distintos grados de culpabilidad⁶¹² incluso en las muertes deliberadas. Y debido a esos grados de culpabilidad, éstas no merecen el estigma de asesinato. Por tanto, en los casos de mujeres maltratadas que matan al tirano doméstico, el rol de la mujer como víctima de violencia permanente debe tener más peso a la hora de analizar la configuración de la *provocation* que el requisito temporal. Y esto es así, porque es precisamente su condición de víctima del tirano lo que va a matizar su grado de culpabilidad⁶¹³.

⁶¹¹ WASIK. (1982). *op.cit.*

⁶¹² *Shades of culpability*. La traducción literal del término sería: matices en la culpabilidad.

⁶¹³ WASIK. (1982). *op.cit.* p. 35. En la misma línea: BAKER. (1998). *op. cit.* p. 194.

En conclusión, parte de la doctrina ha ido alejándose de la opinión mayoritaria eliminando el requisito temporal. Para este sector, si hay una provocación razonable se puede aplicar la excusa, si por su peculiar temperamento el sujeto no se ha podido calmar, porque “una provocación puede ser producida por una serie de eventos, durante un lapso considerable de tiempo.”⁶¹⁴. De igual manera, se alega que lo que constituye el tiempo para calmarse va a depender de la naturaleza de la provocación y las circunstancias que la han rodeado⁶¹⁵.

No obstante, existe un precepto de ley que aparentemente soluciona el debate planteado. El § 54 del *Coroners and Justice Act 2009* del Reino Unido⁶¹⁶, regula la nueva excusa parcial para el homicidio: *Loss of self control*, que aparece en el ordenamiento jurídico para remplazar la *provocation*⁶¹⁷, regulada en el § 3 del *Homicide Act 1947*⁶¹⁸.

⁶¹⁴ LaFAVE. (2010). *op. cit.* p. 831. “una provocación razonable puede ser producida por una serie de eventos que ocurren durante de un periodo de tiempo considerablemente largo”.

⁶¹⁵ LaFAVE. (2010). *op. cit.* p. 830.

⁶¹⁶ **“Partial defence to murder: loss of control** (1) Where a person (“D”) kills or is a party to the killing of another (“V”), D is not to be convicted of murder if— (a) D's acts and omissions in doing or being a party to the killing resulted from D's loss of self-control, (b) the loss of self-control had a qualifying trigger, and (c) a person of D's sex and age, with a normal degree of tolerance and self-restraint and in the circumstances of D, might have reacted in the same or in a similar way to D. (2) For the purposes of subsection (1)(a), it does not matter whether or not the loss of control was sudden. (3) In subsection (1)(c) the reference to “the circumstances of D” is a reference to all of D's circumstances other than those whose only relevance to D's conduct is that they bear on D's general capacity for tolerance or self-restraint. (4) Subsection (1) does not apply if, in doing or being a party to the killing, D acted in a considered desire for revenge. (5) On a charge of murder, if sufficient evidence is adduced to raise an issue with respect to the defence under subsection (1), the jury must assume that the defence is satisfied unless the prosecution proves beyond reasonable doubt that it is not. (6) For the purposes of subsection (5), sufficient evidence is adduced to raise an issue with respect to the defence if evidence is adduced on which, in the opinion of the trial judge, a jury, properly directed, could reasonably conclude that the defence might apply. (7) A person who, but for this section, would be liable to be convicted of murder is liable instead to be convicted of manslaughter.(8) The fact that one party to a killing is by virtue of this section not liable to be convicted of murder does not affect the question whether the killing amounted to murder in the case of any other party to it.”

⁶¹⁷ La § 56 del *Coroners and Justice Act 2009* deroga la § 3 del *Homicide Act de 1947*. **56. “Abolition of common law defence of provocation.** (1) The common law defence of provocation is abolished and replaced by sections 54 and 55.”

La excusa parcial de 2009 no requiere para su configuración que se dé una pérdida de control repentina y temporal por parte de la persona que reacciona⁶¹⁹, lo que implica que casos como el que nos ocupan ahora pueden estar cobijados bajo esta figura. De hecho, una de las razones de la reforma fue precisamente esa, poder aplicar la excusa parcial a los casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores⁶²⁰.

De igual manera, con la regulación de 2009 se puede utilizar la historia de maltrato (como lo venían haciendo algunas cortes británicas, haciendo una interpretación extensiva de la antigua ley de *provocation*) para establecer la ilicitud y la extrema gravedad de la conducta provocadora y, sin el requisito temporal de por medio, poder argumentar que ésta fue la que desencadenó la reacción de la mujer, que sería la que cualquier persona tendría en una situación similar⁶²¹.

⁶¹⁸ **“Provocation.** Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did shall be left to be determined by the jury; and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said according to the effect which, in their opinion, it would have on a reasonable man.”.

⁶¹⁹ §54. 2 del *Coroners and Justice Act 2009*. (2) “For the purposes of subsection (1)(a), it does **not matter whether or not the loss of control was sudden.**”. (Negritas propias).

⁶²⁰ Al respecto: *Vid.*: MITCHELL. (2011). *op. cit.* p. 45, para quien el hecho de haber prescindido del requisito de inmediatez refleja el deseo de cobijar, bajo la *provocation*, casos de *slow burn* que caracteriza algunos casos de muertes de agresoras manos de mujeres víctimas. En la misma línea: ORMEROD. (2011). *op. cit.* p. 506. HERRING. (2011)A. *op. cit.* p. 165.

Sin embargo, algún sector de la doctrina asegura que –incluso con la reforma– esta excusa no puede aplicársele a las mujeres maltratadas que matan a sus maridos en situaciones sin confrontación, porque es difícil entender cómo se puede perder el control de manera no-temporal y no repentina. Al respecto: Cfr.: KOTISWARAN. (2014) *op cit.* p. 67. Para quien, además, la reforma es una respuesta a las críticas feministas que se hacían de la antigua *provocation*. En la misma línea: Cfr.: COBB, Neil and GAUSDEN, Anna. “Feminism, <Typical> Women, and losing control. En: *Loss of self-control and diminished responsibility. Domestic, Comparative and International perspectives.* (Redd/Bohlander. Eds.). Ashgate. UK, 2011. p. 97.

⁶²¹ Así: NORRIE. (2010). *op. cit.* p. 286. En la misma línea: HERRING. (2011)B. *op cit.* pp. 66 y 67. Dawes [2013] EWCA Crim 322.

5. Por último, es relevante mencionar que se han alzado voces que, desde el feminismo, aseguran que existe un sesgo de género en la aplicación de la *provocation*⁶²². La crítica principal se centra en el hecho de que la *provocation* es una defensa masculina⁶²³, entre otras razones, porque está construida sobre ideas, acerca de las reacciones, netamente masculinas⁶²⁴. Es decir, se dice que los hombres pierden el control más rápidamente que las mujeres, ante una situación provocadora y por eso es más fácil que a ellos se les reconozca la defensa. Por su parte, las mujeres, tienden a soportar más y a reaccionar en momentos espacio temporalmente diferentes al que tuvo lugar la acción provocadora⁶²⁵. Así las cosas, se asegura que el hecho de que exista este requisito temporal en algunas jurisdicciones del *Common Law*, refleja que la construcción de la defensa parcial se realizó partiendo de la base de las reacciones típicamente masculinas e impide su aplicación en casos en los que quien alega la defensa parcial es una mujer⁶²⁶.

Anteriormente se dijo que para que se configurara la *provocation* se hacía un doble test, compuesto por un aspecto subjetivo y otro objetivo. El aspecto subjetivo hace referencia a que la reacción de la persona sea provocada por una causa adecuada; además del requisito temporal que sigue en vigor en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos. Mientras que el objetivo, hace referencia a

⁶²² Al igual que sucede con los requisitos de configuración de la defensa propia.

⁶²³ Al respecto: Cfr.: **HORDER**. (1992). *op. cit.* pp. 193 y 194. **DRESSLER**. (2002)B. *op. cit.* p. 975. **CARLINE**, Anna. "Women who kill thier abusive partners: From sameness to gender construction.". En: Liverpool Law Rev. No. 26, 2005. pp. 23 yss. **EDWARDS**. (1996). *op. cit.* pp. 393 y ss.

⁶²⁴ **KOTISWARAN**. (2014) *op cit.* p. 67. "En la misma línea: **YEO**, Stanley. **CARLINE**. (2005). *op. cit.* p. 25. **MITCHELL**. (2011). *op. cit.* p. 42. **EDWARDS**. (1996). *op. cit.* p. 393. **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* pp. 120 y 121.

⁶²⁵ **EDWARDS**. (1996). *op. cit.* p. 394.

⁶²⁶ Al respecto: Cfr.: **SANGHVI**, Rohit and **NICOLSON**, Donald. "Battered women and provocation: the implications of R. Ahluwalia.". En: Criminal Law Rev. 1993. p. 730. En la misma línea: **YEO**. (1997). *op. cit.* p. 436. **EDWARDS**. (1996). *op. cit.* p. 395.

que la reacción debe ser la que cualquier hombre o persona razonable hubiese tenido en una situación similar⁶²⁷.

Este requisito objetivo plantea también un problema a la hora de aplicar esta excusa a las mujeres maltratadas que matan a sus agresores en situaciones sin confrontación. Para un sector doctrinal, en los casos en los que las mujeres maltratadas matan a sus agresores mientras éstos están desprevenidos, no parece configurarse el requisito objetivo. Es decir, parece que la mujer no actuó como una persona razonable hubiese actuado “en su lugar”; su respuesta a la provocación no resulta racional⁶²⁸.

Los contraargumentos que se esbozan al respecto, son los mismos que se dan para la defensa propia⁶²⁹. **a.)** Se critica también, desde el feminismo, que el estándar de hombre razonable es masculino⁶³⁰ **(b).** De igual manera, ya no desde la perspectiva feminista, se le critica que no tiene en cuenta las especiales características físicas y contextuales en las que se encuentra quien reacciona y , por tanto, se aboga porque el análisis de la existencia del aspecto objetivo de la *provocation* se haga a la luz de las especiales circunstancias de cada caso. En

⁶²⁷ LEE, Cynthia. “Reasonable provocation and Self defense. Recognizing the Distinction Between Act Reasonableness and Emotion Reasonableness.” En: *Criminal law conversations*. (Robinson/Garvey/Kressker. Ed(s).). Oxford University Press. Oxford, 2009. p. 428. Esta autora recuerda que la razonabilidad de la actuación de quien ha sido provocado se mide en términos del estándar de hombre o persona razonable. La actuación será razonable “si una persona razonable, en los zapatos de quien se defiende, hubiese respondido o actuado como lo hizo quien se defendía.”.

En contra de esta idea se encuentran autores como Fletcher, para quienes resulta contradictoria porque “una persona razonable, no mataría, incluso siendo provocada”. Al respecto: Cfr.: FLETCHER. (2000). *op. cit.* p. 247. En una línea similar: Cfr.: HELLER, Kevin Jon. “Beyond the reasonable man? A sympathetic but critical assessment of the use of subjective standards of reasonableness in Self- Defense and Provocation cases.” En: *American Journal of Criminal Law*. Vol 26. No. 1. 1998. p. 24.

⁶²⁸ BAKER. (1998). *op. cit.* p. 200, quien considera que la fuerza normativa de la *provocation* no es suficiente para reconocer la racionalidad en muchos casos en los que las mujeres matan a sus agresores.

⁶²⁹ Vid.: *Supra*. III.1. A.) a.).

⁶³⁰ EDWARDS. (1996). *op. cit.* p. 395.

últimas, bien sea desde el feminismo o no, la crítica es la misma, porque se parte de la base de que el estándar del hombre/persona razonable es falaz, en la medida en que promueve la creencia de que hay un solo tipo de persona que sirve como modelo de conducta⁶³¹, lo que implica que este estándar ignora las situaciones especiales o los grupos de personas particulares⁶³².

a. Las críticas que se hacen desde el feminismo al estándar del hombre razonable en la *provocation* son esencialmente las mismas que se le hacen a este estándar en el marco de la defensa propia⁶³³. Para el caso concreto de la *provocation*, se dice que el estándar objetivo es masculino, ya que todo aquello frente a lo que parece razonable reaccionar cuando se ha sido provocado es aquello frente a lo que socialmente es razonable que un hombre reaccione. Por ejemplo, parece razonable que el hombre, al ser provocado por el hecho de que su mujer le esté siendo infiel, la mate y/o mate a la persona con la que ésta le ha sido infiel. En este orden de ideas, lo que se dice es que la *provocation* no legitima la indignación (en términos de Horder), sino la indignación masculina. Bajo este estándar, matar bajo indignación sólo es excusado parcialmente, si esa indignación resulta de aquellas circunstancias que indignarían a un hombre⁶³⁴. Por esta razón, las circunstancias a las que reacciona la mujer, es decir las razones que ha tenido para matar, no se ajustan a este estándar moral y legal⁶³⁵ y por tanto, el análisis de la existencia de la *provocation* no supera el estándar

⁶³¹ CHAN. (1994). *op. cit.* p. 50.

⁶³² ASHWORTH. (1976). *op. cit.* p. 300. En la misma línea: *Vid.: Model penal code and commentaries*. Part II. Definition of specific crimes. American Law Institute. Philadelphia, 1980. p. 61. "Este problema no puede resolverse de manera satisfactoria, categorizando las conductas. Se debe hacer un análisis a la luz de los hechos del caso concreto."

⁶³³ Al respecto: *Vid.: Segunda Parte. Capítulo primero. I.2. A.) a.)*.

⁶³⁴ EDWARDS. (1996). *op. cit.* pp. 395. "Es la rabia del hombre la que configura la *provocation*". p. 397.

⁶³⁵ No sólo moral, sino también social. Esto sería una manifestación de la posición de Fletcher respecto a que las causas de provocación adecuada están fijadas por convenciones sociales.

objetivo⁶³⁶. Lo anterior es muestra de cómo se crean diferentes estándares para las mujeres que para los hombres⁶³⁷.

b. La posición doctrinal, seguida por alguna jurisprudencia, respecto a un análisis subjetivado del estándar objetivo, radica en tener en cuenta, para analizar la capacidad de auto control de la persona que responde a la provocación, la edad y el sexo de la misma⁶³⁸. Las otras características (como el estado psicológico de la persona) no se deben analizar con respecto a su capacidad de reaccionar, sino respecto a su afectación dentro de la gravedad de la provocación⁶³⁹. En este orden de ideas, el SMM no sería determinante para la configuración de la defensa de la mujer maltratada que mata a su agresor.

Por otra parte, hay quienes aceptan que todas las características del sujeto que responde se deben analizar dentro de la configuración del estándar objetivo. Es decir, que no sólo el sexo y la edad del sujeto son relevantes, sino también su condición psicológica⁶⁴⁰ y la influencia del contexto en ésta⁶⁴¹. Por ende, las

⁶³⁶ **EDWARDS**. (1996). *op. cit.* pp. 398 y 399. Con amplios ejemplos de casos que han llegado a las Cortes.

⁶³⁷ *Ídem*.p. 396.

⁶³⁸ En esta línea: *Vid: Camplin*, [1978] 2. All ER 168. En este fallo se estableció que la edad y el sexo de la persona pueden afectar el temperamento.

⁶³⁹ **ORMEROD**. (2011). *op. cit.* p. 498. En la misma línea: **ASHWORTH**. (1976). *op. cit.* p. 300.

En materia jurisprudencial: Cfr.: *Luc Thiet Thuan* [1997] AC 131 Privy Council (Appeal from Hong Kong). El defendido padecía un daño cerebral que le impedía, en buena medida, controlar sus impulsos y su temperamento. Cuando su ex novia se burló de él, contándole sobre su nuevo novio, él la mató. En este fallo se estableció que el jurado no debía tener en cuenta su daño cerebral a la hora de establecer la razonabilidad de su reacción. Sí hubiese sido provocado con respecto al daño cerebral que padecía, entonces sí hubiese sido relevante, pero como fue provocado respecto a otro tema, no se pudo tener en cuenta. Supreme Court of California. *People v Steele*, 27 Cal. 4th 1230, 120 Cal Rptr, 2d. 432, 47 P.3d 225 (2002). La evidencia de que el defendido sufría de deficiencias mentales debido a una disfunción cognitiva causada por su traumática experiencia en la guerra de Vietnam, y el hecho de que al escuchar un helicóptero, perdiese el control, pueden ser relevantes para establecer que actuó movido por el sentimiento de ira, pero no para satisfacer el requisito objetivo del hombre razonable.

⁶⁴⁰ *R v Humphreys* [1995] 4 All ER 1008 Court of Appeal. La Corte estableció que el estado psicológico en el que se encontraba, debido al maltrato del que había sido víctima, debía ser tendido en cuenta para medir el estándar objetivo. En la misma línea: Court of Appeal. *R. v Kiranjit Ahluwalia*, [1993] 96 Cr. App. R. 133. Donde se reconoce la relevancia del SMM para

percepciones –erradas o no – que esta persona tenga, pueden constituir una provocación adecuada que puede llevar a excusar parcialmente su actuar y, por tanto generar una reducción de pena. Según esta posición doctrinal, introducir pruebas dentro del proceso que demuestren que la mujer sufre del SMM, puede entonces ser determinante para la configuración de la *provocation*⁶⁴².

Lo anterior se ve reflejado en el fallo de la Corte Suprema de Wisconsin. *State v. Felton* de 1983. Los siguientes son los hechos probados:

Según el testimonio de Rita Felton, su marido empezó a golpearla seis meses después de su matrimonio. La golpeó durante sus seis embarazos y, debido a los golpes, sufrió un aborto. En otra ocasión la golpeó, la tiró al suelo y la amenazó con quemarla viva con un soplete. En ocasiones Rita se despertaba porque su marido estaba ahorcándola. Una vez la golpeo tan fuerte con el puño que le rompió un diente y le corto el labio. La amenazaba constantemente con matarla, la obligaba a mantener relaciones sexuales con él y a realizar prácticas sexuales que ella consideraba degradantes.

Tanto los vecinos como los hijos de la pareja llamaron en varias ocasiones a la policía. En 1977, después de una paliza, la policía sacó a Rita y a sus hijos de la casa. Ella contrató un abogado y solicitó el divorcio. La pareja estuvo separada durante diez meses, pero regresaron porque – según la defendida- Robert era

establecer la configuración del estándar objetivo. *R v Smith (Morgan)* [2000] 3 WLR 654 House of Lords. La evidencia sobre el estado mental de quien responde a la provocación, es relevante para analizar la configuración del aspecto objetivo de la excusa parcial. *Attorney - General for Jersey v. Holley* [2005] UKPC 23. Lords Hoffmann and Bringham join dissent. En este salvamento de voto, los jueces sostiene que la evaluación de la provocación debe hacerse teniendo en cuenta el efecto de ésta en la persona que se defiende. Supreme Court of India *Nanavati v State* AIR 1962 SC 605. El estado mental creado por los actos previos del difunto debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer la existencia de la *provocation*. En contra de esto: Cfr.: **CLARKSON**. (2001). *op. cit.* p. 124. Para este autor, esta aproximación implica una obliteración total del requisito objetivo. En la misma línea: *Attorney - General for Jersey v. Holley* [2005] UKPC 23.

⁶⁴¹ Al respecto: *Vid.*: *R v Davies* [1975] 1 QB 691.

⁶⁴² Así por ejemplo, *Vid.*: *R v. Thornton* [1992] 1 All ER 306.

más cariñoso con ella y porque ella estaba teniendo problemas financieros. Además, Robert la convenció de que si él estaba cerca, los niños tendrían menos problemas de disciplina en el colegio.

En septiembre de 1978 las actitudes violentas de Robert fueron en ascenso; empezó a golpear a sus hijos, incluso, trató de ahorcar a uno de ellos. Durante noviembre y diciembre la situación empeoró. Según Rita, Robert empezó a levantarse en medio de la noche para golpearla sin ninguna razón. Dos semanas antes de que tuvieran lugar los hechos, Robert le propinó una fuerte paliza a Rita porque su hija de 15 años estaba suspendiendo varias materias. Rita aseguró que había intentado suicidarse esa noche tomándose un frasco de anti- ansiolíticos.

Greg, el hijo de 17 años de la pareja, testificó que su padre lo había tratado de ahorcar en diferentes ocasiones y que en noviembre y diciembre había habido más peleas y altercados que de costumbre. Rhonda, de 15 años, testificó que su padre la golpeaba frecuentemente y que las agresiones empezaron cuando ella tenía doce o trece años. Según ella, para noviembre y diciembre su padre estaba más agresivo de lo normal y la golpeaba casi todos los días.

Los hechos tuvieron lugar en la tarde del 2 de enero de 1979. Ese día era el noveno cumpleaños de las dos gemelas de la pareja: Kim y Kelly. En la mañana fueron a hacer unas diligencias y luego pararon en un bar para tomar una cerveza. Rita fue a la pastelería a encargar las tartas de cumpleaños de las gemelas, y cuando regresó al bar, Robert estaba furioso y, según ella, su tono de voz daba miedo. Cuando llegaron a la casa la situación continuó y Robert empezó a gritarle porque los regalos que habían comprado para las gemelas eran muy grandes. Rita dijo durante el juicio que, como estaba tan asustada, le había pedido a Charles, su hijo de 19 años, que se quedara. Sin embargo él se fue a su casa. Luego Robert empezó a pelear con su hija Rhonda. De acuerdo con el testimonio de Rita, después de la pelea, Rhonda tenía el labio roto.

Greg, el hijo de 17 años de la pareja, atestiguó que cuando sus padres regresaron ese día a casa, ambos estaban ebrios. También dijo que su padre y Rhonda tuvieron una pelea que él ayudó a finalizar. Luego de eso, él salió de la casa.

Rhonda también aseguró que sus padres estaban ebrios y que su padre estaba furioso con su madre. Greg llegó y se llevó a Rhonda consigo.

Rita narró durante el juicio que estaba asustada después de que Rhonda y Greg se fueron de la casa y que Robert empezó a gritarle y a agredirla verbalmente porque los niños eran unos “maleducados”. Robert la siguió a la cocina y la empezó a empujar, pero en ese momento las gemelas agarraron a Robert y lo empujaron fuera de la cocina y dentro de la sala de estar. Luego Rita, alrededor de las 8 pm, se fue a su cuarto. Testificó que estaba asustada y estaba temblando, pero que pudo dormir un rato. Después se levantó fue a la cocina y vio que Robert estaba dormido en el sofá. Regresó a su cuarto y se sentó sobre su cama y aseguró estar muy asustada porque, en ocasiones, Robert se levantaba en medio de la noche a golpearla. Ella temía que si él se levantaba fuera a matarla. Dijo que nunca se había sentido de la manera en la que se sintió esa noche: “era más que estar asustada”.

En su testimonio narró que recordaba haber estado sentada en la cama sosteniendo el rifle calibre 22 de Robert. Dijo que se estuvo debatiendo acerca de qué hacer y atestiguó también, que concluyó que matar a su marido era la única opción para evitar que no la matara a ella o a sus hijos. Afirmó que estaba consciente de que iba a ser arrestada pero sabía que sus hijos estarían a salvo. Durante el interrogatorio aseguró que ella no quería matar a su marido, pero que tenía que hacerlo. La defendida dijo no acordarse muy bien de lo que había sucedido después, pero que recordaba haber estado frente a Robert, apuntándole con el arma y que recordaba haber sentido el gatillo.⁶⁴³

El jurado la condenó por asesinato en segundo grado.

La Corte Suprema de Wisconsin inició sus consideraciones recordando que para que se configure la *provocation* se requiere que la actuación satisfaga un test objetivo y otro subjetivo y que ambos se configuraron en este caso.

⁶⁴³ Supreme Court of Wisconsin, *State v. Felton*. 110 Wis.2d 485 329 N.W.2d 161 (1983).

La Corte hizo referencia a que para la Corte de Apelaciones (órgano juzgador que conoció del proceso) el test objetivo sólo se podía satisfacer teniendo en cuenta cómo una persona ordinaria hubiese reaccionado en la situación de la defendida. Este fue el primer error de este Tribunal, a los ojos de la Corte Suprema, porque la Corte de Apelaciones debió haber tenido en cuenta la situación de maltrato de la defendida. Para la Corte Suprema, la existencia del requisito objetivo pudo analizarse a la luz del hecho de que la persona que se defiende haya sido una víctima de maltrato constante⁶⁴⁴. Es evidente entonces que la Corte Suprema de Wisconsin sigue en este fallo una línea clara de subjetivación o individualización del estándar objetivo.

Siguiendo lo anterior, a criterio de la Corte Suprema la provocación puede consistir, como sucedió en este caso, en una historia larga de abuso; por tanto, lo apropiado sería que el parámetro de configuración del estándar objetivo sea cómo una persona en una situación similar hubiese reaccionado frente a ese tipo “o historia de provocación”⁶⁴⁵.

La historia de maltrato que se desprende de los hechos del caso da evidencia suficiente para afirmar que el elemento objetivo de la defensa se configuró⁶⁴⁶. Pero no sólo la historia de maltrato respecto a la acusada, sino el hecho de que el señor Felton hubiese maltratado a una de sus hijas poco tiempo antes de su muerte, pudo fundamentar, aún más, la existencia de la *provocación*.

La Corte Suprema identificó un segundo error en el que incurrió la Corte de Apelaciones, consistente en afirmar que otra de las razones para negar la existencia del requisito objetivo fue el hecho de que entre el último episodio de agresiones y la muerte del señor Felton pasaron tres horas. Esto constituye un

⁶⁴⁴ *Ídem*. [6].

⁶⁴⁵ *Ídem*. La Corte se refiere a la historia de provocación para establecer la historia de maltrato como constitutiva de provocación adecuada.

⁶⁴⁶ *Ídem*. [7].

error a los ojos de la Corte Suprema, porque no se puede concluir que la ira o arrebato de una persona razonable en las circunstancias en las que se encontraba la defendida, se hubiese podido disipar en un periodo de tres horas. La Corte Suprema entonces consideró que el estándar objetivo se había configurado.

Ahora bien, respecto al elemento subjetivo se pronunció la Corte de Apelaciones en el sentido en que éste no se configuraba en este caso, porque la defendida tenía la voluntad de matar a su marido (lo que se demuestra a través de su propio testimonio, ya que ella afirma que se sentó en su cama a reflexionar sobre su situación y concluyó que debía matar a su marido), lo que elimina inmediatamente el requisito de actuar en “el calor de la pasión”, necesario para que se configure la defensa. Para la Corte de Apelaciones la defendida actuó de manera voluntaria y premeditada. La opinión de la Corte Suprema, en este punto, distó bastante de lo expuesto. Para este tribunal, el hecho de que hubiese una intención o una voluntad no anula, por sí sola, la defensa. En este caso hubo evidencia suficiente para mostrar que Rita no estaba en condiciones de ejercer un juicio claro y que ella actuó de manera incontrolable.

Fundamentándose en todo lo ya expuesto, La Corte Suprema anuló la condena impuesta y ordenó un nuevo juicio.

Evidentemente en este caso la Corte Suprema de Wisconsin afirma que para establecer si la persona que alega que actuó provocada, actuó como habría actuado una persona racional en sus circunstancias, hay que tener en cuenta la situación de maltrato de la defendida. Es decir, hacer el análisis preguntándose si una persona maltratada habría reaccionado de manera igual en una situación como la de la defendida. De igual manera, la historia de maltrato debe ser tomada en cuenta a la hora de analizar si la defendida tuvo o no tiempo para

calmarse. La ira o arrebató de una persona en la situación de la defendida no se disipa tan rápidamente como sucede en otro tipo de casos.

En un sentido similar, se pronunció la Corte Suprema de Nueva Zelanda en el caso *Suluape*, al establecer que se debió tener en cuenta la historia de maltrato para entender la reacción de la defendida, así como su situación de subordinación, frente a su marido, y las creencias culturales que le impedían entender que había otras soluciones. De igual manera, en el caso *Humphreys*, la Corte estableció que el estado psicológico de la víctima debía ser tenido en cuenta a la hora de analizar la existencia de la *provocación*.

Esta solución dada por las Cortes es la aplicación práctica de posiciones como la de Ashworth⁶⁴⁷, que abogan por tener en cuenta todas las situaciones particulares de la persona que alega la *provocation*.

Esto parece ser en lo que se ha inspirado el § 210. 3. 1. (b) del MPC⁶⁴⁸. Si bien el precepto incluye la doctrina de la *provocation*, los requisitos para su configuración son más amplios⁶⁴⁹, sobre todo en lo referente al estándar objetivo. Según el MPC, un asesinato común será penado como si fuese un homicidio cuando la persona actúe bajo la influencia de una perturbación mental o emocional extrema.

⁶⁴⁷ ASHWORTH. (1976). *op. cit.* p. 300.

⁶⁴⁸ "Section. 210.3. 1. (b). A homicide which would otherwise be murder is committed under the influence of extreme mental or emotional disturbance for which there is reasonable explanation or excuse. The reasonableness of such explanation or excuse shall be determined from the viewpoint of a person in the actor's situation under the circumstances as he believes them to be."

⁶⁴⁹ *Model penal code and commentaries*. Part II. Definition of specific crimes. American Law Institute. Philadelphia, 1980. p. 60. "Section 210.3 of the Model Penal Code continues a modified and substantially enlarged version of the rule of provocation. ". En la misma línea: NOURSE, Victoria. "Passion's Progress: Modern law reform and the provocation defense". En: The Yale Law Journal. Vol 106. 1997. pp. 339 y 340. Para esta autora el precepto del MPC es una defensa extremadamente sensible al contexto y a la perspectiva particular del defendido.

La citada sección hace referencia específica a que se debe tener en cuenta, a la hora de establecer la configuración del estándar objetivo, “el punto de vista de una persona en la situación del actor, en las circunstancias en la que éste cree que está”. Lo anterior implica que el estándar que introduce el MPC no evalúa la razonabilidad objetiva de las percepciones de quien reacciona, sólo requiere que se evalúe la situación a la luz de las percepciones de la persona. Es decir, si una persona razonable hubiese respondido, frente a las percepciones de quien reacciona, de la manera en qué éste lo hizo, la actuación de quien responde es razonable, “independientemente de si una persona razonable frente a las mismas circunstancias externas las hubiese percibido de manera diferente”⁶⁵⁰.

Pero la respuesta frente a la percepción sí debe ser razonable. Como bien concluye Heller, “las percepciones no tienen que ser razonablemente objetivas bajo el estándar del MPC; sin embargo, las reacciones frente a las percepciones sí deben serlo”, porque se pide que la persona reaccione como cualquiera (entendiendo *cualquiera* como una persona razonable) lo hubiese hecho bajo las circunstancias existentes en el momento, siendo percibidas de la manera en que la persona que reaccionó, las percibió⁶⁵¹.

Aplicando lo anterior al caso de muerte del tirano de casa, bajo la regulación del MPC la mujer habrá actuado de manera razonable al matar a su agresor si

⁶⁵⁰ **HELLER.** (1998). *op. cit.* p. 67. En un sentido similar: **DUBBER.** (2002). *op. cit.* p. 269. Para quien el estándar del MPC es objetivo ya que sólo se configura la excusa parcial si la reacción es razonable. El criterio del MPC, a los ojos de este autor, es el de una razonabilidad flexible, porque las desventajas del actor que se tienen en cuenta, son desventajas *razonables* y por tanto el estándar no pierde su objetividad. Esto se reafirma con el hecho de que no se tienen en cuenta desventajas del autor, tales como valores morales idiosincrásicos. Es decir, no se tienen en cuenta -dentro de la configuración del estándar objetivo - que la persona haya reaccionado porque, movido por alguna idiosincrasia, creía que causar la muerte por una determinada *provocación*, era moralmente correcto en el caso concreto.

⁶⁵¹ *Ídem.* p. 68. En la misma línea: **O'DONOVAN.** (1991). *op. cit.* p. 227. Para esta autora, si no se tiene en cuenta el punto de vista de quien reacciona, se continuará reforzando el hecho de que el hombre razonable es un estándar definido desde el etno y falo centrismo.

cualquier persona en su situación (personal) de maltrato, hubiese percibido lo mismo que ella y hubiese matado a su agresor.

En conclusión, la imposibilidad de aplicar la *provocation* a casos como el que nos ocupa radica en las mismas razones que la imposibilidad de aplicarle la defensa propia. La temporalidad de la reacción impide hablar de una *provocation* clásica (aunque sí se configuraría la *loss of self control* del ordenamiento británico), al igual que en la defensa propia el requisito temporal representa un obstáculo para las mujeres maltratadas que matan a sus agresores en situaciones donde no hay confrontación. Por otra parte, el elemento objetivo, es decir, la razonabilidad de la respuesta, al igual que la razonabilidad de la reacción defensiva en la defensa propia, no parece configurarse, si se tienen en cuenta los planteamientos del estándar de hombre razonable, como un estándar puramente objetivo; esto, en los casos de *provocation* parece solucionarse con la regulación contenida en el MPC. Estas soluciones no son nada diferente a la propuesta que se ha venido planteando de crear un estándar de mujer razonable, bajo el cual establecer la objetividad de la actuación, en los casos en los que las mujeres son las que alegan que actuaron bajo *provocation*⁶⁵².

⁶⁵² Al respecto: **TAYLOR**, L.J. "Provoked reason in men and women: Heat of passion, manslaughter and imperfect Self defense". En: U.C.L.A. Law Rev. No. 33. 1986. p. 1679. "Los casos de mujeres que matan a otro deben ser excepcionales porque raramente suceden. Las que no deben ser tratadas como "excepcionales" son las mujeres, porque, por el contrario, son mujeres normales llevadas al extremo. La ley nunca ha incorporado este estándar de <mujer ordinaria> para establecer el grado de criminalidad, como si lo ha hecho con el del < hombre ordinario>.".

Sobre las ventajas de construir un estándar de "mujer razonable": Cfr.: **FORELL and MATHEWS**. *op. cit.* (2001). pp. 216 -218. **WILDMAN**, Stephanie. "Ending male privilege: Beyond the reasonable woman." Reviewed Work: *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man* by Caroline A. Forell, Donna M. Matthews. En: Michigan Law Rev. No. 6 Vol 98. 2000. pp. 1797-1821.

- Relación con la atenuante de “arrebato, obcecación y otro estado pasional de entidad semejante”. (Art. 21.3 CPe.) y el §213.1 del StGB

La figura de la *provocation* previamente analizada, se podría equiparar con la circunstancia atenuante consagrada en el art. 21.3 del CPe de obrar movido por arrebato, obcecación u otro estado pasional similar⁶⁵³ y con el tipo privilegiado consagrado en el §213.1 StGB⁶⁵⁴. Para realizar dicha equiparación, primero expondremos los requisitos de la atenuante y el tipo privilegiado (Art. 21.3 CPe y §213 StGB). Una vez hecha esta descripción general, procederemos a establecer las relaciones que, a nuestro juicio, existen entre éstos y la eximente parcial de *provocation*. Ello se hará de la siguiente manera: primero estableceremos las relaciones existentes respecto al fundamento de las figuras y luego haremos lo propio con los requisitos de configuración y los debates que se han planteado en torno a ellos.

⁶⁵³ “Art. 21. Son circunstancias atenuantes: (...) 3. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.”. Para un análisis comparado de esta eximente con sus símiles en el ámbito del *common law*: Vid.: **CANCIO MELIÁ**, Manuel. “Partial Defences Due to Loss of control and Diminished Responsibility under Spanish Criminal Law.” En: *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander Eds.) Ashgate. UK, 2011. pp. 341 -351. **MATALLÍN EVANGELIO**, Ángela. *La circunstancia atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. pp. 101 – 118.

⁶⁵⁴ **§ 213 Minder schwerer Fall des Totschlags**. War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem getöteten Menschen zum Zorn gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden oder liegt sonst ein minder schwerer Fall vor, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

a.) Arrebato, obcecación u otros estados pasionales similares. Art. 21. · CPe.

Es importante resaltar que “el arrebato, la obcecación y el estado pasional son tres formas de referirse a estados de **intensa perturbación afectiva**”⁶⁵⁵, que se podrían considerar tres opciones diferentes para atenuar la responsabilidad⁶⁵⁶. De hecho, se suele hacer una diferenciación entre el arrebato, la obcecación y la clausula analógica específica: “otro estado pasional de entidad semejante”. El primero es definido como una emoción súbita, intensa y de corta duración, mientras que la segunda se entiende como un estado pasional persistente y prolongado, caracterizado por la ofuscación⁶⁵⁷. Esto lleva a concluir que la diferencia entre estos dos conceptos radica en la temporalidad.

Por último, de la clausula analógica se dice que cobija aquellas alteraciones anímicas de suficiente entidad, que no tengan cabida en las dos definiciones anteriores⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ **MARTÍNEZ GARAY**, Lucia. “Arrebato, obcecación u otro estado pasional”. En: *Memento práctico. Penal.* (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. p. 437. Negritas originales. En la misma línea: Cfr.: **RODRIGUEZ MOURULLO**, Gonzalo. “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”. En: *Comentarios al Código Penal.* (Rodríguez Mourullo. Dir./Jorge Barreiro. Coord.). Civitas. Madrid, 1997. p. 113, quien entiende que el arrebato y la obcecación son “alteraciones de la vida afectiva”, caracterizadas por una intensidad elevada y que, además, van acompañadas de manifestaciones somáticas.

⁶⁵⁶ Así: Cfr.: **CORTÉS BECHIARELLI**, Emilio. *Arrebato u obcecación*. Marcial Pons. Madrid, 1997. p. 288. Para quien el arrebato y la obcecación son dos situaciones afectivas diferentes que se incluyen en el mismo precepto. La jurisprudencia también reconoce que se tratan de tres estados pasionales distintos y, por lo mismo, aclara que no pueden alegarse al tiempo. *Vid.*: STSe. del 19 de diciembre de 2007. 1089/2007 y del 23 de febrero de 2010. 140/2010.

⁶⁵⁷ Así: **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1997). *op. cit.* p. 113 y 114. **MATALLÍN EVANGELIO**. (1999). *op. cit.* pp. 122-124. **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 638. **MARTÍNEZ GARAY**. (2016). *op. cit.* 437. **ALÓNSO FERNÁNDEZ**, José Antonio. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación*. Bosch. Barcelona, 1999. pp. 37 -46.

⁶⁵⁸ **MARTÍNEZ GARAY**. (2016). *op. cit.* 437. **ALÓNSO FERNÁNDEZ**. (1999). *op. cit.* pp. 47 -49.

Más allá de esta diferenciación que se hace, lo relevante sobre esta atenuante es que la base para la reducción de la pena es el haber actuado movido por un estado anímico que perturba de determinada manera al sujeto⁶⁵⁹.

Los **requisitos** de configuración de esta eximente han sido dotados de contenido a través de la jurisprudencia; y por esta vía se han creado también otros requisitos.

Así, en primer lugar debe existir un **estímulo poderoso**, que es el que va a generar un estado pasional en el sujeto que va a desencadenar en la comisión de una conducta delictiva. No es suficiente con un estímulo cualquiera, sino que debe ser suficientemente poderoso para causar en el sujeto un estado de arrebató, obcecación o uno similar⁶⁶⁰. En este sentido, no se reconocería la atenuante si la causa de la reacción agresiva se basa en “motivos nimios ante los que cualquier persona reaccionaría con normalidad”⁶⁶¹. Sin embargo, un sector de la doctrina aclara que la valoración de los motivos no es lo relevante para la configuración de la eximente parcial, sino la intensidad de lo que provocan los mismos⁶⁶². Es decir, el motivo debe generar un estado pasional intenso que fundamente una reacción agresiva. Lo que implica que debe haber una **proporcionalidad** entre la reacción del sujeto y la causa del estado pasional⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Para un análisis del concepto de las emociones y su influencia en la atenuante del art. 23.1: Cfr.: **MATALLÍN EVANGELIO**. (1999). *op. cit.* pp. 125 y ss.

⁶⁶⁰ Al respecto, *Vid.*: STSe del 23 de febrero de 2010. 140/2010. Y haciendo especial referencia al arrebató, Cfr.: **PUIG PEÑA**, Federico. *Derecho Penal*. Vol 1. Séptima edición. Mateu Cromo. Madrid. 1988. p. 421. “El arrebató no se puede basar en meras contrariedades o simples disgustos, sino en hechos de tal importancia que sean susceptibles en el orden natural y humano de excitar las pasiones del agente, impidiendo que de momento la reflexión pueda vencer el impulso pasional agresivo.”.

⁶⁶¹ **MARTÍNEZ GARAY**. (2016). *op. cit.* 437. **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1997). *op. cit.* p 114.

⁶⁶² *Vid.*: Por todos. **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 638. **CORTÉS BECHIARELLI**. (1997). *op. cit.* p. 241. “la intensidad de los motivos del delito no debe ser analizada de acuerdo con parámetros objetivos y previamente elaborados, sino que es menester un estudio pormenorizado, profundo y científico de cada caso concreto. Y es que el poder del estímulo es relativo, de modo que lo que para una persona puede pasar inadvertido, puede en otra provocar un estado de alteración afectiva.”

⁶⁶³ **CORTÉS BECHIARELLI**. (1997). *op. cit.* pp. 291-293.

De lo anterior se desprende el interrogante relativo a si la atenuante debe aplicarse a aquellos sujetos que tienen una personalidad irascible o especialmente sensible. Siguiendo la posición doctrinal expuesta, consideramos que se debería concluir que sí, porque si lo realmente importante es lo que genera el estímulo en el sujeto y no la clase de estímulo que genera la reacción, si a una persona, con una alteración de personalidad, un estímulo le genera una emoción intensa (así ese mismo estímulo no la genere en otra) se debe aplicar la atenuante. Esta posición se ve respaldada por algún sector doctrinal⁶⁶⁴, pero la jurisprudencia se encuentra dividida; si bien se ha reconocido, en algunos casos, que se debe tener en cuenta la personalidad de los sujetos a la hora de establecer cómo actúan determinados estímulos sobre ellos⁶⁶⁵, también se ha dicho que la atenuante no debe aplicarse cuando la reacción impulsiva obedece al carácter irascible o sensible de la persona.

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que este estímulo poderoso debe **provenir del comportamiento de la víctima**⁶⁶⁶. Este requisito ha sido criticado por algún sector doctrinal que alega que no tiene un fundamento legal y por tanto implica una restricción perjudicial para el acusado⁶⁶⁷. Pero la mayoría de la doctrina parece estar de acuerdo con la exigencia de que el estímulo provenga del comportamiento de la víctima⁶⁶⁸. Este estímulo debe ser

⁶⁶⁴ MATALLÍN EVANGELIO. (1999). *op. cit.* p. 351. CORTÉS BECHIARELLI. (1997). *op. cit.* pp. 241 y 242.

⁶⁶⁵ STSe. del 16 de abril de 2010. 1963/2010. Sobre la importancia de los estímulos en sujetos con personalidades psicópatas. En la misma línea: Cfr.: ONECHA SANTAMARÍA, Carlos. "La atenuante de arrebato u obcecación". En: Boletín de información. No. 1120. 1978. p. 7. "La incidencia particular de cada estímulo exterior es variable, por ser dependiente de las genuinas características de cada fisionomía psicológica".

⁶⁶⁶ STSe. del 30 de noviembre de 1990 y del 22 de junio de 1993.

⁶⁶⁷ RODRIGUEZ MOURULLO. (1997). *op. cit.* pp. 114 y 115. ALÓNSO FERNÁNDEZ. (1999). *op. cit.* p. 92.

⁶⁶⁸ Así, MUÑOZ CUESTA, Javier. "Estados pasionales". En: *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*. (Muñoz Cuesta. Coord.) Aranzadi. Navarra, 1997. p. 60, quien respalda la posición jurisprudencial por razones prácticas. Según este autor será más fácil apreciar la intensidad del estímulo si se conoce la relación existente entre la víctima y el autor y agrega que no tiene sentido que una persona reaccione en contra de otra, provocada por factores exógenos.

acorde a las reglas ético sociales, de lo contrario no actuaría como atenuante de responsabilidad⁶⁶⁹. Así por ejemplo, los celos no son un estímulo lícito; quién actúa movido por celos, no puede alegar la existencia de la atenuante⁶⁷⁰. En este sentido se ha expresado el TSe. Para este órgano juzgador, no se puede aceptar que se reduzca una pena, con base en “una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido”⁶⁷¹.

Continuando con los requisitos de configuración de la eximente, debe existir una **relación de causalidad** entre el estímulo proveniente de la víctima y la reacción defensiva del autor de la conducta. Es decir, la actitud, por ejemplo, de la víctima para con el autor, debe ser la que cause en ella un estímulo tal que le genere un estado, bien sea de arrebató, bien sea de obcecación o cualquier otro de entidad semejante⁶⁷². De igual modo, entre el estímulo y la reacción debe haber una **conexión temporal**. La atenuante no se aplica en aquellos casos en los que ha pasado un tiempo entre el estímulo y la reacción⁶⁷³. Algunos autores, como Cortes Bechiarelli, consideran este requisito contrario al principio de *in dubio pro reo*, debido a que se asume siempre que el “tiempo apaga las pasiones”⁶⁷⁴.

Por último, tradicionalmente, tanto doctrinal, como jurisprudencialmente, se ha entendido que el fundamento de esta atenuante es una reducción de la

Sobre las problemáticas que plantea la relación de causalidad: Cfr.: **MATALLÍN EVANGELIO**. (1999). *op. cit.* pp. 365 y 366.

⁶⁶⁹ **MARTÍNEZ GARAY**. (2016). *op. cit.* p. 438.

⁶⁷⁰ “los celos no constituyen justificación del arrebató u obcecación”. STSe. del 8 de agosto de 2007.

⁶⁷¹ STSe. 2 de abril de 2010.

⁶⁷² **CORTÉS BECHIARELLI**. (1997). *op. cit.* pp. 279 -280. **MUÑOZ CUESTA**. (1997). *op. cit.* p. 118.

⁶⁷³ **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1997). *op. cit.* p. 114. **MUÑOZ CUESTA**. (1997). *op. cit.* p.118. **MARTÍNEZ GARAY**. (2016). *op. cit.* p. 438.

⁶⁷⁴ **CORTÉS BECHIARELLI**. (1997). *op. cit.* p. 249.

imputabilidad⁶⁷⁵, porque las perturbaciones psicoafectivas intensas ofuscan la capacidad de razonar del sujeto, al igual que una dificultad para controlar sus impulsos, y por tanto la actuación del sujeto se vería mediada por una capacidad disminuida de comprensión respecto a la ilicitud de la conducta y el actuar de acuerdo con esa comprensión⁶⁷⁶.

Sin embargo, se han alzado voces que argumentan que además de ser una causa parcial de inimputabilidad, lo es también de inexigibilidad de otra conducta, constituyendo así un doble fundamento para esta atenuante⁶⁷⁷. Así mismo, hay otro sector doctrinal que considera también que esta atenuante tiene un doble fundamento, pero no por que exista una disminución en la exigibilidad de la conducta, sino porque hay una menor necesidad de la pena. Para estos autores el delincuente que actúa movido por arrebato u obcecación es menos peligroso, y por tanto no es necesario aplicarle la pena completa consagrada para su conducta⁶⁷⁸. Pero si vamos un paso más allá, se podría decir que la no exigibilidad de otra conducta hace innecesaria la aplicación de la pena.

⁶⁷⁵ Si se llegase a excluir totalmente la imputabilidad, se estaría en sede de un trastorno mental transitorio. (Art. 20.1 CPe.). Al respecto: Cfr.: Por todos: **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 638.

⁶⁷⁶ **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 637. **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1997). *op. cit.* p. 113. **MUÑOZ CUESTA**. (1997). *op. cit.* p. 116. **ALÓNSO FERNÁNDEZ**. (1999). *op. cit.* pp. 66 y 67. Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia en esta materia: *Vid.*: **MATALLÍN EVANGELIO**. (1999). *op. cit.* pp. 265 – 268.

⁶⁷⁷ Así, **MARTÍNEZ GARAY**. (2016). *op. cit.* p. 439. En la misma línea: Cfr.: STSe. del 09 de julio de 2010. La reacción del sujeto debe ser “comprensible y explicable, aunque no justificable, en un determinado contexto social, aminorando la exigibilidad de su conducta con arreglo a la norma y reduciendo, en consecuencia, el grado de merecimiento de penal.”.

⁶⁷⁸ Así, Cfr.: **SÁNCHEZ TEJERINA**, Isaías. *Derecho penal español*. Tomo I. Reus. Madrid, 1945. pp. 321 y 322. **FERRER SAMA**, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Sucesores de Nogues. Murcia, 1946. pp. 304 y 305. Para quien “el fundamento real de la atenuante no es otro que la menor peligrosidad del sujeto.”. Al respecto: *Vid.*: **MATALLÍN EVANGELIO**. (1999). *op. cit.* pp. 257 -264, con amplias referencias bibliográficas y quien, en términos generales, concuerda con la idea del doble fundamento de la atenuante, basada en una disminución, tanto de la imputabilidad, como de la necesidad de la pena.

Por tanto, a una persona que no se le pueda exigir que actué de otra manera diferente a la que actuó, no es necesario aplicarle una pena, o –al menos- no la pena completa estipulada para la acción delictiva cometida. Así las cosas, el fundamento de la atenuante puede encontrarse en las tres opciones que da la doctrina: ausencia parcial de imputabilidad (porque la persona actúa “fuera sí”, movida por un estímulo externo) y ausencia parcial de necesidad de pena fundamentada en una ausencia, también parcial, de exigibilidad de otra conducta.

b.) §213.1 del StGB.

El §213.1 del StGB es un tipo penal privilegiado⁶⁷⁹ que consagra una reducción punitiva para los casos en los que una persona comete un homicidio⁶⁸⁰ debido a que fue incitado⁶⁸¹(y perdió el control), por parte de la persona muerta, por medio de malos tratos u ofensas graves en su contra o en contra de un pariente⁶⁸². Habría una disminución de la pena del homicidio porque la ira del autor, en virtud de una provocación, parece comprensible⁶⁸³o incluso *legítima*⁶⁸⁴. La atenuación punitiva, según la doctrina dominante, encuentra su fundamento

⁶⁷⁹ **ZWIEHOFF**, Gabriele. *Die provozierte Tötung. Zur Tatbestandsqualität der Provokationsvariante des §213 StGB*. Nomos. Deutschland, 2001. p. 19. **ARTKÄMPER, ESDERS, JAKOBS, und SOTELSEK**. (2012). *op. cit.* p. 179/336. *SK-StGB/Sinn*. (2012). *op. cit.* §213/3-10.

⁶⁸⁰ La atenuante aplica solamente para la conducta descrita en el §212 del StGB (Homicidio - *Totschlag*). No atenúa la pena si se trata de un asesinato (*Mord*) del §211 StGB. Al respecto: Cfr.: **NK**. (2015). *op. cit.* §213/2. **SCHÖNKE/SCHRÖDER /Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/3. **MAURACH, SCHROEDER und MAIWALD**. *Strafrecht BT*. Teilband 1. 9 Aufl.C.F. Müller. Heidelberg, 2003. §2/55. **ZWIEHOFF**. (2001). *op. cit.* p. 28. **ARTKÄMPER, ESDERS, JAKOBS, und SOTELSEK**. (2012). *op. cit.* p. 182/341.

⁶⁸¹ La literatura alemana utiliza el termino “provocado” (*provozierte*). *Vid.*: **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/4. *SK-StGB/Sinn*. (2012). *op. cit.* §213/3. **ZWIEHOFF**. (2001). *op. cit.* **RENGIER**, Rudolf. *Strafrecht. B.T. II*. 16. Aufl.C.H. Beck. München, 2015. §3/15.

⁶⁸² **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/5. **WESSELS**, Johannes und **HETTINGER**, Michael. *Strafrecht B.T.* 1.Aufl. 32.C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2008. §2/172. **VON HEINTSCHEL -HEINEGG, Esschelbag**. (2015). *op. cit.* §213/11.

⁶⁸³ *Vid.*: **NK**. (U. Kindhäuser. Coord.) 6 Auflage. Nomos. Deutschland, 2015. §213/1.

⁶⁸⁴ *Vid.*: **RENGIER**. (2015)B. *op. cit.* §3/15.

en una disminución de la culpabilidad⁶⁸⁵, aunque hay algunos autores que entienden que no sólo hay una reducción de ésta, sino también una reducción del injusto⁶⁸⁶.

Los requisitos para que se pueda aplicar este tipo privilegiado, en vez del tipo de homicidio, son los siguientes: 1.) Que se configuren malos tratos y/o ofensas graves en contra del autor por parte de la víctima⁶⁸⁷. Estos malos tratos u ofensas graves van a constituir la provocación, que siempre debe proceder de la víctima⁶⁸⁸. 2.) Que el autor no haya causado la provocación⁶⁸⁹, 3.) que la ira sea suficiente para llevar al autor a matar a otro⁶⁹⁰, 4.) que la reacción a la provocación sea inmediata⁶⁹¹, 5) que el autor haya actuado movido por la ira; es

⁶⁸⁵ **WESSELS** und **HETTINGER**. (2008). *op. cit.* §2/173.

⁶⁸⁶ En esta línea: **ZWIEHOFF**. (2001). *op. cit.* pp. 19 y ss, quien considera que el fundamento de la reducción punitiva no es solamente una menor culpabilidad debido a la pérdida de control, sino también en una disminución del injusto. („Das Wesen der Provokationsvariante ist aber nicht so eindimensional“). La autora asemeja la situación que se da en los casos en los que aplicaría el §213 a situaciones de legítima defensa: La provocación se parece al ataque característico de las situaciones de legítima defensa, pero en estos casos se impone pena porque hay una reacción exagerada. **Zwiehoff** entiende la ausencia de injusto de manera lineal, lo que quiere decir que existen grados de ausencia de injusto. Los casos que se enmarcan dentro del §213, estarían en el grado más bajo de dicha ausencia. Esto recuerda a la teoría de la gradualidad de la *provocation* de Wasik. En una línea similar: Cfr.: **OTTO**, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*. 6. Aufl. Berlin, 2002. §5/3, quien afirma que no sólo hay una reducción en la culpabilidad, sino una disminución en el injusto del homicidio (*Tötungsunrecht*).

⁶⁸⁷ Por maltrato no sólo se entiende violencia física, sino también psicológica. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/5. **MAURACH, SCHROEDER und MAIWALD**. (2003). §2/56. **OTTO**. (2002). *op. cit.* §5/6.

⁶⁸⁸ **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/6.

⁶⁸⁹ **MAURACH, SCHROEDER und MAIWALD**. (2003). §2/56. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/7. **NK** (2015). *op. cit.* §213/3. **OTTO**. (2002). *op. cit.* §5/5. **SK-StGB/Sinn**. (2012). *op. cit.* §213/7.

⁶⁹⁰ **MAURACH, SCHROEDER und MAIWALD**. (2003). §2/56. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg** (2014). *op. cit.* §213/8. **NK** (2015). *op. cit.* §213/4. **OTTO**. (2002). *op. cit.* §5/5.

⁶⁹¹ **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg** (2014). *op. cit.* §213/9. El §213 no se excluye por el hecho de que los malos tratos no se comentan directamente, sino que continúen después de intervalos de tiempo; tampoco se excluye por el hecho de que la ira dominara al autor desde antes. El factor decisivo es que el acto haya sido cometidos bajos los efectos de la emoción causada por los malos tratos. En la misma línea: **OTTO**. (2002). *op. cit.* §5/8.

decir, que exista una relación de causalidad entre la ira generada por la provocación y la muerte de X⁶⁹². Por último, 6) que exista una cierta proporcionalidad entre la provocación y la reacción⁶⁹³.

c.) Relación

a. Como se dijo en páginas anteriores, la *provocation* es una defensa de excusa que, por eliminar la *malice* necesaria para la configuración del asesinato, reduce la imputación de éste a homicidio. Por su parte, la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional semejante, encuentra su fundamento en una menor culpabilidad, traducida en una reducción de la imputabilidad del sujeto que comete la conducta y en la inexigibilidad de otra conducta que, en nuestro parecer, fundamenta una disminución de la necesidad de la pena.

Se dice que se elimina la *malice* porque una persona, bajo los efectos de una provocación, no causa el daño social de una manera completamente intencional o descuidada. Actúa con una noción nublada respecto al contenido delictivo de su conducta porque ha perdido el control de sí misma. Esta idea se asemeja a la idea de imputabilidad disminuida y menor culpabilidad, en la que se fundamentan la atenuante de estados pasionales y la consagrada en el §213 del StGB. Ahora bien, para que se configure la *provocation* se requiere, entre otras cosas, que el sujeto actué de una manera en la que una persona razonable hubiese actuado en su lugar. Es decir, se establece un criterio objetivo, para establecer que la persona, estando en la situación específica, no habría podido actuar de una manera distinta, que no es otra cosa que la idea de inexigibilidad de otra conducta utilizada como uno de los fundamentos de la atenuante del art. 21.3 del CPe. Sumado a lo anterior, reconocer la existencia de la *provocation*,

⁶⁹² NK (2015). *op. cit.* §213/5. SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg (2014). *op. cit.* §213/10. MAURACH, SCHROEDER und MAIWALD. (2003). §2/56. OTTO. (2002). *op. cit.* §5/9.

⁶⁹³ OTTO. (2002). *op. cit.* p. §5/10. SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg (2014). *op. cit.* §213/11.

equivale a decir que la persona que actúa provocada, no podía haber actuado de otro modo y, por tanto, no es necesario, en su caso, condenarla por asesinato. Lo que evidentemente liga con la idea de reducción en la necesidad de la pena, que es otra pieza del esquema que compone el fundamento de la atenuante española. En este punto se puede establecer una relación también con la idea de reducción del injusto, planteada por algunos autores alemanes, como fundamento del §213. Como se mencionó anteriormente, la reducción del injusto estaría basada en el hecho de que la actuación guiada por la ira es menos grave y se configuraría, por decirlo de algún modo, un menor injusto que en el homicidio del §212 StGB.

Tanto la fundamentación española de una menor imputabilidad y menor necesidad de pena, como la alemana de reducción del injusto, están basadas en la idea de gradualidad en la imposición de la pena, que – a su vez – fundamenta la *provocation*, como lo plantea Wasik.

b. Los requisitos de configuración de las dos atenuantes y el tipo privilegiado, son bastante similares. Requieren que el sujeto actúe en medio de un estado psicológico-pasional, bien sea bajo la *intensa perturbación afectiva* característica del arrebató, la obcecación u otro estado semejante, o bajo “el calor de la pasión”⁶⁹⁴, requerido por la *provocation* o la ira del §213 StGB. La provocación o estímulo que hace que el sujeto actúe delictivamente debe ser intensa y adecuada. Debe haber una relación de causalidad entre la provocación o estímulo y la acción o respuesta y dicha respuesta debe realizarse en un lapso de tiempo cercano al momento en que se generó la provocación o el estímulo; es decir, debe haber una conexión temporal entre uno y otra. Es evidente que los requisitos de configuración de la figura anglo-norteamericana son los mismos que los de las figuras española y alemana. Incluso la idea de que se requiere que

⁶⁹⁴ *Heat of passion.*

la reacción sea inmediata y que no que haya un lapso de tiempo que permita que la persona se calme, ha sido tratada en ambos sistemas.

Respecto a la *provocation*, un sector doctrinal ha dicho que se debe tener en cuenta la entidad de la provocación, si ésta ha sido reiterada en el tiempo y las características del sujeto para establecer cuál es el lapso de tiempo en el que aún se puede configurar la excusa parcial. Similares han sido los planteamientos en España y Alemania, donde – como se dijo anteriormente – se aboga por un análisis individualizador o caso a caso. De igual manera se ha dicho que no se trata de que la reacción sea inmediata, sino de que no transcurra demasiado tiempo entre la causa y el efecto⁶⁹⁵.

No obstante, hay un punto importante en el que parece haber una diferencia entre la figura anglo-norteamericana y las figuras continentales. Una de las causas de provocación adecuada para que se configure la *provocation* es la sensación de haber sido seriamente agraviado. Como se mencionó en el acápite referente a esta excusa parcial, esta sensación puede o no ser correcta. Mientras esta percepción sea razonable (con todos los problemas que este concepto de razonabilidad tiene), se configura la eximente parcial. El hecho de que la percepción sea errada no tiene relevancia para la configuración de la *provocation*. Sin embargo en derecho continental esto no es así.

c. Así, llegamos a dos **conclusiones**. La primera, que los conceptos utilizados para construir el fundamento de la atenuante consagrada en el art. 21.3 del CPe. y el tipo privilegiado consagrado en el §213 de STGB, pueden ser utilizados para fundamentar, desde el punto de vista del derecho continental, la atenuante

⁶⁹⁵ **BORJA JIMÉNES**, Emiliano. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Tirant lo blanch. Valencia, 2002. p. 145. **ESCUDERO MORATALLA**, José Francisco y **FRIGOLA VALLINA**, Joaquín. “Circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (Capítulo III. Art. 21 CP). En: *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables*. (Ganzenmüller Roig/ Escudero Moratalla/ Frigola Vallina. Dirs.). Bosch. Barcelona, 2000. p. 147. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Esser/Sternberg**. (2014). *op. cit.* §213/9. NK (2015). *op. cit.* §213/8. **OTTO**. (2002). *op. cit.* §5/5.

del derecho anglo norteamericano de *provocation* o *loss of self control*. De igual manera, las tres figuras tienen un claro fundamento en la idea de gradualidad de la pena, según la gravedad del hecho cometido. Y la segunda, que los requisitos que se exigen para todas las atenuantes analizadas son bastante similares.

Por último, es importante mencionar que la atenuante del art. 21.3 del CPe es genérica⁶⁹⁶, a diferencia de la *provocation* y el tipo privilegiado del §213 StGB, que sólo aplican para delitos concretos. La *provocation* actúa en el marco del asesinato y el tipo privilegiado alemán opera en el ámbito del homicidio, cambiando, a través de la reducción misma, el título de imputación: en el caso de la *provocation* se imputaría al sujeto por los cargos de homicidio y no de asesinato y en el del tipo privilegiado del §213 StGB por un homicidio provocado y no por homicidio. En este punto existe una diferencia entre estas dos figuras. La *provocation* afecta el tipo de asesinato, reduciéndolo a homicidio, pero el tipo del §213 no puede ser aplicado al asesinato. Interpretando la prohibición alemana, se podría afirmar que un asesinato nunca, bajo ninguna circunstancia, podría ser atenuado; sin embargo esto se pone en duda al analizar la figura de la *provocation* y notar que ambas figuras se fundamentan en la gradualidad de la aplicación de la pena y su estructura es casi idéntica.

⁶⁹⁶ Puig Peña hace un listado de los delitos en los que no puede apreciarse la atenuante. Por el hecho de que existan delitos, como el hurto o la estafa, en los que no parece lógico que se pueda actuar movido por arrebato u obcecación (a no ser que se trate de un estado de necesidad extrema, pero esta situación estaría cubierta por un estado de necesidad justificante), no implica que sea una atenuante específica para un delito en concreto, como sí lo es la *provocation*. Al respecto: Vid.: **PUIG PEÑA**. (1988). *op. cit.* pp. 424 y 425.

III. 2. La teoría de la corrección restrictiva negativa del tipo en Alemania.
(*Die Lehre von die Negativen Typenkorrektur*).

a. La corrección restrictiva negativa del tipo consiste en entender las circunstancias en las que se realizó la conducta, que configuran el asesinato, como meros indicios de que concurre la gravedad propia de éste⁶⁹⁷. Estas circunstancias, al tener un mero carácter de “indicación aproximada” de la configuración del asesinato, se pueden desvirtuar con base en los motivos especiales del autor⁶⁹⁸. En otras palabras, sólo se condenará por asesinato si todas las circunstancias en las que se realizó la conducta, son especialmente censurables⁶⁹⁹.

Esta teoría convierte una regla general (siempre que concurra, por ejemplo, la alevosía, se está en sede de un asesinato) consagrada en el §211 StGB, en una regla excepcional: sólo concurre el asesinato si las circunstancias que configuran la alevosía, en el contexto en que tuvieron lugar los hechos, son absolutamente reprochables⁷⁰⁰. Esto responde a la idea de que para imponer cadena perpetua (pena del §211 StGB) se requiere identificar una abyección o intención maliciosa especial⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ ARTKÄMPER, ESDERS, JAKOBS, und SOTELSEK. (2012). *op. cit.* p. 176/330. KINDHÄUSER. (2015). *op. cit.* §2/5. ZORN. (2013). *op. cit.* p. 137. SCHRAMM, Edward. *Ehe und Familie im Strafrecht. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung*. Mohr Siebeck. Tübingen, 2011. p. 141.

⁶⁹⁸ ARZT, Gunther. „Die Einschränkung des Mordtatbestandes“. In: JR. 1979. p. 8. SCHLECHTRIEM, Bernd. *Das Mordmerkmal der Heimtücke und die lebenslange Freiheitsstrafe*. Dissertation. Köln, 1986. pp. 101 y 102. ARTKÄMPER, ESDERS, JAKOBS, und SOTELSEK. (2012). *op. cit.* p. 176/331. RENGIER. (2015)B. *op. cit.* §4/33(3). KINDHÄUSER. (2015). *op. cit.* §2/5. MüKo./Schneider. (2003). *op. cit.* §211/36. KÜPER, Wilfried und ZOPFS, Jan. *Strafrecht. B.T.* 9. Aufl. C.F. Müller. Heidelberg, 2015. p. 203/326.

⁶⁹⁹ KINDHÄUSER. (2015). *op. cit.* §2/5.

⁷⁰⁰ Similar la postura del BGH: Sentencia del BGH del 22.9.1956 – GSSt 1/56, BGHSt 9. P. 389. Sentencia de BGH 2.12.57 – GSSt 3/57, BGHSt 11. p. 143. Sentencia del BGH del 19. 05. 1981 – GSSt 1/81, BGHSt 30. p. 115. s

⁷⁰¹ ARZT. (1979). *op. cit.* p. 9. Al respecto: SCHRAMM. (2011). *op. cit.* p. 141, quien considera que el criterio de abyección maliciosa especial es vago y por tanto genera un problema a la

Normalmente la corrección restrictiva negativa del tipo se utiliza para desvirtuar la existencia de la alevosía en determinados casos y por tanto reducir la calificación jurídica del supuesto de hecho, de asesinato (§211 StGB) a homicidio (§212 StGB)⁷⁰². Una vez hecha esta *reducción* se abre la puerta para la aplicación del tipo privilegiado consagrado en el §213 StGB, que como se mencionó anteriormente, es un tipo privilegiado frente al tipo de homicidio y, por tanto, sólo se aplica cuando se configura el §212 StGB⁷⁰³.

Los críticos de esta teoría argumentan que puede generar un trato desigual entre los destinatarios de la ley, violando el principio de legalidad. De igual manera, el hecho de que el juez falle basándose en consideraciones morales o ético sociales y no en normas, parece difícil de conciliar con la seguridad jurídica⁷⁰⁴.

Contra esta argumento, alega Eser que esta teoría permite un equilibrio entre la propia seguridad jurídica y las situaciones especiales que merecen un tratamiento diferenciado⁷⁰⁵.

b. En los casos de la muerte del tirano, cuando éste está dormido o distraído, se configuraría, en principio, un asesinato del §211 del StGB, porque concurre la

hora de analizarlo dentro del delito de asesinato que, por demás, es el más grave y el que tiene las consecuencias punitivas más altas de la parte especial de StGB.

⁷⁰² **ARZT, WEBER, HEINRICH und HILGENDORF.** (2015). *op. cit.* §2/15. **ZORN.** (2013). *op. cit.* p. 137, que, además, aclara que la aplicación de la teoría no está limitada a los casos de alevosía, pero que sólo se discute en este contexto.

⁷⁰³ **ARZT.** (1979). *op. cit.* p. 8. **RENGIER.** (2015)B. *op. cit.* §4/33(3).

⁷⁰⁴ **ARTKÄMPER, ESDERS, JAKOBS, und SOTELSEK.** (2012). *op. cit.* p. 178/333. **ARZT, WEBER, HEINRICH und HILGENDORF.** (2015). *op. cit.* §2/16. Sobre la crítica relativa a las consideraciones morales del juez para emitir el fallo. *Vid.:* **KINDHÄUSER.** (2015). *op. cit.* §2/6. Para un detallado análisis de esta crítica: *Vid.:* **SCHLECHTRIEM.** (1986). *op. cit.* pp. 86 -96. Este autor considera además que esta teoría es contraria a la génesis del §211 StGB. p. 98.

⁷⁰⁵ **ESER,** Albin. „<Heimtücke> auf höchstrichterlichem Prüfstand: Chance einer Wende in der Mord . Rechtsprechung.“. In: JR. 1981. p. 183. En la misma línea: **ROTSCH.** (2005). *op,cit.* p. 14.

alevosía. La mujer se aprovecha de que su agresor está en una situación de indefensión e inferioridad, para matarlo⁷⁰⁶.

Evidentemente, aquellos que encuentran en la corrección restrictiva negativa del tipo una solución para los casos de la muerte del tirano de casa, son partidarios de una disminución de la pena a imponerle a la mujer, no de una exoneración. Así las cosas, autores como Adomeit⁷⁰⁷, consideran que si bien la actuación de la mujer merece un reproche, éste no debe hacerse desde el punto de vista de la alevosía. No estiman correcto que se le deba acusar a la mujer de asesinato (§211 StGB) sólo por el hecho de que sería éticamente más satisfactorio que el tirano sufriera las consecuencias de sus acciones estando consciente. Y agrega que, de no ser por ello, la conducta de la mujer sería un homicidio y se podría aplicar el tipo privilegiado del §213 StGB, porque los requisitos de provocación por maltrato continuo y grave se cumplen⁷⁰⁸.

Para Adomeit, por ejemplo, la “naturalizada”, pero no por ello menos discutible, definición de alevosía, no tiene en cuenta la naturaleza extrema de estos casos. Si a la mujer que ha sido víctima de un martirio extendido en el tiempo que termina por derrumbarla mentalmente, llevándola a pensar que la única solución es darle muerte a su marido mientras éste duerme, para evitar una reacción violenta por parte de éste, se le agrava su situación jurídica, habría un aumento de su sufrimiento porque se da una especie de re victimización, que resulta inadmisibles. Ello, además tiene un componente de discriminación

⁷⁰⁶ Así lo consideran, por ejemplo, el BGH y el TSe. *Vid.*: Sentencia del BGH. Del 25. 3 . 2003. NJW. 2003. p. 2465. STSe. del 29 de junio de 1990. Fundamentos de derecho sexto y séptimo.

⁷⁰⁷ Si bien Adomeit no se declara abiertamente partidario de que la solución está en la aplicación de la corrección restrictiva negativa del tipo, sus argumentos llevan a entender que lo que pretende es reducir la situación a homicidio, *eliminando* la concurrencia de la alevosía. Lo que sólo se puede hacer por vía de la teoría mencionada, como bien lo menciona Beckemper en su crítica a la posición de Adomeit. **ADOMEIT**, Klaus und **BECKEMPER**, Katharina. „Tötung eines Familientyrannen – eine Diskussion“. In: JA. 2005. pp. 35 -37.

⁷⁰⁸ *Vid.*: **ADOMEIT**, Klaus. „Problemaufriss“ In: **ADOMEIT**, und **BECKEMPER**. (2005) *op. cit.* p. 36.

por género debido a que el comportamiento del difunto ha sido inequívocamente machista y si se invirtieran los roles de género, los hechos del caso serían inimaginables⁷⁰⁹.

Parece entonces que, por lo anterior, no se configura esa abyección especial que se requiere para catalogar una conducta de asesinato alevoso y , en principio, podría reducirse la calificación jurídica de asesinato a homicidio. Y la forma para hacerlo es a través de la teoría de la corrección restrictiva negativa del tipo, ya que la doctrina y la jurisprudencia imperante no permiten hacerlo de otra manera⁷¹⁰.

La corrección restrictiva negativa del tipo se debe hacer en dos fases. En la primera se debe determinar si hay una característica en la acción del autor que configure un asesinato (en este caso la alevosía), y en la segunda se debe evaluar la naturaleza reprochable de la acción sobre la base de un análisis integral de los hechos del caso⁷¹¹, para concluir, si – por ejemplo- en los casos de la muerte del tirano doméstico, la debatida alevosía es socialmente reprochable o no⁷¹². Según autores como Adomeit, no lo sería en estos casos, por los argumentos expuestos anteriormente, que se pueden resumir como sigue: 1.) al catalogar la conducta de la mujer como alevosa, por tanto, como asesinato, se le debe aplicar a la mujer una pena de prisión permanente que equivale a una re victimización de la mujer y 2.) en la aplicación de la alevosía hay, en estos casos, un componente de discriminación por género.

⁷⁰⁹ *Ibidem*.

⁷¹⁰ **BECKEMPER**, Katharina. „Erwiderung“. In: **ADOMEIT**, Klaus und **BECKEMPER**, Katharina. „Tötung eines Familientyrannen – eine Diskussion“. In: JA. 2005. p. 36. La actuación de la mujer es alevosa; encaja en cualquier definición de alevosía. Además, la única puerta que ha abierto la jurisprudencia para negar un asesinato alevoso ha sido en los casos en los que el autor padece un trastorno psíquico, que no parece ser el caso de la mujer.

⁷¹¹ **SCHRAMM**. (2011). *op. cit.* p. 141.

⁷¹² *Ibidem*.

En contra de estos argumentos en particular, encontramos la posición de Beckemper, quien considera, en primer lugar, que la mujer ha cometido un delito de asesinato y ello no tiene nada que ver que el tiempo que ha sufrido los malos tratos⁷¹³.

Ahora bien, según esta autora, la idea de que la condena por asesinato basada en la concurrencia de la alevosía tiene un componente de discriminación por motivos de género, porque si se invierten los roles, los hechos no se podrían imaginar, debe ser contradicha. En primer lugar, la sumisión total no es una característica propia de las mujeres, los hombres también pueden ser víctimas de una situación de violencia tal, que los lleve a una situación de esta índole⁷¹⁴.

En este punto concreto, es decir, en que los hombres también pueden ser víctimas, estamos completamente de acuerdo con Beckemper. Sin embargo, no estamos de acuerdo en la idea de que por ello considerar la alevosía en estos casos no implique una manifestación de la aplicación masculina del derecho, como bien lo considera Larrauri. Por esta razón estamos en desacuerdo con el argumento contrario a la idea de una discriminación por motivos de género al aplicar la alevosía en estos casos, que presenta Beckemper y que pasamos a exponer.

Esta autora reconoce que se podría pensar en una discriminación basada en el género, a la hora de aplicar la alevosía, porque la mujer – por lo general- es inferior físicamente hablando que el hombre y, por tanto, lo que se considera alevoso, en estos casos puede no serlo. Sin embargo, considera que el hecho de que la mujer esté armada elimina la alevosía, ya que ningún hombre, incluso el

⁷¹³ **BECKEMPER.** (2005). *op. cit.* p. 36. Sin embargo, se tiene en cuenta el periodo de sufrimiento a la hora de analizar la configuración de una circunstancia atenuante (por ejemplo la consagrada en el §35.2 StGB). Beckemper comparte la posición del BGH y de un sector amplio de la doctrina alemana, referente a que en estos casos se configura un error vencible sobre los presupuestos del estado de necesidad exculpante.

⁷¹⁴ *Ibidem.*

más fuerte, es físicamente superior a un arma. Al no existir superioridad física por parte del atacante, no hay discriminación alguna cuando se cataloga la acción de la mujer como un asesinato alevoso⁷¹⁵.

⁷¹⁵ *Ídem.* p. 37.

CONCLUSIONES INTERMEDIAS.

A lo largo de las páginas anteriores se hizo una exposición detallada de las diferentes soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se han dado a los casos objeto de análisis. Como mencionamos en la introducción a esta segunda parte, dichas soluciones se dividen en tres grandes grupos: aquellas en sede de justificación, las soluciones en sede de ausencia de culpabilidad y las soluciones que llevan a una atenuación de la pena de la mujer que mata a su agresor en situaciones donde no hay confrontación.

En las siguientes páginas haremos una recapitulación de las soluciones propuestas y pondremos de manifiesto nuestra opinión crítica respecto de éstas. Sin embargo, es importante hacer una aclaración: estas opiniones críticas son un adelanto de las conclusiones generales del trabajo, por lo que serán esbozadas brevemente, ya que las complementaremos una vez hayamos expuesto nuestra propuesta.

Dicho esto, procedemos entonces a recapitular y poner de manifiesto nuestra opinión respecto a las soluciones doctrinales y jurisprudenciales dadas, en el mismo orden en el que han sido presentadas.

1. La doctrina, en general, es reacia a reconocer una causa de justificación. Esta negativa se fundamenta en la idea de que para que la muerte de una persona a manos de otra esté justificada se requiere que se den de manera clara todos los requisitos de una causa de ausencia de antijuridicidad. Quizás la razón de esta negativa constante radica precisamente en lo que significa justificar una conducta. Para la doctrina mayoritaria justificar una conducta equivale a decir que esta está permitida por el derecho y, parece ser, que tanto a los jueces, como a los autores, afirmar que la conducta de la mujer que mata a su agresor en situaciones sin confrontación, es una conducta permitida por el derecho, resulta no sólo azaroso, sino que les genera cierto temor de estar abriendo una puerta

para cometer injusticias. Es decir, para permitir conductas, así sea de manera excepcional, que no deben estarlo. Y aunque esta es la razón para negar una causa de justificación en general, es el motivo alegado en casi todos los casos en los que se niega la legítima defensa en particular.

Quienes niegan la existencia de la legítima defensa en estos casos hacen, a nuestro parecer, un análisis en el que se deja de lado la realidad en la que se desarrolla la situación. Consideramos, como veremos más adelante, que las circunstancias específicas de estos casos son las que van a ayudar a demostrar que sí se podría aplicar la legítima defensa. Y es precisamente el realizar el análisis de manera incompleta, el error constante en el que incurren los autores que niegan la configuración de esta justificante. Como, a primera vista, el caso no se ajusta a los requisitos de configuración de la legítima defensa, la niegan; y olvidan analizar estos requisitos a la luz de las circunstancias del caso concreto. Aquí es menester recordar que normalmente los casos en los que se configura la legítima defensa no son los casos simples que se utilizan en los manuales y en las clases de Derecho penal para explicar esta figura. La realidad es diferente a los ejemplos que son creados con fines docentes y explicativos; y es esta realidad la que debe entrar a jugar un papel relevante en el análisis de la configuración de la legítima defensa.

No obstante lo anterior, encontramos algunos autores que sí reconocen que en estos casos se puede configurar una causa de justificación. Éstos se inclinan, en su mayoría, por aplicar un estado de necesidad defensivo como respuesta a casos de legítima defensa preventiva. Se niega la aplicación de un estado de necesidad agresivo, porque no parece que se pueda hacer una ponderación de intereses, cuando los intereses a ponderar son dos vidas. En esta caso la de la mujer y la del agresor⁷¹⁶.

⁷¹⁶ Así, por ejemplo: **GROPENGIEßER**. (2008). *op. cit.* p. 36. **BECKEMPER**. (2004). *op. cit.* p. 102. **HAVERKAMP**. (2006). *op. cit.* pp. 594 y 595.

La legítima defensa se alza tímidamente como solución en las propuestas de Larrauri en España y Trechsel en Alemania y Suiza. A su vez, el derecho anglo-norteamericano, sobre todo en Estados Unidos, parece moverse en la dirección de reconocer la configuración de la *self-defense*.

a. No consideramos que la aproximación a la solución, desde la óptica de la configuración de un estado de necesidad defensivo, sea la correcta. Cuando este sector doctrinal aboga por reconocer esta figura, aclara que estos casos son situaciones clásicas de defensa preventiva, en los que no hay una agresión y la acción defensiva se realiza antes de que esta suceda, pero que sin embargo, hay un peligro que configura el primer requisito del estado de necesidad defensivo. Contrario a este sector, nosotros consideramos que en estos casos sí hay una agresión, pero al ser esta argumentación parte esencial de nuestro trabajo, nos ocuparemos de ella en la siguiente parte de éste.

Sumado a lo anterior, consideramos que afirmar que hay una defensa preventiva que se soluciona por vía de estado de necesidad defensivo, es decir, negar la existencia de la agresión, es equiparar estos casos, con los de quienes viviendo en un vecindario peligroso, instalan rejas o cercas electrificadas para repeler un posible peligro (casos de defensa preventiva), pero que no están viviendo una situación de maltrato constante, como la que viven estas mujeres.

b. Las propuestas de Larrauri y Trechsel se acercan bastante a nuestra manera de abordar el problema, pero a nuestro juicio sus planteamientos no son completos.

Larrauri trata de dar respuesta a los argumentos contrarios a la aplicación de la legítima defensa. Estamos completamente de acuerdo con su argumentación respecto al tercer argumento contrario a la aplicación de la legítima defensa, es

En general, sobre el estado de necesidad justificante: Vid.: **PAWLIK**. (2002). *op. cit.* pp. 129 – 333. **BALDÓ LAVILLA**. (1994). *op. cit.* pp. 109 -260. **RENGIER**. (2015)A. *op.cit.* §19.

decir sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación. La autora recuerda que para la configuración de la legítima defensa se requiere que exista un ánimo de defenderse, pero que esto no antagoniza con el hecho de que quien ejerce la acción defensiva esté movido, además, por otros ánimos. Esto no es solamente acertado, sino que ha sido respaldado por la doctrina mayoritaria⁷¹⁷.

Si bien estamos en una posición cercana a la autora, respecto a la solución que arroja para el problema de inexistencia de agresión y ausencia de necesidad racional, consideramos que estos argumentos pueden ser complementados y fortalecidos. Para Larrauri en estos casos hay una agresión continua, incesante o permanente. En ese punto estamos de acuerdo. Sin embargo, lo que nos aleja un poco de la posición de la autora, es la fundamentación que hace de dicha manifestación de la agresión.

Para ella, la agresión permanente está compuesta por las amenazas, que sumadas a los malos tratos, lesionan no sólo la vida y la integridad física, sino la libertad y la seguridad. Y como violan la libertad y todo ataque contra ésta es considerado un ataque permanente por la doctrina, dicha agresión sería permanente⁷¹⁸. Compartimos la idea de que hay una agresión permanente, pero no consideramos correcto fundamentarla solamente en el hecho de que hay un ataque a la libertad, que se traduce en las amenazas. Sobre esto volveremos más adelante.

La autora considera que aunque la agresión es actual, este no el punto neurálgico de esta discusión. Realmente lo que hay que preguntarse en estos casos es determinar si la respuesta defensiva de la mujer requería un medio de tanta intensidad, como la muerte del agresor. En ultimas, lo importante en estos casos es preguntarse si la acción defensiva de la mujer es necesaria y racional,

⁷¹⁷ Al respecto: *Vid.: Infra*. Tercera Parte. Capítulo primero. D.)

⁷¹⁸ LARRAURI. (2008)A. *op. cit.* p. 60.

sin importar si la agresión ha cesado momentáneamente, porque seguramente el peligro no ha desaparecido.⁷¹⁹

En este punto consideramos importante hacer dos críticas a la concepción de Larrauri. La primera, que al considerar que es posible que la agresión cese, pero que esto no es relevante, la autora podría estar incurriendo en una contradicción intrargumentativa, porque al afirmar que la agresión puede cesar, implícitamente está diciendo que ésta no es continua.

La segunda crítica radica en que al darle prelación a la necesidad de la respuesta defensiva, por encima de la actualidad o inminencia de la agresión, la autora se está presentando como una partidaria de la teoría de la necesidad propuesta por los anglosajones. Esta teoría consiste en eliminar o, al menos, poner en segundo lugar la inminencia de la agresión respecto a la necesidad de ésta; y esto implica desvirtuar la figura tal y como está concebida, modificando sus requisitos estructurales, para ajustarla a los casos que nos ocupan. En páginas anteriores dejamos claro que no comulgamos con este tipo de soluciones. No consideramos correcto, desde un punto de vista legal, ni argumentativo, ajustar o modificar la figura de legítima defensa en aras de que estos casos encajen en ella. Esto implicaría una aplicación diferente de la ley de legítima defensa para los casos de mujeres maltratadas que matan a su agresor mientras este duerme, lo que puede representar un problema de seguridad jurídica y resultar contrario a la idea de que la ley debe ser aplicada a todos de la misma manera. Es probable que en este punto se argumente que estos casos no son iguales a los demás casos de legítima defensa y que una manifestación de la igualdad ante la ley es darle un trato diferenciado a situaciones diferentes. Pero nosotros no consideramos que estos casos sean diferentes, por el contrario, creemos que son casos de legítima defensa, que si bien no son *casos de manual* (A amenaza de muerte a B, mientras le apunta con un arma cargada y B lo desarma

⁷¹⁹ Ídem. p. 62.

y dispara en su contra), una vez hecho un análisis exhaustivo, son susceptibles de aplicarles esta figura⁷²⁰. Esta misma crítica puede hacerse a la solución que, desde la teoría de la necesidad, se presenta en el derecho anglo norteamericano.

Respecto a la construcción de Larrauri dirigida a probar la que la acción defensiva de la mujer es necesaria, se debe decir que ésta, a nuestro juicio está correctamente encaminada, pero la argumentación utilizada no es completa. Para esta autora es posible que la mujer no tuviera otros medios diferentes, aunque estos existieran objetivamente. Si bien esta es la premisa de la que partimos nosotros para demostrar como se configura este requisito de la legítima defensa, consideramos que la autora no desarrolla la idea totalmente. A nuestro juicio su argumentación carece de una completa fundamentación teórica y técnica⁷²¹.

Sin embargo la defensa que hace sobre la racionalidad de la acción se ajusta completamente a nuestra concepción. No obstante lo anterior, creemos que podemos complementarla para blindar el argumento.

En síntesis, algunos aspectos de la propuesta de Larrauri esbozan de manera correcta la solución que consideramos adecuada para estos casos y serán la base de nuestra construcción, al igual que la propuesta de Trechsel. Ésta se ajusta en su totalidad a nuestra concepción de agresión permanente que se configura en estos casos. El problema es que este autor se detiene ahí. Soluciona el problema de la actualidad o inminencia de la agresión, pero no hace referencia al otro gran inconveniente que representan estos casos, como lo es la necesidad racional de la acción defensiva.

⁷²⁰ Vid.: *Infra*. Tercera parte. Capítulo 2.

⁷²¹ Vid.: *Infra*. Tercera Parte. Capítulo segundo.

c. Las soluciones dadas por la doctrina anglo-norteamericana se pueden reunir en dos grandes grupos. El primero, compuesto por los defensores de la teoría de la necesidad y el segundo compuestos por aquellos que consideran que se debe hacer un análisis individualizador, en contraposición al estándar del hombre razonable, para establecer la razonabilidad de la creencia de la mujer con respecto a la existencia de la agresión y la necesidad de la acción defensiva.

La opinión que nos merecen los planteamientos del primer grupo ya la expusimos en párrafos anteriores. Modificar el contenido de la figura no es, a nuestros ojos, la solución correcta en estas circunstancias. Sin embargo, es importante hacer una aclaración en este punto. Esto no implica que estemos en desacuerdo con la posición que sugiere que, si bien la inminencia de la agresión es necesaria, la necesidad es un traductor de ésta y por ende se deben interpretar necesidad e inminencia en su conjunto, como lo hace algún sector continental partidario de la teoría de la defensa eficaz.

Sumado a lo anterior, la teoría de la necesidad fue desarrollada y ha sido utilizada también para justificar los ataques preventivos. Lo que implica que solucionar los casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores cuando ellos no están en medio de una confrontación, podría sugerir que esta acción defensiva de la mujer es de índole preventiva y por tanto no hay una agresión, lo que nos lleva al mismo problema que representa darle solución a estos casos a través del estado de necesidad defensivo, antes planteado.

El segundo grupo de soluciones dadas por los doctrinantes anglo norteamericanos, que, como ya mostramos, han permeado la jurisprudencia, presentan, a su vez, dos problemas. El primero, que en derecho continental la creencia razonable sobre la existencia de la agresión y/o la necesidad de la agresión no son constitutivas de la legítima defensa, sino que generan un error de tipo sobre los presupuestos objetivos de la misma. Por tanto, a la luz del ordenamiento propio, esta solución no nos es útil porque no estamos en sede de

una legítima defensa real. Y en ese orden de ideas, afirmar que la mujer ha creído razonablemente que va a ser víctima de un peligro, implica negar la existencia de una agresión que, como veremos más adelante, sí existe. Esta es la misma crítica que podemos hacerle a los planteamientos de Muñoz Conde, sin perjuicio de las expuestas anteriormente⁷²².

Esto nos lleva directamente al segundo problema que, a su vez, es el mismo que representa solucionar estos casos a través de la figura de la legítima defensa putativa. La conducta de la mujer no es una conducta atípica, es una conducta típica que puede estar justificada por las especiales circunstancias del caso. No hay que olvidar que en estos casos se da una acción de matar que se ajusta a los tipos penales de homicidio o asesinato, según sea el caso, y afirmar que la acción defensiva de la mujer configura un error de tipo implica ignorar esto. Calificar la conducta de la mujer como atípica sí generaría un pendiente resbaladizo en la que se podrían estar dejando sin castigo conductas que sí lo merecen.

Por otra parte, hay que decir que si bien estamos de acuerdo en que el análisis de la configuración de la defensa se debe hacer a través de un prisma individualizador, teniendo en cuenta todas las características del caso concreto, aterrizando la figura a la realidad, es evidente que la única característica que se ha utilizado para establecer la razonabilidad de la creencia de la mujer, en las cortes anglo-norteamericanas, es el hecho de que ésta padece del SMM. Y en esto no podemos estar de acuerdo. Según las características del propio SMM, quien lo padece desarrolla la indefensión aprendida⁷²³. Es decir, la mujer sería incapaz de defenderse por el temor que le genera su marido y no encuentra absolutamente ninguna salida. Sustentar una defensa para las mujeres que matan a sus maridos en el SMM, es una contradicción en sí misma. Ello, porque no tiene sentido afirmar que lo que llevó a la mujer a matar a su agresor fue una

⁷²² Vid.: *Supra*: Segunda Parte. Capítulo primero. I.2. A.). c.).

⁷²³ Para un detallado análisis crítico de este concepto: Vid.: **DOWNS**. (1996). pp. 155 -158.

condición mental que la hace incapaz de reaccionar y la *encierra* en sus propios pensamientos negativos de desesperación y desesperanza⁷²⁴. Lo que nos lleva al siguiente interrogante ¿si las que desarrollan esta condición son las mujeres que permanecen en las relaciones de maltrato, por qué utilizarla como defensa para aquellas que, mediante la muerte de su agresor, escapan de éstas?. Esta contradicción la evidencian de manera clara Forell y Matthews cuando afirman que las mujeres que matan a sus agresores son sobrevivientes activas que, evidentemente, no padecen el SMM⁷²⁵.

Esto pone de manifiesto que esta construcción teórica es falaz, por constituir una generalización inadecuada. Las mujeres que matan a sus agresores no parecen haber desarrollado el SMM, pero son maltratadas por éstos. El SMM parte de la base de que todas las mujeres maltratadas desarrollan este síndrome y, como queda claro, la actuación de las víctimas de tiranía privada que matan a sus maridos, va en contra de las características esenciales del SMM. Así las cosas, no todas las mujeres maltratadas desarrollan este síndrome. Esto implica

⁷²⁴ Así: **SHOPP**. (1998). *op. cit.* p. 97. En la misma línea: **SCHOPP**, Robert F, **STURGIS**, Bárbara and **SULLIVAN**, Megan. "Battered women syndrome, expert testimony and the distinction between justification and excuse". En: University of Illinois Law Rev. No. 1. 1994. pp. 45 -113. Los autores hacen una exposición exhaustiva del SMM, de cómo éste ha sido utilizado dentro de los procesos, como defensa para las mujeres maltratadas y consideran que las deficiencias científicas que tiene esta construcción lo hacen inútil e irrelevante dentro de estos casos. En la misma línea: **FORELL** and **MATTHEWS**. (2001). *op. cit.* p. 204. Estas autoras aseguran, y con razón, que los fundamentos propios del SMM impiden que la mujer alegue *Self defense*. **DOWNS**, Donald Alexander and **GERSTMANN**, Evan. "A new framework for battered women: Self defense and the necessity of the situation.". En: **DOWNS**, Donald Alexander. *More than victims. Battered women syndrome, society and the law*. University of Chicago Press. Chicago-London. 1996. p. 227, quien afirma que no es necesario explicar la imposibilidad de la mujer de dejar la relación, por medio de un síndrome, porque incluso una mujer razonable puede decidir no alejarse en determinadas circunstancias.

De hecho, hay estudios basados en evidencia empírica que muestran cómo las mujeres maltratadas que manifiestan intenciones de terminar su relación, son las que han desarrollado en menor nivel, o directamente no han desarrollado, el TEPT. No sobra recordar que el SMM ha sido entendido como una manifestación del TEPT. Al respecto: *Vid.:* **ARIAS**, Ileana and **PAPE**, Karen. "Psychological Abuse: Implications for adjustment and commitment to leave violent partners." En: Violence and victims. Vol. 14. No. 1. 1999. pp. 55 -65.

⁷²⁵ **FORELL** and **MATTHEWS**. (2001). *op. cit.* p. 204.

que esta solución incurre en el mismo error, de la mayoría de soluciones: ignorar el contexto específico, lo que la aleja del carácter individualizador que se la ha querido dar.

Como bien afirman Downs y Gerstmann “esta falta de individualización sugiere que Walker entiende el SMM como una forma de buscar justicia de grupo en vez de justicia individual. Lo que en otras palabras es una ausencia de justicia.”⁷²⁶, concluyendo que el foco debe dirigirse sobre la situación de la mujer, no sobre el SMM⁷²⁷,

Por último, alegar un síndrome para establecer la existencia de una causa de ausencia de responsabilidad, sería la base para una excusa o una exculpante, más no para una justificación⁷²⁸. Pero ello implicaría una des- racionalización de la conducta de la mujer, idea que refuerza las concepciones referentes a que las reacciones de las mujeres en estos casos siempre son irracionales⁷²⁹.

2. Las soluciones que se dan en sede de ausencia de culpabilidad son bastante variadas. Van desde la aplicación de la causa de exculpación de miedo

⁷²⁶ *Idem*. p. 226. En la misma línea: **SAGAW**, Shirley. “A hard case for feminism: *People v. Goetz*.”. En: Harvard Women’s Law Journal. Vol 10. 1987. p. 266, quien pone de manifiesto, no sólo los estereotipos que se crean y se reafirman a través de esta figura, sino la posible situación de injusticia que se puede generar, cuando afirma que “ a través del SMM, se ha creado un nuevo estereotipo que, una vez más, saca a la mujer de la competencia de la razonabilidad. Por ello las mujeres maltratadas han sido marcadas por dos estereotipos: si las respuestas de las mujeres maltratadas no se ajustan al estereotipo legal de una mujer que sufre el SMM, las cortes no la van a encontrar, por definición, ni maltratada ni razonable.”. En la misma línea: **SHEEHY**. (2014). *op. cit.* pp. 53 y 54. **FORELL** and **MATTHEWS**. (2001). *op. cit.* p. 204.

⁷²⁷ **DOWNS** and **GERSTMANN**. (1996). *op. cit.* p. 227. En una línea similar: **SHEEHY**. (2014). *op. cit.* p. 53. Quien anota que es posible que los jueces dejen de lado el impacto del maltrato en la mujer, para preguntarse solamente si la mujer era maltratada.

⁷²⁸ En la misma línea: **SHEEHY**. (2014). *op. cit.* p. 53.

⁷²⁹ Esto se evidencia en el caso de la Corte Suprema del Condado de Queens. *People v. Rossakis*. 159 Misc.2d 611 (1993), en el que se tomó el testimonio del testigo experto, referente a que la mujer padecía el SMM, para establecer que su actuación respondió a una percepción irrazonable y su responsabilidad fue mitigada por padecer un trastorno psiquiátrico.

insuperable, de un estado de necesidad exculpante, o en el caso alemán un error sobre éste, pasando por la reconfiguración de la defensa de *duress* anglo-norteamericana, hasta entender la defensa propia como una excusa.

Las soluciones en sede de culpabilidad representan, todas, al menos, dos problemas. El primero, que exonerar a la mujer por vía de ausencia de culpabilidad conlleva a afirmar que su conducta ha sido típica y antijurídica, por tanto susceptible de que se ejerza una legítima defensa en su contra. Esto quiere decir que si el agresor se despertara o reaccionara antes de que la mujer lo matara, podría defenderse y su conducta estaría justificada. Lo que implica una permisión del maltrato, que a su vez se estaría reforzando. Además se le negaría el derecho de defensa a la mujer, frente a esa nueva agresión que estaría, como ya ha quedado claro, justificada.

El segundo, que algunas de las soluciones en sede de culpabilidad se fundamentan en un fallo de la psiquis del ser humano. Así, la eximente de miedo insuperable se aplica cuando la situación de terror nubla la capacidad de raciocinio de la persona que actúa antijurídicamente. Similar es el error sobre el estado de necesidad exculpante del §35.2 del StGB: En los casos que nos ocupan, se fundamenta su aplicación, en el hecho de que la mujer creía, debido a la situación que estaba viviendo, que no tenía otra salida que matar a su agresor, cuando en realidad existían muchas opciones de salvamento. Ello, como veremos más adelante, no es así. La ausencia de otras vías de salvamento es una realidad objetiva que no proviene ni del pánico del que era víctima la mujer, ni de una errada percepción de la realidad.

Ahora bien, no estamos de acuerdo con catalogar estas situaciones como manifestaciones de un estado de necesidad exculpante. Esto implicaría aceptar la existencia de un peligro (elemento central de la figura), más no la de una agresión y es precisamente esto lo que pretendemos desvirtuar. Por ello, pensar que se puede, como lo hace el BGH, configurar un error sobre esta figura, es

igualmente absurdo. Sumado a lo anterior, la existencia de este error se traduce en que, o no hay peligro o había otros medios. Respecto a lo primero, en estos casos no sólo hay un peligro, sino una agresión clara y frente a lo segundo, veremos cómo la mujer no tiene objetivamente otros medios. Afirmar lo contrario pone de manifiesto, una vez más que se hace una incorrecta apreciación de los hechos a la luz de la realidad de la situación. Quienes aseguran esto no se detienen a hacer un análisis pormenorizado de lo que implica encontrarse en una situación de tiranía, como en la que se encuentran las mujeres que matan a sus agresores en situaciones sin confrontación.

Por último, respecto de la propuesta de Dressler, como de la de Rosen y Finkelstein, debemos decir que son ampliaciones o desnaturalizaciones de las diferentes figuras, en aras de poderlas aplicar en al casos concreto. Y como ha quedado claro a lo largo de estas páginas y por la mismas razones ya expuestas, no estamos de acuerdo con este tipo de construcciones teóricas.

Sumado a lo anterior, parece que el factor común de estas soluciones es que son la alternativa a la aplicación de una justificación. El temor que genera afirmar que la conducta de la mujer es ajustada a derecho, puede llegar a nublar la mente de quienes buscan una solución a estos casos y en vez de hacer un análisis completo de la situación que podría llevarlos a afirmar la existencia de una justificación, prefieren ampliar el ámbito de aplicación de las excusas o entender la *self-defense* como una, desnaturalizando su condición de justificante.

3. En último lugar encontramos las soluciones que buscan una atenuación punitiva para la mujer. Quienes defienden estas posiciones consideran que la conducta de la mujer debe ser castigada, pero consideran que por la situación de maltrato de la que ha sido víctima y por las especiales circunstancias en las que se desarrollaron los hechos, la pena a imponer debe ser reducida. Dentro de este grupo de soluciones doctrinales están la *provocation* en el derecho anglo -

norteamericano y la teoría de la corrección restrictiva negativa del tipo en Alemania. Ambas buscan lo mismo: cambiar la calificación jurídica de la conducta de la mujer, que normalmente sería catalogada como asesinato (*murder*), y que ésta sea entendida como un homicidio (*manslaughter*).

La solución alemana, a diferencia de la anglo –norteamericana, tiene un componente de política criminal que hace referencia a particularidades propias del ordenamiento jurídico penal alemán. El §211 del StGB consagra una pena de prisión permanente para quien cometa el delito de asesinato. Sin embargo, a los ojos de la doctrina alemana, estas situaciones pueden ser constitutivas de una provocación del §213 del StGB, que opera como atenuante de responsabilidad. El problema es que la aplicación de la mencionada disposición está bloqueada a casos de asesinato. Por tanto, para poder aplicarla, deben transformar la conducta de la mujer en homicidio del §212 del StGB. Y es en este punto donde entra a jugar la teoría de la corrección restrictiva del tipo.

Ahora bien, ambas soluciones buscan cambiar la calificación de la conducta de la mujer de asesinato a homicidio. La existencia del asesinato se basa fundamentalmente en la misma idea en ambos sistemas: se configura una malicia especial en estos casos; y es precisamente esa malicia (que se manifiesta en la configuración de la alevosía en el entorno continental) la que buscan eliminar estas soluciones. Pero si partimos de la base, como lo explicaremos más adelante, de que en estos casos no hay alevosía⁷³⁰, estas soluciones se tornan innecesarias e inaplicables a estos casos. En el caso alemán, se podría aplicar directamente el §213 StGB, sin necesidad de recurrir, por ejemplo, a la corrección restrictiva negativa del tipo, para cambiar la imputación.

Sin embargo la provocación del §213 StGB, parte de la base de que hay una provocación por parte del agresor, que lleva a la mujer a reaccionar

⁷³⁰ Vid.: *Infra*. Tercera parte. Capítulo segundo. Excurso.

violentamente en su contra. Pero esto implica afirmar que la mujer pierde el control y su reacción es absolutamente irracional. Y esto no puede estar más alejado de la realidad. De casi todos los casos analizados, se desprende que la mujer sabe perfectamente lo que está haciendo. En ningún momento es una reacción inconsciente derivada de una pérdida de control sobre sí misma. La mujer tiranizada no pierde sus cabales, mata a su agresor porque ha llegado a la conclusión de que es la única manera de salvarse a sí misma.

Más allá de ello, el hecho de buscar una reducción punitiva en estos casos no nos parece correcto. Las razones para negar la configuración de una causa de ausencia de responsabilidad, son el resultado de hacer un análisis errado, alejado de la realidad de los casos concretos, que parece estar guiado por un miedo generalizado a exonerar de pena a la conducta de la mujer. Temor que se evidencia en buscar una solución intermedia que, en parte, satisface esa necesidad de no castigar innecesariamente a la mujer víctima de violencia reiterada, pero a que su vez no la exonera totalmente de responsabilidad.

TERCERA PARTE: APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS CASOS DE LA MUERTE DEL TIRANO DE CASA EN SITUACIONES DONDE NO HAY CONFRONTACIÓN.

"A woman's trigger for self-defense is usually not a stranger pointing a gun at her or a combatant brandishing a broken bottle, but an intimate who may – often abruptly – exert violent control over her."
- To Have but Not to Hold: Can "Resistance against Kidnapping" Justify Lethal Self-Defense against Incapacitated Batterers?- G.A. Diamond.

INTRODUCCIÓN.

Una vez expuestas las soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se la han dado al caso que tratamos, y de habernos pronunciado sobre éstas, procedemos a presentar nuestra propuesta de solución que será aplicable sólo a los casos que se ajusten al caso modelo.

Con este fin, en el capítulo primero de esta tercera parte expondremos los aspectos generales de la eximente de legítima defensa, por ser ésta figura en la que se basará nuestro modelo de solución. Esta exposición no pretende ser exhaustiva, ya que no se profundizará sobre algunos debates que se dan en sede de los distintos requisitos de configuración de la eximente. Sin embargo, sí se dejarán planteados y sus soluciones estarán, al menos, esbozadas. Lo mismo sucede con el apartado referente a las restricciones ético sociales de la legítima defensa. Por el contenido de nuestro trabajo, sólo haremos una referencia a los casos de restricción de la defensa en situaciones de relaciones personales, más concretamente en el ámbito de relaciones de pareja.

Así las cosas, se hará hincapié entonces en aquellos requisitos que, a los ojos de quienes niegan una configuración de la legítima defensa en estos casos, no se dan. Es decir, esos requisitos cuya ausencia fundamenta las críticas que se le

hacen a la idea de aplicar la legítima defensa en estos supuestos⁷³¹. Por tanto, no sólo se hará una exposición sobre el contenido de cada uno de estos requisitos, sino también pondremos de manifiesto la forma razonable de entenderlos e interpretarlos. Ideas que servirán para fundamentar nuestra propuesta, que será la que compondrá en capítulo segundo de esta parte del trabajo.

Una vez planteada nuestra propuesta personal, pasaremos a aplicarla al caso modelo (*Supra. Primera Parte. Capítulo Primero. I.3.*), para arrojar así algunas conclusiones iniciales al respecto, poniendo a prueba no sólo nuestra construcción, sino la teoría de la legítima defensa en su totalidad. (*Infra. Capítulo Tercero*).

⁷³¹ Vid.: *Supra*. Segunda Parte. Capítulo primero. I.1.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Por legítima defensa se entiende la acción necesaria para defender los bienes jurídicos propios o de terceros, de una agresión actual y antijurídica, bien sea impidiendo la agresión o repeliéndola⁷³².

I.1. Naturaleza jurídica y fundamentos de la legítima defensa

La legítima defensa es una causa de justificación de la conducta típica⁷³³. La función de estas causas es autorizar acciones contrarias a las normas (es decir

⁷³² **WELZEL**. (1956). *op. cit.* p. 91. **DÍAZ PALOS**, Fernando. *La legítima defensa. (Estudio técnico jurídico)*. Bosch. Barcelona, 1971. p. 13. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 20. **RODRIGUEZ MOURULLO**, Gonzalo. "Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa". En: *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1981. p. 769. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/1. **GROPP**, Walter. *Strafrecht. A.T.* 4 Aufl. Springer. Deutschland, 2015. p. 195/122. **PERRON**, Walter. "Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En: *Justificación y exculpación en Derecho Penal. (Coloquio Hispano – Alemán de Derecho Penal.)*. (A. Esser/ E. Gimbernat/W. Perron. Eds). Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1995. p. 78.

⁷³³ Su naturaleza como causa de justificación o de ausencia de antijuridicidad no es discutida por la doctrina ni por la jurisprudencia. *Vid.*: **LUZÓN PEÑA**. (2002) *op. cit.* pp. 91-109. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 20. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/1. **PUPPE**, Ingeborg. *Strafrecht A.T. im Spiegel der Rechtsprechung*. 2. Aufl. Nomos. Deutschland, 2011. §12/1. **GEILEN**, Gerd. "Notwehr und Notwehrexzeß" En: *JURA*. Heft. 4. 1981. p. 201. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 195/122. **FREUND**, Georg. *Strafrecht. A.T.* 2. Aufl. Springer. Deutschland, 2009. §3/82. **KREY** und **ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/473. **REYES ECHANDÍA**, Alfonso. *La Antijuridicidad*. 3 Edic. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981. p. 142. **GIMBERNAT ORDEIG**. (1991). *op. cit.* p. 913. En la misma línea: Cfr.: Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de Abril de 2002. Radicado 14731. "la legítima defensa pura y simple, objetiva, tradicionalmente se ha entendido como una causal excluyente de la antijuridicidad, porque la conducta de quien actúa en defensa de un derecho, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no puede ser susceptible de juicio de reproche alguno, es decir que, en condiciones tales, se afirma el hecho como justificado."

conductas típicas), porque éstas se realizan en aras de proteger mayores valores⁷³⁴. A través de la legítima defensa se justifica la lesión de uno o varios bienes jurídicos para salvaguardar los de quien ejerce la acción defensiva o los de terceros (*Shutzprinzip*). Sin embargo, también se entiende que a través de la legítima defensa se defiende el orden jurídico (*Rechtsbewährungsprinzip*).

Las dos ideas planteadas, van a ser las que van a servir como fundamento de la legítima defensa. Bien sea las dos en conjunto, o cada una por separado⁷³⁵. A continuación explicaremos esto en detalle.

A.). Fundamento individual – *Shutzprinzip*.

Con base en el fundamento individual, se dice que el pilar de la legítima defensa es que, a través de ésta, se protegen todos los bienes jurídicos personales o individuales, como la vida, la integridad, la libertad (en todas sus manifestaciones: libertad de locomoción, libertad sexual etc.), el honor, la salud, la propiedad, etc.⁷³⁶. Sin embargo, aquellos bienes de la colectividad, los denominados *bienes jurídicos supraindividuales o colectivos*, no son susceptibles de

Lo mismo sucede en el derecho anglonorteamericano, con algunas excepciones, que contienen propuestas muy concretas, como las arriba analizadas. *Vid.: Supra*. Segunda Parte. Capítulo segundo. I.4.

⁷³⁴ **RODRIGUEZ MOURULLO**, Gonzalo. “Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad”. En: *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca. España, 1982. **HILGENDORF** und **VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/10.

⁷³⁵ **KASPAR**. (2015). *op. cit.* §5/240.

⁷³⁶ **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/101. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 32. **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/241. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/78. **CÓRDOBA RODA**, Juan. “Consideraciones sobre la legítima defensa”. En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernát*. Tomo. I. (C. García Valdés/A. Cuerda Riezu/M Martínez Escamilla/ R. Alcácer Guirao/ M. Valle Mariscal de Gante. Coords.). Edisofer. Madrid, 2008. p. 763.

protección a través de esta figura⁷³⁷. A través de la necesidad de proteger los bienes jurídicos, se legitima una acción defensiva en situaciones especiales⁷³⁸.

Algún sector de la doctrina entiende que el *Shutzprinzip* es una manifestación de la prevención especial en el sentido de que la autorización para defenderse, va a disuadir al individuo de atacar a otros⁷³⁹. Otro sector dirá que realmente la legítima defensa es una manifestación de la retribución, ya que quien agrede recibe a cambio otra agresión, generándose así un equilibrio entre los males causados⁷⁴⁰. Pero más allá de esto, el núcleo esencial de este principio se encuentra en la idea de que nadie está obligado a tolerar una agresión antijurídica a sus bienes jurídicos⁷⁴¹ y por ello tiene derecho a defenderlos de ataques injustos.

⁷³⁷ Se protegen mediante el estado de necesidad. **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 445. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 32. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/102, quien aclara que los bienes individuales de las autoridades fiscales, como por ejemplo la propiedad, si pueden defenderse a través de esta figura. §4/105. En una línea marcadamente diferente: **CÓRDOBA RODA**. (2008). *op. cit.* p. 764, quien entiende que en el marco del art. 20.4 del CPe. todos los derechos son susceptibles de legítima defensa. Para ejemplificar el punto, utiliza los casos del medio ambiente y la seguridad del tráfico.

⁷³⁸ **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 65, quien considera que no se debe fundamentar la legítima defensa solamente en la necesidad, porque este es el concepto central de casi todas las causas de justificación.

⁷³⁹ **ROXIN**, Claus. "Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts. – Versuch einer Bilanz –". En: ZStW. 1981. p. 73. **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/243.

⁷⁴⁰ **GEYER**. August. *Die Lehre von der Notwehr*. Mauke. Jena, 1857. p. 15. Para un detallado análisis de las críticas a esta concepción: *Vid.*: **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 13-15. Especialmente crítico con esta concepción: **PALERMO**. (2007). *op. cit.* pp. 136 y 137. Partiendo de la base de que entender que la legítima defensa tiene un fin retributivo, implica equiparar la agresión con el delito y la defensa con la pena estatal, este autor considera que esta equiparación llevaría a reducir los bienes defendibles a través de la legítima defensa, a los bienes jurado-penales. Reducción teleológica que a sus ojos es inadmisibles, porque es una restricción *in mala partem* del contenido de esta eximente. Por otro lado, afirma que entender la legítima defensa como manifestación de la retribución hace que se deban establecer límites a su ejercicio en clave de proporcionalidad, lo que – a su juicio – , no puede constituir un límite para la legítima defensa.

⁷⁴¹ **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/1.

B.). Fundamento supraindividual - *Rechtsbewährungsprinzip*.

El contenido del fundamento supraindividual está condensado en el conocido aforismo hegeliano de que “el derecho no tiene por qué ceder frente al injusto”⁷⁴². Quien se defiende está reafirmado el derecho y por tanto lo está protegiéndolo de ataques injustos⁷⁴³. La agresión es antijurídica (contraria al ordenamiento), y por esto mismo también constituye una agresión contra éste o una negación del mismo. Por tanto, defenderse de ella va a reafirmar el derecho (va a negar la negación) y es por eso que se entiende que la legítima defensa protege también el orden jurídico⁷⁴⁴.

Para algunos autores, el fundamento supraindividual actúa también como manifestación de la prevención general, en la medida en que a través de la legítima defensa se muestra que no se puede atacar a otro de manera ilegítima,

⁷⁴² **WELZEL**. (1956). *op. cit.* p. 91. Aforismo acuñado por primera vez por Berner. Cfr.: **BERNER**, Albert. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Tauchnitz. Leipzig, 1898. p. 107. Al respecto: *Vid.*: **STRATENWERTH** und **KUHLEN**. (2011). *op. cit.* §9/61. **KINDHÄUSER**, Urs. “Acerca de la génesis de la fórmula <<el derecho no debe ceder ante el injusto.”. En: *La antijuridicidad en derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. (M. Pawlik, U. Kindhäuser, J. Wilenmann, J. Mañalich. Coords.). B de F. Buenos Aires, 2013. pp. 65 -98. Contra esta fundamentación de la defensa legítima: **NINO**, Carlos Santiago. *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*. Tercera reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005. p. 26. Según este autor, a través de esta fórmula se puede fundamentar tanto la legitimidad de la acción defensiva, como su ilegitimidad y por tanto, es una fórmula “vacua”. Si se parte de la base de que el derecho no debe ceder ante el injusto, alguien que considere que las acciones defensivas son ilícitas, podría afirmar que no cabría legítima defensa nunca, porque las acciones defensivas, aunque sean contra bienes jurídicos de agresores, son injustas y el derecho no debe ceder ante ellas.

⁷⁴³ **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 445. **SEEBERG**, Rouven. *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*. Peter Lang. Göttingen, 2004. p.28. **LUZÓN PEÑA**. (2002). pp. 39 – 44. **ARZT**, Gunther. “Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr”. En: *F.S. für Friedrich Schaffstein*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1975. pp.77 -88. **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/241 y 242. **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 143.

⁷⁴⁴ **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 39. Para quien esto explica también la legitimidad misma de la defensa, “pues si se trata de elegir entre que prevalezca el Derecho o el injusto, es lógico desde el punto de vista jurídico que la elección recaiga en el primero.”.

sin riesgo de sufrir una agresión que está permitida por el ordenamiento jurídico mismo⁷⁴⁵.

C). Las teorías monistas.

Las teorías monistas utilizan uno de los dos fundamentos anteriormente explicados para construir las bases de la legítima defensa⁷⁴⁶. El fundamento individual ha sido utilizado para justificar la acción defensiva. Es decir, que para algún sector minoritario de la doctrina sería el único fundamento de esta causa de justificación. Esto implicaría entender la legítima defensa desde un punto de vista personal y privado cuyo único fin es defender a los individuos de ataques en su contra ⁷⁴⁷.

Por otra parte, si se sigue esta idea, como bien lo plantea Molina Fernández, no habría problema cuando los bienes jurídicos que preponderan son los del agredido⁷⁴⁸. Sin embargo, el problema se presentaría cuando se deba justificar el hecho de que la acción defensiva cause más daño del que trata de evitar. Para ello, afirma esta autor, que hay dos opciones, la de degradar los bienes del

⁷⁴⁵ **ROXIN**. (1981). *op. cit.* pp. 73 y 74. En la misma línea: **SEEBERG**. (2004). *op. cit.* pp.46-52. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p 51.

⁷⁴⁶ Sobre las teorías monistas: *Vid.: SK-StGB/Günther*. (2012) *op. cit.* §32/9.

⁷⁴⁷ Esto recuerda a la idea planteada por Carrara de la repulsa, como fundamento del concepto de defensa. Para este autor la defensa tiene dos manifestaciones: defensa como *resguardo* y defensa como *repulsa*. La primera hace referencia a las situaciones en las que la defensa “(...) se interpone entre una cosa y los seres, animados o inanimados, que podrían dañarla”. Mientras que la segunda hace referencia a cuando la defensa se ejerce poniendo en colisión los derechos propios con los de otros. Es decir, “cuando el hombre no la ejerce solamente sobre sí o sobre sus cosas, sino actuando sobre la persona de otro o sobre las cosas de otro (...)”. **CARRARA**, Francesco. “Defensa pública y privada”. En: *Derecho Penal*. Obra compilada y editada. (E. Figueroa Alfonso. Comp.). Editorial Harla. México, 1993. p. 42- 44

⁷⁴⁸ Defensores de una fundamentación monista individual para la legítima defensa: **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 196/124. , **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/11.

agredido o la de introducir nuevos intereses relevantes además del bien jurídico lesionado⁷⁴⁹.

En nuestra opinión, lo consecuente con los planteamientos de la teoría monista sería degradar los intereses del agresor, basándose en una comprensión retributiva de la legítima defensa, porque de lo contrario, es decir si se introducen valores nuevos del lado de los bienes jurídicos del agredido, entraríamos en sede de un doble fundamento que resulta contrario a la idea de un único fundamento para la legítima defensa. Sin embargo, en nuestro parecer, una fundamentación de corte monista-individual reduce la legítima defensa a una simple justicia privada reglada⁷⁵⁰. Ausente el componente de interés colectivo, entendido como reafirmación del orden jurídico, la acción defensiva termina siendo la manifestación de un estado de naturaleza porque se extrae el derecho de defensa del orden jurídico estatal⁷⁵¹. Además esto implicaría, como afirma Mir Puig, “desconocer el significado colectivo de la legítima defensa. (...) Agresor y defensor no se hallan en una posición igualmente válida frente al orden jurídico. Mientras que el agresor niega el Derecho, el defensor lo afirma.”⁷⁵².

⁷⁴⁹ **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 21.

⁷⁵⁰ Esta idea de defensa como instinto de conservación y retaliación (venganza privada o de sangre) fue superada gracias a la regulación que se hizo del derecho de defensa en la antigua Roma. Al respecto: Cfr.: **DOMINGUEZ LOPEZ**, Esther. *La legítima defensa en el Derecho Romano con referencia a la dogmática moderna*. Dykinson. Madrid, 2012. p. 74. Para quien “el ordenamiento jurídico romano desligó la legítima defensa de esta otra forma de defensa o justicia privada, que se materializaba en la conocida máxima del << ojo por ojo, diente por diente >>”. En la misma línea: Vid.: **FASTEN**, Ines. *Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit*. Verlag Dr. Kovač. Hamburg, 2011. pp. 10-16. En contra de ello: **IGLESIAS RÍO**. (1999)B. *op. cit.* p. 40. Para quien el derecho romano no articuló un desarrollo, ni del derecho penal, ni de la legítima defensa.

Para análisis detallado de las limitaciones que se fueron desarrollando en torno a la legítima defensa en la doctrina alemana, a través de la historia: Vid.: **FASTEN**. (2011). *op. cit.*

⁷⁵¹ **ZILIO**. (2012) *op. cit.* p. 97.

⁷⁵² **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 445. Cursivas originales. En una línea similar: **ZILIO**. (2012) *op. cit.* p. 96. .

b. También se ha utilizado la idea de la protección o reafirmación del derecho como una única fundamentación de la legítima defensa⁷⁵³, pero sucede exactamente lo mismo que con la teoría monista-individual. Es decir, el fundamento de la legítima defensa queda incompleto⁷⁵⁴.

No es suficiente que la defensa justa proteja el orden jurídico, al reafirmarlo cuando repele agresiones injustas. En nuestra opinión, se necesita también entender que esta defensa protege bienes jurídicos individuales. De lo contrario, la defensa – en este caso – quedaría reducida, ya no a una justicia privada reglada, como sucede con la teoría monista-individual, sino a una forma de reafirmación del Derecho, invisibilizando el hecho de que la defensa frente a ataques injustos es un derecho individual de las personas.

D.) La tesis del doble fundamento.

El sector de la doctrina que defiende la tesis del doble fundamento⁷⁵⁵, parte de la idea de que fundamentar la legítima defensa en un solo principio, resulta incompleta⁷⁵⁶. Así las cosas, se toman los dos principios explicados y se unen,

⁷⁵³ **FREUND**. (2009). *op. cit.* § 3/87 y 88. **STRATENWERTH** und **KUHLEN**. (2011). *op. cit.* §9/61, quienes consideran que tanto la defensa de los bienes jurídicos individuales, como la afirmación o el prevalecimiento del derecho, son importantes.

⁷⁵⁴ **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 40 y 41. Para quien el fundamento supraindividual de la defensa es acertado, pero incompleto. En la misma línea: **FREUND**. (2009). *op. cit.* § 3/ 88. **SK-StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/13. **RENZIKOWSKI**. (1994). *op. cit.* p. 82.

⁷⁵⁵ Sobre la teoría del doble fundamento: **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/4. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/6. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. ci.* p. 21. **SK-StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/8.

⁷⁵⁶ Contrario a esta crítica: **PAWLIK**, Michael. “La legítima defensa según Kant y Hegel”. En: *La antijuridicidad en derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. (M. Pawlik, U. Kindhäuser, J. Wilenmann, J. Mañalich. Coords.). B de F. Buenos Aires, 2013. pp. 6-9, quien considera que los argumentos que defienden un doble fundamento en la legítima defensa son enteramente defensivos y negativos. Según este autor, quienes defienden esta posición se basan en la crítica de la incapacidad de las tesis individualistas de fundamentar la defensa, lo que resulta en una crítica circular.

construyendo un fundamento doble: el componente individual o de protección de los bienes jurídicos legitima a la persona agredida para reafirmar el derecho (componente supraindividual)⁷⁵⁷.

En esta construcción, los dos componentes o principios, se relacionan interactuando entre sí. Se podría decir incluso que su relación es de dependencia. El hecho de ser víctima de una agresión antijurídica contra sus bienes jurídicos, es lo que va a legitimar a una persona a defenderse y es a través de esa acción defensiva que va a reafirmar el orden jurídico, porque se está enviando el mensaje de que cualquier conducta contraría al orden jurídico va a ser susceptible de una respuesta: en este caso un daño a los bienes jurídicos del

Defensores de la tesis del doble fundamento: **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1981). *op. cit.* p. 770. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/100. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/1. **HILGENDORF und VALERIUS**. (2015). §5/19. **KLEINHERNE**, Philipp Christoph. *Garantenstellung und Notwehrrecht. Zugleich ein Beitrag zum Entstehen und Erlöschen von Garantenstellungen*. P.L. Academic Research. Göttingen, 2013. pp. 26 -28. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/17. **ROXIN**. (1981). *op. cit.* pp. 70-76. **HEINRICH**, Bernd. *Strafrecht. A.T.* 3 Aufl. Kolhammer. Deutschland, 2012. § 14/337. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 44 y 45. **WESSELS, BEULKE und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/324a. **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/243. **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/470. **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1976). *op. cit.* p. 66. Sin embargo, aclara este autor, que si bien la legítima defensa se fundamenta en la protección de bienes jurídicos y la protección o reafirmación el derecho, está limitada por el criterio de ponderación e intereses. **ZILIO**. (2012) *op. cit.* p. 105.

Críticos con esta concepción: *Vid.*: **SEEBERG**. (2004). *op. cit.* pp. 17 -32. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* pp. 21 y 22, para quien la teoría del doble fundamento de la legítima defensa resulta formalmente correcta, pero vacía de contenido si no se desarrolla correctamente. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/8-11, para quien la idea de „*Bewährung der Rechtsordnung*“ entendida como una participación positiva de los ciudadanos en la defensa de ataques ilegales no justifica de manera convincente la legítima defensa, bien sea entendida como único fundamento, o bien sea combinada con el componente individual. **FREUND**. (2009). *op. cit.* §86. Para quien el hecho de fundamentar la legítima defensa de esta manera, deja más preguntas que respuestas. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/11, quien considera que la relación entre los dos principios (individual y supraindividual) no está clara. Sin embargo, este autor trata de completar el fundamento dualista de la legítima defensa, a través del principio de responsabilidad. *Vid.* §7/19. **PALERMO**. (2007). *op. cit.* p. 171. Para quien este fundamento carece de una regla funcional armonizadora de todos los principios que conglomeran.

⁷⁵⁷ **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* pp. 445 y 446. “la legítima defensa encuentra su razón de ser en la defensa del Derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales.”. Para este autor el componente supraindividual es el que va a distinguir la legítima defensa, de otras causas de justificación.

agresor. Si la protección a los bienes jurídicos no fuera relevante dentro de la legítima defensa, la agresión no actuaría como medio legitimador de la acción defensiva, que ya no se podría ejercer y, por tanto, no habría manera de reafirmar el Derecho. Por ello hay una interdependencia entre los dos fundamentos. Pero no sólo eso, también hay una relación de complementariedad⁷⁵⁸

⁷⁵⁸ **KASPAR.** (2015) *op. cit.* §5/243, quien asegura que la detrás de la teoría del doble fundamento existe una complementariedad entre el fundamento individual y el supraindividual. En una línea similar: **ZILIO.** (2012) *op. cit.* p. 97. La protección supraindividual es la condición de existencia de la individual.

Ya a mediados del siglo pasado, Jiménez de Asúa ponía de manifiesto la relación de complementariedad entre estos dos principios fundadores de la legítima defensa, al afirmar que “el defensor *restablece el derecho atacado*, puesto que en la colisión de intereses *se hace así prevalecer el bien jurídicamente protegido* mediante el necesario sacrificio del *interés ilegítimo del atacante*.”. **JIMÉNEZ DE ASÚA,** Luis. *Tratado de derecho penal. Tomo IV. El Delito.* Segunda edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1961. p. 71. (Cursivas originales).

I.2. Elementos de la legítima defensa.

A.) La agresión: actual e ilegítima.

Como afirma Luzón Peña, la agresión es un „elemento imprescindible y esencial” de la legítima defensa⁷⁵⁹. Sin la existencia de la agresión no se podría hablar de una situación de defensa legítima.

a. El **concepto de agresión** como pilar de la legítima defensa, es entendido como cualquier comportamiento humano que amenace o lesione bienes jurídicos individuales, protegidos legalmente⁷⁶⁰.

La agresión que va a justificar una respuesta defensiva debe provenir siempre de un ser humano⁷⁶¹; reacciones defensivas frente a ataques o peligros

⁷⁵⁹ **LUZÓN PEÑA**. (2002.). *op. cit.* p. 113. En la misma línea: **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/246.

⁷⁶⁰ **WELZEL**. (1956). *op. cit.* p. 91. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/6. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/106. **KÜHL**. (1993). *op. cit.* p. 57. **FELBER**, Roland. *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*. C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1979. p. 11. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 22. **SK-StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/22. **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/4. STSe. del 12 de julio de 2004. 900/2004. **BALDÓ LAVILLA**. (1994.). *op. cit.* p. 265. **ZILIO**. (2012) *op. cit.* p. 108, quien ahonda en la idea de que las acciones no son lo que se hace, sino el significado de lo que se hace. En el caso de la agresión, este significado le es dado por las reglas o las normas: “la acción agresiva sólo existe porque es interpretada conforme a reglas o normas”.

No deja de ser interesante la idea planteada por Palermo de que la agresión no solo es un comportamiento que lesiona de bienes jurídicos protegidos, sino que también es una manera de negar la personalidad del agredido, negación a través de la cual el mismo agresor se niega así mismo como persona. Al respecto: *Vid.*: **PALERMO**. (2007). *op. cit.* pp. 287 -297.

OTTO. (2000). *op. cit.* §8/18, quien hace la salvedad de que esta definición es incompleta porque la agresión no sólo lesiona los bienes jurídicos individuales, sino también la validez del orden jurídico. Sin embargo, al constituir peligros contra éstos, si pueden defendidos a través del estado de necesidad.

⁷⁶¹ **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 448.

producidos por animales o por fenómenos de la naturaleza, suelen estar justificadas a través de las reglas del estado de necesidad⁷⁶².

Para que se configure una agresión no es necesario que se realice el daño al bien jurídico; con un intento idóneo de agresión es suficiente, lo que implica que es posible ejercer acciones defensivas contra tentativas idóneas⁷⁶³. La acción defensiva contra tentativas inidóneas o supersticiosas no estaría justificada a través de la legítima defensa en la medida en que éstas no constituyen una agresión real⁷⁶⁴. v.gr. no estaría justificado ejercer una acción defensiva contra aquél que reza para que se produzca la muerte de su enemigo; a lo sumo, podría hablarse en este caso de legítima defensa putativa. Esta es la situación en la que se realiza una acción defensiva pero la agresión o no existe o ha cesado ya. En estos casos se incurre en un exceso extensivo⁷⁶⁵ que desembocaría en la

⁷⁶² **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/8. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/106. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/7. **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/249. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 26. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/17. **KÜHL**. (1993). *op. cit.* p. 58. **El mismo**. (2012). *op. cit.* §7/26. **SK-StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/23. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 72. **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 111, para quien los ataques de los animales no son acciones porque no contienen una expresión de sentido en contra de los bienes jurídicos del agredido. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 129 y 130. Sobre el tema específico de acciones defensivas contra animales: El mismo. *Idem*. pp. 291 -306. El autor distingue entre situaciones en las que el animal ataca por impulso y en las que ataca azuzado por una persona. El primer supuesto se soluciona bajo las reglas del estado de necesidad, mientras que en el segundo cabría una legítima defensa contra quien azuzó al animal a atacar ya que en este caso lo está utilizando como instrumento de agresión. En la misma línea: **KREY** und **ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/474. **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 158.

⁷⁶³ Así lo reconocía ya la doctrina alemana, desde la década de los treinta. Por ejemplo: *Vid.:* **SCHMITT-LERMANN**, Hans. *Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 357. Breslau – Neukirch, 1935. p. 51.

En España: Por todos: **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 448. En la misma línea: STSE. del 29 de septiembre de 1984. 1932/1984.

⁷⁶⁴ **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 132. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 24. **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 123.

⁷⁶⁵ Este exceso extensivo, por ejemplo, impide la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa del art. 21.1. CPe. al respecto: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012) *op. cit.* p. 29. **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 452.

aplicación de las reglas del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación o un error sobre el tipo permisivo⁷⁶⁶.

Tampoco se requiere que se dé una agresión en el sentido de acometimiento físico mediado por la violencia⁷⁶⁷. Es decir que no sólo los bienes materiales

⁷⁶⁶ **WESSELS, BEULKE**, und **SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/330. **KASPAR**. (2015). *op. cit.* §5/251. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 198/137 -144. **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* § 14/348. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/12. A favor de quién ejerce la acción defensiva se aplican las reglas del error de tipo permisivo. *Erlaubnistatbestandsirrtum*. Este autor defiende la idea de que se debe hacer una valoración *ex post* de las circunstancias que llevaron al autor a incurrir en este error. En la misma línea: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 24.

⁷⁶⁷ **MANZINI**, Vincenzo. *Tratado de derecho penal. Vol III. Teorías generales*. (S. Sentis Meledo. Trad.). EDIAR editores. Buenos Aires, 1949. p. 70. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 23. **CÓRDOBA RODA**, Juan. "Consideraciones sobre la legítima defensa". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernát*. Tomo. I. (C. García Valdés/A. Cuerda Riezu/M Martínez Escamilla/ R. Alcácer Guirao/ M. Valle Mariscal de Gante. Coords.). Edisofer. Madrid, 2008. p. 761. **MIR PUIG**. (2016), *op. cit.* p. 447, quien considera inadmisibles una concepción netamente materialista. (2015). *op. cit.* p. 215/5. **GIMBERNAT ORDEIG**. (1995). *op. cit.* p. 65. A su juicio, entender la agresión como mero acometimiento físico no es una concepción sostenible, por dos razones. La primera porque hay agresiones que no constituyen ataques a la persona y la segunda porque el mismo código consagra hipótesis de agresiones en las que no media violencia física.

En épocas anteriores la jurisprudencia española entendía la agresión sólo como un acometimiento físico. Al respecto, con amplias referencias jurisprudenciales *Vid.*: **MAGALDI**, María José. *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Editorial Bosch. España, 1976. p. 29 y **JIMÉNEZ DE ASÚA**. (1961). *op. cit.* pp. 160 y 161, quien se mostraba ya, contrario a esta forma de entender la agresión, ya que – a su juicio- la agresión puede asumir diferentes formas. p. 164. **CÓRDOBA RODA**, Juan. "De las circunstancias que eximen de responsabilidad penal." En: *Comentarios al Código Penal* (G. Rodríguez Mourullo/J. Córdoba Roda. Coords.). Ariel. España 1976. p. 237. STSe. del 30 de marzo de 1993. "Por agresión debe entenderse toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando generalmente - en congruencia con sus condiciones de realidad e inminencia - a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo, como forma más concluyente de patentizarse el propósito agresivo (Sentencias de 19 de abril de 1.988 y 16 de febrero de 1.991, y las en la primera citadas). Sin embargo, tal criterio no es riguroso sino que, ya desde las sentencias de 14 de diciembre de 1.970 y 24 de abril y 29 de septiembre de 1.984, se ha reconocido que el acometimiento es sinónimo de agresión y está debe entenderse producida no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato; apoyándose este Tribunal para declararlo así, en las mismas razones que ya servían de fundamento a las Partidas al decir "et non ha de esperar que el otro le fiera primeramente,

pueden ser objeto de agresiones frente a las cuales se puede reaccionar en legítima defensa, sino también los bienes inmateriales⁷⁶⁸.

a.) Legítima defensa contra agresiones omisivas.

Se ha dicho que la agresión puede realizarse tanto de manera activa, como omisiva. En otras palabras, una omisión puede configurar una agresión que legitima una respuesta defensiva⁷⁶⁹.

porque podría acaecer que por el primer golpe que él diere podría morir el que fuese acometido, et después no se podría amparar". Tesis ésta que equipara a la agresión las actitudes de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento (Sentencia 17 de junio de 1.980). De forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con el acto físico sino que también la nota de agresividad puede venir dada por el peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente (Véase sentencia de 29 de octubre de 1.988 y las en ella citadas).".

⁷⁶⁸ En la moderna doctrina alemana, parece haber acuerdo en que agresión no es sólo un acometimiento físico. Por ejemplo, casi toda la literatura reconoce el honor como bien inmaterial susceptible de ser defendido legítimamente. *Vid.*: **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/3. **JÄGER**. (2013) *op. cit.* §4/101. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/8. **KASPAR**. (2015) *op. cit.* §5/247. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/78. **StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/44. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/34. En contra, los austriacos **KIENAPFEL**, Diethelm, **HÖPFEL**, Frank und **KERT**, Robert. *Strafrecht A.T.* 14 Aufl. Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung. Wien, 2012. p. 71/6, quienes no listan el honor como bien jurídico defendible a través de la legítima defensa.

Aunque no siempre el honor ha sido reconocido como un bien jurídico susceptible de protección a través de la legítima defensa. En 1979 Felber planteaba la legítima defensa del honor como un problema al que no se la había dado una solución unánime. Él se muestra favorable a la configuración de una defensa legítima en estos casos. **FELBER**. (1979). *op. cit.* pp. 185 y 186.

En España: *Vid.*: Por todos: **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 400 -408. Luzón Peña aclara que el problema de la defensa del honor no es que el bien jurídico sea o no defendible *per sé*, sino que concurra la actualidad de la agresión que – a su juicio – concurre. En la mayoría de los casos las amenazas son agresiones actuales, pero también pueden ser agresiones continuadas. **CASTIÑEIRA**, María Teresa. "Legítima Defensa del honor y límites del derecho de defensa. (Comentario a la sentencia del 22 de enero de 1987). En: ADPCP. Fasc. 3. 1987. p. 858.

⁷⁶⁹ **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/9. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/106. **RENGIER**. (2015)A. §18/15. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 23. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 142. **FRISTER**. (2015). §16/10. **GEILEN**. (1981). *op. cit.* p. 203. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/21. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 196/128. **WESSELS**, **BEULKE**, und **SATZGER**. (2013). *op. cit.*

Existe un sector doctrinal que considera que todas las omisiones pueden ser constitutivas de agresión, bien sean propias o impropias⁷⁷⁰, mientras que otro sector argumenta que sólo las comisiones por omisiones pueden ser agresiones,

§8/326. *SK- StGB/Günther*. (2012). *op. cit.* §30. *EBERT*. (2001). *op. cit.* p. 72. *KÜHL*. (2012). *op. cit.* §7/29 y 30. *REYES ECHANDÍA*. (1981). *op. cit.* pp. 145 y 146.

En una línea similar, aunque con matices, está la posición de *PALERMO*. (2007). *op. cit.* p. 311 y 312, quien sostiene que sólo habrá legítima defensa contra agresiones omisivas si ésta constituye en sí mismas el quebrantamiento de un mandato o de una prohibición a través de la infracción de un deber negativo.

En contra de la configuración de agresiones por vía omisiva: Por todos: *SCHUMANN*, Heribert. „Notwehr gegen Unterlassen?“. In: F.S für Friedrich Dencker zum 70 Geburtstag. Mohr Siebeck. Tübingen, 2012. p. 289. *SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON*. (2014). *op. cit.* §32/10. *HEINRICH*. (2012). *op. cit.* § 14/352.

Para un completo análisis de los argumentos a favor y en contra de la legítima defensa contra omisiones: *Vid.*: *STAHL*, André. *Notwehr gegen Unterlassen*. Nomos. Deutschland, 2015.

⁷⁷⁰ *SK-StGB/Günther*. (2012). *op. cit.* §32/30. *BAUMANN, WEBER und MITSCH*. (1995). *op. cit.* §17/6, quienes sostienen que no sólo caben acciones defensivas contra agresiones realizadas a través de omisiones impropias, sino también a través de omisiones propias, porque no sólo se debe tener el deber legal (posición de garante) de actuar, sino también un deber moral. Según estos autores el farmaceuta que se niega a venderle la medicina a un hombre, para su hijo enfermo, está creando una agresión omisiva contra la que cabe una acción en legítima defensa. *KREY und ESSER*. (2012). *op. cit.* §14/476. Estos autores anotan que abstener, por ejemplo, de prestar socorro configura una amenaza contra los bienes jurídicos y, por tanto, una agresión. En la misma línea: *ANTÓN ONECA*, José. *Derecho Penal*. 2. Ed. (Anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneyte Merino). Akal. Madrid, 1986. p. 273. *DÍAZ PALOS*. (1971). *op. cit.* p. 58. *MOLINA FERNÁNDEZ*. (2012) *op. cit.* p. 24.

Con un matiz importante: *ZILIO*. (2012). *op. cit.* p. 120, para quien las omisiones son acciones en el sentido de que tienen un significado social. Por tanto, pueden constituir agresiones contra bienes jurídicos. Sin embargo las omisiones puras sólo constituirían agresión contra la que cabe la legítima defensa, en la medida en que “incidan directamente en la lesión de un bien jurídico individual.”.

Luzón Peña anota que, este sector, aunque favorable a la idea de omisión como agresión en todas sus manifestaciones, sólo atina a dar ejemplos de comisiones por omisiones susceptibles de legítima defensa. *Vid.*: *LUZÓN PEÑA*. (2002) *op. cit.* p. 138.

En contra de entender las omisiones puras como agresiones: *ROXIN*. (2006). *op. cit.* §15/13. *SCHUMANN*. (2012). p. 289. La crítica que se le hace a esta concepción radica en afirmar que el omitente simple no es garante del bien jurídico lesionado y por tanto no se le puede adjudicar responsabilidad. En segundo lugar, se argumenta que no es alicuota permitir una legítima defensa en situaciones en las que el derecho le da escasa importancia a la que sería la agresión antijurídica, como en el caso de las omisiones simples, que tienen poca pena. Para una adecuada respuesta a estas críticas: *Vid.*: *MOLINA FERNÁNDEZ*. (2012) *op. cit.* p. 24.

ya que hay un deber de garante por parte del omitente, que no existe en las omisiones propias⁷⁷¹.

Más allá de la discrepancia doctrinal, está claro que constituye doctrina mayoritaria la aceptación de que se puede cometer una agresión susceptible de legítima defensa a través de una conducta omisiva. Pero si de matices se trata, compartimos en su totalidad el que hace Luzón Peña cuando afirma que habrá una agresión contra la que cabe la legítima defensa cuando dicha omisión “ponga en peligro un bien jurídico particular, es decir, que cree o provoque el peligro o que, en caso de existir ya una situación de riesgo, la omisión aumente de modo concreto el riesgo para el bien jurídico.”⁷⁷².

Siguiendo lo anterior, somos partidarios de que se pueden configurar agresiones tanto a través de una omisión pura, como de una comisión por omisión. Así por ejemplo, a aquél que pudiendo ayudar a salvar una vida, se niega a hacerlo, sin tener posición de garante, se le puede amenazar de muerte para que lo haga y esta amenaza puede ser justificada a través de la legítima defensa, al igual que la amenaza de muerte que se hace contra quien tiene el deber de salvar esa vida, porque, por ejemplo, causó un riesgo previo para ella (injerencia). Esto porque, como bien afirma Molina Fernández, lo realmente importante en estos casos es evitar lesiones contra bienes jurídicos, lesiones que también se pueden generar a través de omisiones propias⁷⁷³. Negarse a prestarle auxilio a alguien que lo requiera es, a nuestro juicio, una agresión evidente.

⁷⁷¹ **WELZEL**. (1956). *op. cit.* p. 91, quien sólo hace referencia a que la agresión puede ser “la concreción de un delito de comisión por omisión”: **ROXIN**. (2006). *op. cit.* §15/13. En contra de esto: *Vid.*: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012) *op. cit.* p. 24.

⁷⁷² **LUZÓN PEÑA**. (2002) *op. cit.* p. 142. (Cursivas originales).

⁷⁷³ **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012) *op. cit.* p. 24. **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 148, quien acertadamente anota que la finalidad de la legítima defensa es proteger bienes jurídicos. Dicho de otro modo, evitar que se materialicen lesiones contra éstos.

Pero además, utilizando el contenido del fundamento supraindividual de la legítima defensa, se puede justificar la legítima defensa contra agresiones creadas por omisiones propias, argumentando que aquél que no ayuda a otro, está también contrariando el Derecho al violar su deber de solidaridad mínima⁷⁷⁴ y por tanto se puede reafirmar el derecho a través de una acción defensiva en su contra.

b. La agresión debe ser actual. Esto quiere decir que no puede haber tenido lugar en el pasado ni constituir una expectativa a futuro⁷⁷⁵, lo que implica que estamos en sede de un requisito temporal, referente al momento espacio temporal en el que debe tener lugar la agresión, para que la defensa sea legítima⁷⁷⁶.

Se ha entendido que la actualidad de la agresión tiene tres manifestaciones: a.) cuando es inminente, b.) cuando está en curso o c.) cuando es una agresión continua⁷⁷⁷. De hecho, se puede afirmar que la agresión es actual con

⁷⁷⁴ En la misma línea: KÜHL. (1993). *op. cit.* p.64. El mismo. (2012). *op. cit.* §7/30.

⁷⁷⁵ MOLINA FERNÁNDEZ. (2012). *op. cit.* p. 29. JAKOBS. (1993). *op. cit.* §12/22. RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/19. OTTO. (2000). §8/31. JÄGER. (2013) *op. cit.* §4/112. BAUMANN, WEBER und MITSCH. (1995). *op. cit.* §17/13. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/485. KÜHL. (2012). *op. cit.* §7/39. La actualidad del ataque es una limitación temporal de la legítima defensa hacía el pasado y hacía el futuro. GIMBERNAT ORDEIG. (1995). *op. cit.* p. 65.

El CPe. no consagra de manera expresa el requisito de la actualidad, como si o hace el §32 del StGB. Sin embargo, en el caso español, el requisito de la actualidad de la agresión se deriva de la necesidad de la defensa. Es necesario que exista una agresión de la cual defenderse. La actualidad actúa como puente o nexo entre la agresión y la defensa. Al respecto: Cfr.: MIR PUIG. (2016). *op. cit.* p. 450. MOLINA FERNÁNDEZ. (2012). *op. cit.* p. 29. LUZÓN PEÑA. (2002) *op. cit.* p. 541.

⁷⁷⁶ REYES ECHANDÍA. (1981). *op. cit.* p. 146. ZILIO. (2012). *op. cit.* p. 141. En el caso en que la agresión ya haya cesado o no haya iniciado, no había necesidad de proteger bien jurídico alguno, ni necesidad de reafirma el derecho.

⁷⁷⁷ RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/19. OTTO. (2000). §8/31. JÄGER. (2013) *op. cit.* §4/112. HILGENDORF und VALERIUS. (2015). *op. cit.* §5/26. FRISTER. (2015). *op. cit.* §16/13. KASPAR. (2015) *op. cit.* §5/254. STRATENWERTH und KUHLEN. (2011). *op. cit.* §9/68. HEINRICH. (2012). *op. cit.* § 14/345. VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen. (2015). *op. cit.* §32/20. . Müko/ERB. (2003). *op. cit.* §32/96. GROPP. (2015). *op. cit.* p. 199/45. . WESSELS,

independencia de en qué momento de los antes mencionados se encuentre⁷⁷⁸. Por tanto, habrá una agresión inminente en aquellas situaciones en las que un peligro al bien jurídico pueda convertirse en lesión⁷⁷⁹, por lo que tendrían cabida las amenazas, dentro de este concepto⁷⁸⁰.

Respecto al inicio de la agresión, podemos afirmar que éste se ve determinado por la inminencia de ésta.⁷⁸¹ ¿Qué quiere decir esto?. Si la agresión inicia cuando hay un peligro claro para un bien jurídico y la inminencia hace referencia a esto, se puede concluir que al estar en sede de inminencia, estamos

BEULKE, und SATZGER. (2013). *op. cit.* §8/328. BAUMANN, WEBER und MITSCH. (1995). *op. cit.* §17/14. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/485. EBERT. (2001). *op. cit.* p. 74. KÜHL. (2012). *op. cit.* §7/45. STANGL, Benedikt. „Verhältnismäßige Notwehr“. Verlag Dr. Kovač. Hamburg, 2013. p. 58. BALDÓ LAVILLA. (1994.). *op. cit.* p. 285. JIMÉNEZ DE ASÚA. (1961). *op. cit.* pp. 179 y 180.

⁷⁷⁸ No sobra recordar que la agresión es lineal. MOLINA FERNÁNDEZ. (2012) *op. cit.* p. 29.

⁷⁷⁹ JÄGER. (2013) *op. cit.* §4/112. RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/19. OTTO. (2000). §8/32. KASPAR. (2015) *op. cit.* §5/255. STRATENWERTH und KUHLEN. (2011). *op. cit.* §9/68. HEINRICH. (2012). *op. cit.* § 14/345. KÜHL. (2012). *op. cit.* §7/40.

Siguiendo la idea de que la inminencia de la agresión es una manifestación de la actualidad, el artículo del CPCol. que consagra la legítima defensa resulta redundante al exigir que la agresión injusta deba ser actual o inminente: “**Art. 32. Ausencia de responsabilidad.** No habrá responsabilidad penal cuando: (...) 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.”

⁷⁸⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA. (1961). *op. cit.* pp. 165 y 166. MOLINA FERNÁNDEZ. (2012). *op. cit.* p. 30. LUZÓN PEÑA. (2002) *op. cit.* p. 135, quienes entienden que las amenazas son agresiones sólo en los casos en que son peligrosas. En la misma línea: REYES ECHANDÍA. (1981). *op. cit.* p. 146. DÍAZ PALOS. (1971). *op. cit.* p. 58.

En la jurisprudencia española: *Vid.*: STSe. del 6 de octubre de 2014. 4224/2014. Según esta jurisprudencia, las amenazas son constitutivas de agresión, “si las circunstancias que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acontecimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino que también puede provenir de un peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo sea inminente.”

En contra de esto: FRISTER. (2015) *op. cit.* §16/16, para quien entender las amenazas como agresión, implicaría ampliar innecesariamente el requisito de la actualidad. En la misma línea: KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/485.

⁷⁸¹ Sobre el inicio de la agresión: *Vid.*: ROXIN. (1985). *op. cit.* SK-StGB/Günther. (2012). *op. cit.* §32/67. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/486. KÜHL. (2012). *op. cit.* §7/23. REYES ECHANDÍA. (1981). *op. cit.* p. 146.

también en sede del inicio de la agresión y por tanto la defensa que se ejerza contra la agresión inminente será legítima. Ello encuentra su fundamento en la idea de que la agresión es actual mientras la acción defensiva sea útil para repeler el peligro⁷⁸².

Ahora bien, la agresión en curso es aquella que está teniendo lugar en esa específica situación espacio-temporal⁷⁸³. Ésta es quizás la manifestación de la agresión más sencilla de identificar y la defensa frente a ella no representa ningún problema. En esta manifestación de la agresión entran los ejemplos clásicos de legítima defensa, como el del sujeto que se defiende de un golpe del que ha sido víctima momentos antes, sin haberse inmiscuido en una riña⁷⁸⁴, porque en estos casos, aquellos que son parte de la pelea son agresores, las mutuas agresiones no son calificadas como acciones defensivas y por ende la acción defensiva no es necesaria ⁷⁸⁵.

⁷⁸² Por ejemplo, para Molina Fernández el criterio para determinar el inicio y el fin de la agresión debe ser el de la eficacia de la defensa. Cuando la defensa no sea eficaz para evitar o repeler la agresión quiere decir que ésta no ha iniciado o ya ha acabado. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 30. En la misma línea: **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/41, quien fundamenta esta idea en la teoría de la defensa más eficaces (*Theorie der wirksamsten Abwehr*). **BALDÓ LAVILLA**. (1994.). *op. cit.* p. 286. Si se le exige al agredido esperar mucho, atendiendo a la protección de los bienes del agresor, se estaría desprotegiendo al agredido. Además, esta espera puede desencadenar una defensa posterior que, aunque necesaria, sea excesivamente lesiva. En la misma línea: **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 148.

Lo anterior recuerda la teoría de la necesidad defendida por algún sector de la doctrina anglo-americana, consistente en entender la necesidad como componente principal de la *Self defense*, dejando la inminencia de la agresión como un requisito secundario. Al respecto: *Vid.*: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p.152. **CHIESA**. (2007). *op. cit.* p. 54. Requisito del que, incluso, un amplio sector, encabezado por Robinson, prescinde. *Vid.*: Por todos: **ROBINSON**. (1984). *op. cit.* Vol. 2. p. 78.

⁷⁸³ **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/33.

⁷⁸⁴ **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/484. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 573 – 583.

⁷⁸⁵ En esta línea: STSe. del 4 de febrero de 2003. 149/2003, del 26 de enero de 2005.s 64/2005 y del 11 de junio de 2015. 2757/2015. Sin embargo, en otra sentencia, el TSe. aclara que esta no es una regla general, por lo que los tribunales están obligados a examinar caso por caso. Pude suceder que la riña se iniciara por una agresión ilegítima o que dentro de ésta se utilicen medios agresivos no proporcionados, que pueden abrir la puerta a la consideración de una legítima

Por último, habrá una agresión continua en aquellas situaciones en las que la lesión a los bienes jurídicos se extiende en el tiempo. Se dan ataques moderados durante un largo periodo de tiempo, pero detrás de esta situación reposa un peligro constante para los bienes jurídicos. Esta situación de amenaza constante a los bienes jurídicos es la que compone la agresión continua, que terminará en el momento en que se convierta en lesión⁷⁸⁶.

En nuestra opinión, en estos casos un individuo se puede defender tanto de los ataques moderados como del peligro permanente en el que se encuentra. En estas situaciones habría dos tipos de agresiones, las que se realizan de manera sistemática pero que inician y terminan de manera casi inmediata (que serían agresiones en curso), y otra agresión latente o continúa⁷⁸⁷, frente a la que cabe defensa en cualquier momento, siempre que exista una amenaza de lesión para el o los bienes jurídicos de la víctima.

c. Por último, la agresión debe ser **ilegítima**⁷⁸⁸. Sólo un ataque ilegítimo contra los bienes jurídicos va a justificar una acción defensiva⁷⁸⁹. Sin embargo, existe un desacuerdo doctrinal sobre cómo se debe entender el concepto de

defensa. Al respecto: *Vid.* STSe. del 30 de diciembre de 2014. 5526/2014. En la misma línea del TSe.: **CÓRDOBA RODA**. (2008). *op. cit.* p. 776. **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 146.

⁷⁸⁶ Así: **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/25. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/23. **OTTO**. (2000). §8/34. **HILGENDORF** und **VALERIUS**. (2015). §5/26. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/13. **KASPAR**. (2015). *op. cit.* §5/258. **SK –StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/78. **KREY** und **ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/495.

Ya en 1973, el TSe. entendía que una agresión podía ser una “situación de indudable peligro” para los bienes del agresor. Al respecto: *Vid.*: STSe. del 30 de mayo de 1973. **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1976). *op. cit.* p. 67. **Müko/ERB**. (2003). §32/102 -106. Este autor construye un universo de casos en los que la agresión es continuada: lesiones recurrentes, agresiones a través de delitos permanentes y agresiones a través de omisiones.

⁷⁸⁷ Sobre esto regresaremos en detalle más adelante.

Sobre la posición del TSe. *Vid.*: **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1976). *op. cit.* p. 66 y 67.

⁷⁸⁸ Para un análisis del estado de la cuestión hasta 1979: *Vid.*: **FELBER**. (1979). *op. cit.*

⁷⁸⁹ **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/14. **StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/56. **BAUMANN, WEBER** und **MITSCHE**. (1995). *op. cit.* §17/16. **KIENAPFEL, HÖPFEL** und **KERT**. (2012). *op. cit.* p. 72/11. **STANGL**. (2013). *op. cit.* p. 44.

ilegitimidad de la agresión. Como lo explica Molina Fernández⁷⁹⁰, existen tres posiciones al respecto:

La primera de ellas, sería la posición extensiva donde se interpreta la ilegitimidad objetivamente. Siguiendo esta posición se entiende por agresión ilegítima cualquier agresión cuyo resultado pueda ser desvalorado y no se tenga el deber jurídico de tolerar. La idea de que agresión ilegítima es toda aquella agresión cuyo resultado sea desfavorable, supone entender que cualquier agresión, provenga o no de conductas típicas, antijurídicas y culpables (incluso aquellas que provienen de personas inimputables⁷⁹¹) o una situación donde no hay acción, es susceptible de acciones defensivas en su contra.

La segunda, una posición intermedia en la cual se entiende que ilegitimidad equivale a antijuridicidad; pero no sólo antijuridicidad penal, sino antijuridicidad entendida como toda acción contraria al ordenamiento jurídico en general. Toda agresión antijurídica (penal o extrapenalmente hablando) es una agresión ilegítima contra la que cabe una acción defensiva, incluso si ésta no es culpable⁷⁹². Y por último, una tercera posición restrictiva en la que se

⁷⁹⁰ **MOLINA FERNÁNDEZ.** (2012) *op. cit.* p. 25. y 26.

⁷⁹¹ *Vid.:* **MOLINA FERNÁNDEZ.** (2012) *op. cit.* p. 25, que se muestra contrario a esta manera de concebir la agresión ilegítima porque al basar la ilegitimidad en el desvalor de resultado, se equiparan situaciones diferentes y se podrían incluir los ataques de animales y los acontecimientos naturales dentro del grupo de agresiones ilegítimas susceptibles de legítima defensa. Así las cosas, el límite existente entre la legítima defensa y el estado de necesidad se tornaría inexistente.

⁷⁹² A favor de esta postura: **WELZEL.** (1956). *op. cit.* p. 92. **MIR PUIG.** (2016). p. 449. **LUZÓN PEÑA.** (2002). *op. cit.* p. 176. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen.** (2015). *op. cit.* §32/21. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER.** (2013). *op. cit.* §8/331. **KÜHL.** (2012). *op. cit.* §7/58. **EBERT.** (2001). *op. cit.* p. 74. **BAUMANN, WEBER und MITSCH.** (1995). *op. cit.* §17/16, para quienes la culpabilidad del agresor no es un requisito previo. **REYES ECHANDÍA.** (1981). *op. cit.* p. 155, que considera que restringir la defensa legítima a aquellas situaciones donde los agresores son culpables, equivale a entender que para defenderse debe haber una consciencia de la ilicitud, que es una exigencia propia de la culpabilidad, y por tanto, no tiene nada que ver con las causas de ausencia de antijuridicidad. La ilicitud de la agresión existe sin importa si el

entiende que la agresión, para ser ilegítima y por tanto, susceptible de defensa legítima, debe ser culpable: el agresor debe tener capacidad de responder penalmente^{793 794}.

En nuestro parecer habría también una cuarta posición de carácter intermedio, que es el resultado de combinar la segunda y la tercera, expuestas anteriormente. Esta posición intermedia alternativa se compone por el sector doctrinal que entiende que la agresión ilegítima es aquella agresión antijurídica

actor es consciente de ella. En contra: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 27, para quien esta posición trata de igual manera al agresor culpable que al inculpable y esto implica contrariar el principio de culpabilidad.

En la doctrina anglo-americana respaldan esta postura: **FLETCHER**. (1973). *op. cit.* p. 367 y ss. **HERRING**. (2011). *op. cit.* p. 264. El mismo. (2013). *op. cit.* p. 644.

⁷⁹³ Como ya lo exigía Manzini, para la configuración de la defensa propia, a finales de los años cuarenta: “El sujeto activo de esta facultad jurídica, la cual presupone además de una actividad individual, un cálculo intelectual y una conciencia unitaria, no puede ser más que el hombre provisto de capacidad de derecho penal e imputable.”. **MANZINI**. (1949). *op. cit.* pp. 67, 68 y 77. En contra de ello: **JIMÉNEZ DE ASÚA**. (1961). *op. cit.* p. 93 y 104. Según este autor los agresores inimputables (locos, niños y adolescentes) son capaces de defenderse y, por lo mismo, capaces de agredir.

⁷⁹⁴ **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 27. **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* § 14/352, quien parece seguir esta posición ya que afirma, de manera categórica, que la legítima defensa no es válida en contra de ataques provenientes de agresores no culpables. **GEILEN**. (1981). *op. cit.* p. 201, quien niega la legítima defensa contra aquellos que no tienen capacidad de acción (*Handlungsfähigkeit*). **PAWLIK**. (2013)A. *op. cit.* p. 18, quien considera que la agresión debe ser, además de antijurídica, culpable, porque así se le puede imputar al autor la perturbación de la esfera jurídica ajena, realizada a través de la agresión, no sólo como persona, sino también como sujeto. El autor parte de la base de que los bienes jurídicos representan los planes de vida específicos y que cuando chocan entre ellos (hay un conflicto) se da una colisión entre posibilidades de comportamiento en abstracto y entre proyectos de vida concretos. Esto, el tener proyectos de vida concretos, convierte a las personas (que son portadoras de derechos y deberes en abstracto), también en sujetos. Así, quien agrede a otro de manera culpable, le está negando el derecho a realizar su plan de vida. En una línea similar: **PALERMO**. (2007). *op. cit.* p. 372, quien al partir de que la agresión es una negación del reconocimiento del agredido como sujeto de derechos y deberes, considera que al actuar sin culpabilidad, esta negación no se configura, porque su comportamiento no tienen ningún significado comunicativo.

En la doctrina anglo-americana: *Vid.*: **ALEXANDER**. (1986 -1987). *op. cit.* pp. 1186 y 1187. **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 339 y ss.

(penal y extrapenalmente hablando) ⁷⁹⁵, frente a la cual la legítima defensa está restringida en los casos en que provenga de un actor inimputable⁷⁹⁶.

Para nosotros es esta la posición correcta. Resulta contrario al principio de igualdad formal ante la ley, darle el mismo tratamiento a situaciones diferentes; es decir, al exigir *ex ante* que la agresión ilegítima sea aquella que es también culpable, se corre el riesgo de castigar casos específicos que puedan estar justificados por circunstancias especiales⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ Algunos autores entienden que la antijuridicidad es un concepto general a todo el derecho y no hay algo tal como antijuridicidad penal: **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p.138. **GÜNTHER**, Hans Ludwig. “La clasificación de las causas de justificación en derecho penal.”: En: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. (D. Luzón/S. Mir Puig. Coords.). Aranzadi. España, 1995. p. 47, quien resalta que el injusto penal es contrario al ordenamiento jurídico en general, pero que no todo injusto general, es injusto en sentido penal. Este autor entiende que hay causas de justificación netamente penales y causas de justificación generales.

La mayoría de la doctrina comparte la idea de que se pueden ejercer acciones defensivas contra conductas antijurídico-delictivas o solamente antijurídicas. Así: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *Op. cit.* p. 27. **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 450. **MAGALDI**. (1976). *op. cit.* p. 44. **HILGENDORF** und **VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/33. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/14. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/26 y 27, para quien la antijuridicidad de la acción determina que los agredidos no tienen el deber de tolerar el ataque. En contra: **GIMBERNAT ORDEIG**. (1995). *op. cit.* p. 65, para quien, a través de la legítima defensa, sólo pueden ser rechazadas agresiones que sean penalmente típico- antijurídicas, porque la comisión de un delito sólo puede estar justificada si es para evitar otro.

⁷⁹⁶ **FRISTER**. (2015). §16/11. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/30. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/19. **REQUEJO CONDE**. (1999). *op. cit.* p. 103.

Esta cuarta posición sería la primera forma de relacionar la posición intermedia y la tercera posición que plantea Molina Fernández. Sin embargo para este autor esta relación debe presentarse de una manera diferente; se debe restringir la legítima defensa a agresiones culpables desde la definición misma de agresión antijurídica y no hacer esta restricción posteriormente (en sede de restricciones éticas sociales), como parece hacerlo la mayoría de la doctrina. No obstante, el autor reconoce que se trata de una diferenciación meramente simbólica. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 26. Similar es la solución que propone Luzón Peña: Crear de *lege ferenda* la restricción de la defensa contra agresiones provenientes de inimputables. Es decir, exigir legalmente que la agresión sea antijurídica y culpable. Al respecto: Cfr.: **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 211 y 309..

⁷⁹⁷ En una línea similar **KREY** und **ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/478, que consideran que exigir que la agresión sea culpable resulta contrario a la ley porque ignora el espíritu del precepto: conceder un derecho de defensa frente a cualquier tipo de agresiones.

Por otro lado, exigir que la agresión provenga de una persona con capacidad de culpabilidad, implicaría obligar al agredido a hacer un análisis referente al estado mental del agresor, antes de realizar la acción defensiva. Esta implicación resultaría incompatible con el principio de legalidad, además de reducir el derecho de defensa y convertirlo en una figura insegura e inútil⁷⁹⁸.

Así las cosas, la exigencia de que la legítima defensa solo proceda en contra de agresores culpables, genera más exigencias para el defensor, que en las situaciones en las que el agresor es culpable, prueba de que en efecto, esta exigencia puede resultar violatoria del principio de igualdad⁷⁹⁹.

Por ello consideramos que sería mejor entender la restricción de la defensa contra agresiones no culpables, como restricción ético social, sin necesidad de que la culpabilidad de la agresión sea un requisito de configuración de la legítima defensa, tal y como lo hace la doctrina alemana⁸⁰⁰.

En estos casos la defensa estaría restringida sólo a aquellas situaciones en las que quien se defiende ha recurrido a las posibilidades de evasión y a las

⁷⁹⁸ **REQUEJO CONDE.** (1999). *op. cit.* p. 104.

⁷⁹⁹ *Ibidem.* Esta autora destaca además el hecho de que si quien se defiende no sabe que su agresor es, por ejemplo, una persona con alguna enfermedad mental, y ejerce la acción defensiva en su contra, podría incurrir en una legítima defensa putativa.

⁸⁰⁰ Para una explicación de la restricción ético- social a la legítima defensa en casos de agresores inocentes o inimputables: *Vid.:* **ROXIN.** (1981). *op. cit.* pp. 81 – 85. **FREUND.** (2009). *op. cit.* §3/112 -115. **RIES,** Christian. „Sozialethische“ Begründungen für Einschränkungen der Notwehr“. Ponencia presentada en el seminario: „Die Bedeutung der Philosophie für strafrechtliche Grundlagenprobleme“ en el semestre de verano de 1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen. Consultado en línea: http://www.jura.uni-tuebingen.de/kuehl/mat_ss99.htm. p. 16. **KREY und ESSER.** (2012). *op. cit.* §14/533 -537. **EBERT.** (2001). *op. cit.* p. 78. **VAN RIENEN,** Rafael. *Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts.* Nomos. Baden, 2009.pp. 239 -259. **KÜHL.** (2012). *op. cit.* §7/192-197. **SK-StGB/Günther.** (2012). *op. cit.* §32/118. **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen.** (2015). *op. cit.* §32/34. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON.** (2014). *op. cit.* §32/52. **Müko/ERB.** (2003). *op. cit.* §32/184.

medidas de defensa pasiva (*passive Verteidigungsmaßnahmen*) y éstas no han sido útiles⁸⁰¹. En este momento una acción defensiva podría ser legítima.

La exigencia de una especie de *deber de retirada*, como medida de defensa pasiva, por ejemplo, podría ser legítima en estos casos y estaría fundamenta en el hecho de que la ausencia de culpabilidad del atacante no exige la misma reafirmación del derecho que requiere una agresión culpable, porque quién está actuando contra el orden jurídico no es consciente de que lo está haciendo. De igual manera, en estos casos el derecho de defensa del agredido se va a reducir y esa reducción se materializa en la exigencia previa de recurrir a la huida o maneras pasivas de defenderse antes de entrar a ejercer acciones defensivas que vayan a lesionar los bienes jurídicos del agresor⁸⁰². Esto sería la materialización de la idea de que el ordenamiento jurídico, en este caso a través de la persona que se defiende, no debe reaccionar de igual manera contra los agresores no culpables. Así, respetando la máxima de darle trato igual a las situaciones iguales y desigual a aquellas así caracterizadas, se deja abierta la posibilidad de darle un tratamiento especial a aquellos casos que así lo requieran.

Por último, de la antijuridicidad misma de la agresión se desprende que una agresión no será antijurídica si puede estar justificada⁸⁰³, por tanto no cabe la legítima defensa contra agresiones que estén justificadas⁸⁰⁴, como las que se realizan cuando hay un derecho de intervención en el bien jurídico⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ Como lo plantea **KASPAR**. (2015). *op. cit.* §5/275.

⁸⁰² Una idea similar plantea Mir Puig al establecer la obligación de huida para evitar respuestas defensivas desproporcionadas. Cfr.: **MIR PUIG**. (2016). *op.cit.* p. 455. Esta propuesta no es nada diferente a entender la grave desproporción, como una restricción ético-social a la legítima defensa.

⁸⁰³ Así: **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/28. . **JÄGER**. (2013). *op cit.* §4/108. **FRISTER**. (2015). §16/11. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/14. **KASPAR**. (2015). *op. cit.* §5/259. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p.198/136. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 216. **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/16.

⁸⁰⁴ **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/43. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 216. **KIENAPFEL, HÖPFEL und KERT**. (2012). *op. cit.* p.72/10. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 74. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/60. **DÍAZ PALOS**. (1971). *op. cit.* p. 63.

B.) Necesidad de la acción defensiva

El requisito de necesidad de la acción defensiva se manifiesta de dos maneras: a.) Materialmente, a través de la necesidad de defenderse de una agresión, que sería lo que permitiría, en general, que una persona ejerciera una acción defensiva y b.) instrumentalmente, por medio del requerimiento de que la acción defensiva, en su conjunto, sea necesaria⁸⁰⁶. Es en esta segunda manifestación de necesidad donde se concretan las nociones de idoneidad y racionalidad, que van a permear la acción defensiva en su totalidad. Además, es la necesidad la que va a marcar el límite de lo permitido: ejercer la acción defensiva está permitido si, y sólo si, es necesario⁸⁰⁷.

Así, es idónea toda aquella defensa que sea suficiente para detener de inmediato y de manera permanente el ataque⁸⁰⁸. La idoneidad se analiza desde el punto de vista de la utilidad de la acción defensiva⁸⁰⁹.

⁸⁰⁵ Por ejemplo las agresiones realizadas por las autoridades, dentro del correcto ejercicio de sus funciones. Al respecto: *Vid.*: **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* pp. 165. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/29. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/14. La defensa no estaría justificada contra una agresión que está dentro de los límites del riesgo permitido. En la misma línea: **PALERMO**. (2007). *op. cit.* p. 306. “El comportamiento del autor que no ha superado el límite de riesgo permitido no puede considerarse generador de legítima defensa”. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/24. Esto equivale a afirmar que no habría defensa legítima contra agresiones adecuadas socialmente, realizadas dentro del correcto ejercicio del rol. **REYES ALVARADO**, Yesid. *Imputación Objetiva*. 3 Edic. Temis. 2005. p. 109, quien explica la diferencia existente entre el riesgo permitido y las causas de justificación. El primero es un comportamiento tolerado en general y las segundas son “especiales motivos que bajo determinadas circunstancias hacen socialmente adecuada una conducta”.

⁸⁰⁶ **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 453. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 544. **HILGENDORF und VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/37. **IGLESIAS RÍO**. (1999)A. *op. cit.* p. 183. **ZILIO**. (2012). *op. cit.* pp. 155.

⁸⁰⁷ Sentencia del BGH. Del 9.8.2005. 1 Str, 99/05. NStZ. 2006. pp. 152 y 153. En la misma línea: **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/120, quien describe la necesidad como el requisito central de la legítima defensa.

⁸⁰⁸ **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/33. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/43. **HILGENDORF und VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/37. **FRISTER**. (2015). §16/21. **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* §14/354. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/335. **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/26. **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/508. **EBERT**.

La racionalidad, por su parte, se evalúa desde una idea de proporcionalidad, en el sentido de que la acción defensiva no debe ser excesiva, con respecto a la agresión que pretende repeler, y que sea la manera menos lesiva de defenderse, a la que pueda recurrir el agresor, pero tampoco una acción defensiva mínima que no ejerza su función⁸¹⁰.

El dotar de contenido a la racionalidad a través de la proporcionalidad ha sido criticado por algún sector de la doctrina que sostiene que no hay un componente de esta naturaleza en la legítima defensa⁸¹¹. El argumento general en contra de la proporcionalidad surge porque se tiende a vincularla con el concepto de ponderación de intereses en juego, propio del estado de necesidad⁸¹². Es decir, se dice que en la legítima defensa no existe una proporcionalidad, así entendida, porque a través de ésta se pueden justificar, por ejemplo, la muerte del ladrón que huye, para defender el bien jurídico de la propiedad⁸¹³. Entendida en términos de ponderación de intereses, tendría sentido que la proporcionalidad no tenga cabida en la legítima defensa.

(2001). *op. cit.* p. 75. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/94. **BALDÓ LAVILLA**. (1994). *op. cit.* pp. 307 y 308. **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 160.

⁸⁰⁹ **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 547.

⁸¹⁰ **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/503.

⁸¹¹ **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/38. **GEILEN**. (1981). *op. cit.* p. 209. *SK-StGB/Günther*. (2002). *op. cit.* §32/91. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 76.

Para una evolución histórica de la discusión: *Vid.*: **IGLESIAS RÍO**. (1999)A. *op. cit.* pp. 315 – 318.

Problema que no parece estar presente en el mundo anglo - norteamericano, donde se exige que la acción defensiva sea proporcionada, para la configuración de la *self defense*. *Vid.*: por todos: **SANGERO**. (2006). *op. cit.* p. 174.

En Colombia no se da esta discusión el art. 32. 6 de CPCol. consagra expresamente que “la defensa debe ser proporcionada a la agresión”.

⁸¹² **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/25.

⁸¹³ Ejemplo puesto por Rengier. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/38. En la misma línea: **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/30. Sin embargo, anota Jakobs, que una acción defensiva desproporcionada no es deseable porque equivaldría a una injerencia arbitraria. Dando un paso más allá en la argumentación: **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* §14/357, quien considera que así la legítima defensa no sea entendida en términos de proporcionalidad, no está claro aún que la

No obstante lo anterior, consideramos que la proporcionalidad debe ser entendida en clave de racionalidad. La relación de proporcionalidad en la legítima defensa no se debe entender de la misma manera que se hace en el estado de necesidad, poniendo en una balanza los bienes jurídicos afectados y estableciendo si la defensa (entendida en términos de lesión a bienes jurídicos) fue proporcional al ataque sufrido⁸¹⁴ y atendiendo a la entidad de los bienes en juego⁸¹⁵. Tampoco se debe entender la proporcionalidad en relación a los instrumentos utilizados ⁸¹⁶. En la legítima defensa la relación de proporcionalidad se debe establecer entre el marco de la racionalidad de los

muerte del agresor cuando es una respuesta desproporcionada con respecto al daño causado por el ataque, es decir en términos de ponderación de bienes jurídicos, esté justificada.

⁸¹⁴ Como lo entiende **CÓRDOBA RODA**. (1976). *op. cit.* p. 247, para quien debe haber proporcionalidad entre la reacción defensiva y la agresión sufrida. Este autor entiende que si la reacción defensiva es proporcional a la agresión, será idónea. El mismo: (2008). *op. cit.* p. 771. En una línea similar **NINO**. (2005). *op. cit.* p. 119. Como este autor divide en tres grupos las situaciones en las que la legítima defensa tiene cabida, entiende que la proporcionalidad se manifiesta diferente en cada una de ellas. Así, en las situaciones que el agrupa bajo el concepto de “defensa extrema” (en las que están en juego bienes primarios del agredido), la proporcionalidad se manifiesta precisamente en que los bienes que están en peligro son bienes primarios y por ello se permite la “defensa extrema”. Las situaciones de “defensa socialmente útil” (cuando no están en juego bienes primarios ni del agredido, ni del agresor) se rigen por el principio de estado de necesidad y debe prevalecer el interés más valioso y, por último, en las situaciones de “defensa punitiva” (en las que el agresor interviene voluntariamente y por tanto sabe que habrá una restricción de la protección jurídica de sus bienes) la proporcionalidad se manifiesta al tenerse en cuenta el valor comparativo de los bienes del agredido y el agresor y, además, los efectos socialmente beneficiosos, en clave de prevención general, de la acción defensiva.

⁸¹⁵ En esta línea: **GROPP**. (2015). *op. cit.* p.200/151. **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/30. **GIMBERNAT ORDEIG**. (1995). *op. cit.* p. 66. En contra de esta idea: **STRATENWERTH** und **KUHLEN**. (2011). *op. cit.* §9/81 quienes consideran que la exigencia de necesidad se desprende de las condiciones generales de la colisión de bienes jurídicos. **PERRON**. (1995). *op. cit.* p. 75, quien considera que en las situaciones de legítima defensa se pone en también en la balanza el interés de la colectividad en mantener el procedimiento de solución de conflictos estatal y en esa medida hay una manifestación de la proporcionalidad.

⁸¹⁶ En esta línea se encuentra el TSe: *Vid.*: STSe. del 26 de marzo de 1980, del 13 de abril de 1987 y del 30 de marzo de 1993.

Sin embargo, como se entiende la proporcionalidad en este sentido y se dice que no es necesaria para la configuración de la legítima defensa, la doctrina alemana entiende la grave desproporcionalidad entre el ataque y la acción defensiva, como una restricción ético-social. *Vid.*: **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/57.

medios y de la forma en la que se concreta la acción defensiva, con respecto a la agresión sufrida. Visto de este modo, la acción de matar al ladrón que huye, podría ser proporcional en clave de legítima defensa. En síntesis, debe existir una proporcionalidad racionalmente necesaria entre la agresión y la defensa frente a ésta⁸¹⁷.

Todo ello se debe hacer teniendo en cuenta la situación de las partes. Es decir, la acción defensiva debe ser proporcional a la agresión en el sentido de que debe ser la acción racional-necesaria para defender el bien jurídico agredido o amenazado y se debe terminar a la luz de las circunstancias concretas del caso⁸¹⁸.

Ahora bien, si partimos de la idea expuesta previamente, por acción de defensa debemos entender entonces no sólo el instrumento que se utiliza, sino la “modalidad defensiva”⁸¹⁹. Así, para establecer la necesidad de ésta, se debe analizar el contexto en el que tuvieron lugar los hechos. Es decir, si el medio utilizado (v.gr. homicidio mediante arma de fuego) es útil (idóneo) y racional para repeler la agresión. Dicho de otro modo, si en el caso concreto la muerte del agresor con el arma era la forma racionalmente necesaria para defenderse

⁸¹⁷ STSe. 30 de marzo de 1993. 2124/1993. En una línea similar: **DÍAZ PALOS**. (1971). *op. cit.* p. 69, quien considera que de la necesidad racional de la acción defensiva, se deriva la proporcionalidad. **PERDOMO TORRES**, Jorge Fernando. “¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa?. En: *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*. Tomo II. (E. Montealegre Lynett. Coord.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. p. 85, para quien la defensa debe ser proporcionalmente necesaria, entendida en relación a los medios de agresión y defensa y no a los bienes jurídicos en juego.

⁸¹⁸ Posición que respalda la jurisprudencia del TSe. *Vid.*: STSe. del 29 de septiembre de 1984. 1932/1984, 30 de marzo de 1993. 2124/1993, del 19 de noviembre de 2007. 937/2007 y del 2 de febrero de 2015. 677/2015. En una línea similar: **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/45. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/118. Para quienes dentro del análisis de necesidad se deben tener en cuenta la intensidad del ataque, el riesgo y las capacidades de defensa del individuo. Sentencia del BGH. Del 9.8.2005. 1 Str, 99/05. NStZ. 2006. pp. 152 y 153. **HILGENDORF** und **VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/37. En contra de ello: **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 557 y 558.

⁸¹⁹ **MIR PUIG**. (2016). *op. cit.* p. 454. **IGLESIAS RÍO**. (1999)A. *op. cit.* p. 201. Nota. 431.

de la agresión⁸²⁰. En este punto se debe evaluar, además, si el sujeto que se defiende tiene a su alcance otros medios de defensa, igualmente idóneos, pero menos dañosos⁸²¹.

De lo anterior se puede concluir que la defensa será necesaria cuando se realice a través de la acción más benévola con los bienes jurídicos del agresor, utilizando los medios defensivos que se tengan a mano, dentro del contexto en el que se encuentre⁸²². De igual manera la proporcionalidad no se debe analizar atendiendo solamente a las características físicas y capacidad de dañar del objeto utilizado, con respecto a la agresión, sino se debe valorar globalmente.

En este punto conviene hacer dos aclaraciones. La primera, que la existencia de la posibilidad de huir o retirarse no elimina la necesidad de la defensa⁸²³. La

⁸²⁰ **CASTIÑEIRA**. (1987). *op. cit.* p. 863.

⁸²¹ **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/32. **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/35. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/43. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/23 y 24. **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* §14/354. **WESSELS**, **BEULKE**, und **SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/335. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/125. **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/27. **SK-StGB/Günther**. (2002). *op. cit.* §32/95. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 76. **STANGL**. (2013). *op. cit.* p. 70. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/5100. **IGLESIAS RÍO**. (1999)A. *op. cit.* p. 201. Sentencia del BGH del 25.09.1990. NStZ. 1991 p. 32. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/30, quien fundamenta la necesidad en la elección de los medios menos gravosos para los bienes jurídicos del agresor.

La acción estatal se ha entendido como otro medio de defensa menos lesivo de los bienes jurídicos del agresor y tiene prioridad, ya que el estado es el que tiene el monopolio de la fuerza. Así: **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/50. **STRATENWERTH** und **KUHLEN**. (2011). *op. cit.* §9/80. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 76.

⁸²² **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 166. **NINO**. (2005). *op. cit.* p. 106, para quien el requisito de necesidad está permeado por consideraciones de eficiencia.

⁸²³ **BAUANN**, **WEBER** und **MITSCHE**. (1995). *op. cit.* §17/28. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/44., quien considera que la evasión no es defensa. En la misma línea: **STRATENWERTH** und **KUHLEN**. (2011). *op. cit.* §9/79. **KREY** und **ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/507. **BALDO LAVILLA**. (1994). *op. cit.* p. 312. En contra de ello: **CÓRDOBA RODA**. (2008). *op. cit.* p. 769, quien considera que si hay posibilidad de huir, la defensa ya no es necesaria.

Lo contrario sucede en el mundo angloamericano, donde la huida se entiende como un deber, cuyas excepciones son la “doctrina del castillo” y las “stand your ground laws”. Al respecto: Por todos: **BEALE**. (1906). *op. cit.* pp. 567-582. **SANGERO**. (2006). *op. cit.* pp. 190 -198. **WÖSSNER**, Marion. *Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA*. Duncker & Humblot. Berlin, 2006. pp. 142 -168.

defensa no deja de ser necesaria porque la persona agredida pueda escapar de su agresor. Esto ya no encuentra su fundamento en la deshonra de quien huye⁸²⁴, sino en la idea antes planteada expresada en la máxima de que el derecho no debe ceder ante el injusto⁸²⁵.

La segunda, que el agredido no tiene por que asumir riesgos innecesarios a la hora de buscar el medio idóneo de defensa⁸²⁶. Esto quiere decir que, en aras de encontrar el medio menos lesivo, quien se defiende no tiene por qué poner en riesgo su seguridad. Esto, en nuestro parecer, equivale a decir que, si quien se defiende tiene medios menos lesivos a su alcance, pero esto conlleva un riesgo para sí mismo, la modalidad de defensa, que en principio puede ser excesiva, a la luz de las circunstancias del caso, resultaría necesaria⁸²⁷.

Ello es el resultado de hacer una valoración *ex ante*, es decir, para catalogar una acción defensiva como necesaria se debe analizar si ésta lo es en el momento en que se ejerce⁸²⁸. Y para determinar la necesidad de la respuesta defensiva *ex*

⁸²⁴ Como sí sucedía antes. Por ejemplo: Sentencia del BGH del 1.08.1961. 1 StR. 197/61. NJW. 1962 p. 308.

⁸²⁵ MOLINA FERNÁNDEZ. (2012). *op. cit.* p. 37. JÄGER. (2013). *op. cit.* §4/118. WESSELS, BEULKE, und SATZGER. (2013). *op. cit.* §8/339.

⁸²⁶ RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/35. OTTO. (2000). *op. cit.* §8/44. HILGENDORF und VALERIUS. (2015). *op. cit.* §5/39. JAKOBS. (1993). *op. cit.* §12/31. HEINRICH. (2012). *op. cit.* §14/358. WESSELS, BEULKE, und SATZGER. (2013). *op. cit.* §8/335. MÜKO/ERB. (2003). *op. cit.* §32/121. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/512. EBERT. (2001). *op. cit.* p. 76. Sentencia del BGH del 11.09.1995 - 4 StR 294/95. NStZ 1996. p. 29.

⁸²⁷ En una línea similar: OTTO. (2000). *op. cit.* §8/43, quien entiende que la necesidad se establece atendiendo, entre otros criterios, a el tiempo que tiene el agredido para tomar decisiones y estimar el peligro.

⁸²⁸ RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/40. OTTO. (2000). *op. cit.* §8/45. JÄGER. (2013). *op. cit.* §4/118. HILGENDORF und VALERIUS. (2015). *op. cit.* §5/38. GROPP. (2015). *op. cit.* p.200/148. STRATENWERTH und KUHLEN. (2011). *op. cit.* §9/78. VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen. (2015). *op. cit.* §32/25. SK-StGB/Günther. (2002). *op. cit.* §32/90. BAUMANN, WEBER und MITSCH. (1995). *op. cit.* §17/26. KÜHL. (2012). *op. cit.* §7/107. REYES ECHANDÍA. (1981). *op. cit.* p. 206. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/504, quienes entienden el requisito de necesidad como un pronóstico para alcanzar una distribución equitativa de riesgos.

ante, se deben tener en cuenta las circunstancias especiales del caso concreto. Se debe dar respuesta a la pregunta de si el agresor habría actuado de la misma manera que cualquier otra persona en sus mismas circunstancias. Y si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces la acción defensiva será necesaria, así se establezca posteriormente que no lo era⁸²⁹.

Sin embargo, el baremo para medir la necesidad de la agresión no debe ser el criterio del *hombre medio* o la valoración objetiva de una persona en el lugar del agresor, como se ha venido sosteniendo⁸³⁰. Consideramos que también se deben tener en cuenta los conocimientos de quien se defiende⁸³¹. Aquí defendemos una aproximación individualizadora⁸³², similar a las propuestas en la literatura anglo-norteamericana, explicadas anteriormente. Con este baremo es con el que se establece entonces si al individuo le era o no exigible⁸³³ otra conducta, en el contexto situacional en el que se encontraba en el momento en que tuvieron lugar los hechos. Lo que se debe determinar entonces es si el individuo, sabiendo lo que sabía, y enfrentando la situación en la que estaba, actuó como cualquier otra persona hubiese actuado en exactamente las mismas circunstancias.

Y esto es así porque consideramos que el criterio del *hombre medio* no es suficiente, en la medida en que, al ser un concepto general, puede dejar fuera del ámbito de la legítima defensa situaciones concretas que no deberían estarlo.

⁸²⁹ **MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bosch. España, 2001. p. 401. **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 161. **CASTIÑEIRA**. (1987). *op. cit.* p. 862, quien anota que “en algunas situaciones, no es exigible que el agredido realice un detenido examen de la situación y elija un medio menos lesivo y suficiente para repeler la agresión. Ello imposibilitaría la defensa”.

⁸³⁰ **MOLINA FERNÁNDEZ**, Fernando. “Legítima Defensa”. En: *Memento Práctico Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. p. 197.

⁸³¹ En esta línea: **Múko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/123, quien hace referencia al reconocimiento de la perspectiva de quien se defiende.

⁸³² En la misma línea: **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 206.

⁸³³ Sobre la manifestación de la exigibilidad en la legítima defensa: *Vid.*: **AGUADO CORREA**, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Comares. Granada, 2004. pp. 76 -102.

El criterio del hombre medio, a nuestro parecer, constituye también una falacia de generalización inadecuada, ya que no se puede aseverar que todas las personas en una situación determinada reaccionarían como el hombre medio (es decir la mayoría de las personas) lo harían en su lugar. Por ello es necesario incluir criterios referentes al propio sujeto que se defiende, dentro del análisis de la necesidad de la defensa⁸³⁴.

Diferente sería la situación del sujeto que cree erróneamente que su acción defensiva es necesaria. Esas condiciones subjetivas del sujeto se deben tener en cuenta en sede de error. En estos casos la defensa sería innecesaria (desproporcional o irracional dentro del contexto), y se configuraría un error vencible o invencible, sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación⁸³⁵.

Es importante dejar claro que dentro de una perspectiva individualizadora, como la que aquí defendemos, no son relevantes las creencias erróneas del sujeto. Para establecer la necesidad de la acción defensiva en el caso concreto, se deben tener en cuenta las características físicas del sujeto, sus conocimientos, en últimas, su situación particular-individual, más no las situaciones que lo llevan a errar⁸³⁶. Dentro de esta perspectiva individualizadora cabría la posición del

⁸³⁴ Similar es la posición del TSe, con respecto a la valoración del conflicto. STSe. del 30 de marzo de 1993. 2124/1993. STSe. del 16 de diciembre de 2009. 1270/2009. Al respecto: Cfr. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* pp. 37 y 38.

⁸³⁵ **RENGIER**. (2015)A. *op. cit.* §18/35. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/106.

⁸³⁶ En esta confusión parece caer Zilio, cuando afirma que “son importantes todas las condiciones físicas del contexto y también las subjetivas desde la perspectiva de la víctima. Pero este subjetivismo no define la idoneidad de la defensa.”, sino que va a ser relevante en sede de excesos intensivos o creencias erróneas. Al respecto: *Vid.*: **ZILIO**. (2012). *op. cit.* p. 162. Si bien lo anterior es correcto, consideramos, como ha quedado establecido, que desde la perspectiva de la víctima hay más condiciones a analizar, que las meramente subjetivas que pueden generar excesos y/o errores.

Una clara explicación sobre la diferencia entre una perspectiva *subjetiva* y una *individualizadora*, aunque en el contexto de la proporcionalidad, la da Jiménez de Asúa. **JIMÉNEZ DE ASÚA**. (1961). *op. cit.* p. 219.

BGH que considera que la necesidad de la defensa se determina haciendo no sólo un análisis de las capacidades defensivas del actor, sino de la fuerza y la peligrosidad del agresor⁸³⁷. Ello, porque el agresor es parte de la situación, o del contexto específico, en el que se encuentra quien ejerce la acción defensiva.

C.) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Por falta de provocación suficiente se hace referencia a que quien ejerce la acción defensiva no puede haber sido quien generó, en el agresor, la idea de agredirlo o quién colaboró con él, para que se llevara a cabo la agresión⁸³⁸. Si este fuera el caso, la actuación del actor sería *ilícita*⁸³⁹ y no se podría reconocer la legítima defensa⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Sentencia del BGH del 30.10.1986 – StR 505/86. Sentencia del BGH del 25.11.1980 - 1 StR 563/80. NStZ. 1981. p. 138.

⁸³⁸ En España, en el numeral tercero del art. 20.4 del CPe. está consagrada la falta de provocación suficiente de manera expresa, como exigencia para la configuración de la legítima defensa. Al respecto: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 39. “este requisito es la plasmación expresa en la legítima defensa (...) de un principio clásico del derecho según el cual *nadie puede sacar provecho de su propia actuación antijurídica*.”. (Cursivas originales).

Sin embargo, en Alemania no es una exigencia legal de configuración de la legítima defensa y se entiende como una restricción ético-social a su ejercicio. Así: **ROXIN**. (1981). *op. cit.* pp. 85 -94. **HILGENDORF** und **VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/50. **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/29. **PUPPE**. (2011). *op. cit.* §12/20 y 21. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/346. **BAUANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/37. *MüKo/ERB*. (2003). *op. cit.* §32/198, quien fundamenta la restricción en el hecho de que en estos casos el Derecho no puede estar del lado de quien provoca un ataque para poder defenderse de éste.

⁸³⁹ Si la actuación provocadora del actor fuese lícita, podría reconocerse la eximente. Sobre ello, con ejemplos sobre situaciones de provocaciones lícitas: *Vid.*: **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 40. En la misma línea: **RENGIER**. (2015)A . *op. cit.* §18/74. **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* §14/371.

⁸⁴⁰ **KIEFNER**, Martina. *Die provokation bei Notwehr (§32 StGB) und Notstand (§34 StGB)*. Dissertation. Gießen, 1991. p. 12. **RENZIKOWSKI**. (1994). *op. cit.* p. 302. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/88. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/50. **MAURACH und ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/41. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/347. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §32/55. **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/37. **STANGL**. (2013). *op. cit.* p. 101. **CÓRDOBA RODA**. (1976). *op. cit.* p. 247.

Existen cuatro formas de configuración de una situación de provocación: 1.) A provoca a B para que lo agrede y así poder ejercer una acción defensiva en su contra. 2.) A provoca a B para que lo agrede, pero es C quien ejerce la acción defensiva. 3.) A provoca a B para que agrede a C y es A quien ejerce la acción defensiva y por último, 4.) cuando A provoca a B para que agrede a C y es C quien ejerce la acción defensiva. La acción de provocación se puede cometer a título de dolo⁸⁴¹, dolo eventual o culpa. En todas las hipótesis C es un tercero inocente⁸⁴².

Para que se configure la provocación suficiente debe existir, entre la persona que va a ejercer la acción defensiva contra el ataque provocado y quien ataca, una relación de co-responsabilidad⁸⁴³. La co-responsabilidad va a implicar: 1.) la ilicitud de la provocación y 2.) el no reconocimiento de la legítima defensa. La ilicitud de la provocación se configura cuando esa co-responsabilidad equivale o está compuesta por una participación del agente a la actuación del agresor, bien sea como inductor o como cómplice. Lo que liga directamente con el segundo punto, porque la relación de co-responsabilidad fundamenta también que, precisamente por haber participado en el hecho, a la persona no se le reconozca la eximente.

El no reconocimiento de la eximente se puede fundamentar a través de dos planteamientos⁸⁴⁴: 1.) El primero, referente a que se da un abuso del derecho (*Rechtsmissbrauch*) o 2.) a través de la figura de la *actio illicita in causa* (aiic).

El abuso del derecho se configuraría porque el provocador ha creado artificialmente una situación de legítima defensa con el fin de lesionar al atacante y de que su actuación quede cubierta por la eximente mencionada. Ese

⁸⁴¹ *Absichtspr Provokation*. Al respecto: **RENGIER**. (2015). *op. cit.* §18/84.

⁸⁴² **GIMBERNAT ORDEIG**. (1995). *op. cit.* p. 66.

⁸⁴³ **RENGIER**. (2015). *op. cit.* §18/73. **JAKOBS**. (1993). *op. cit.* §12/54. **PALERMO**. (2007). *op. cit.* p. 307.

⁸⁴⁴ *Vid.*: Por todos: **MAURACH** und **ZIPF**. (1987). *op. cit.* §26/41.

abuso del derecho resultaría en la pérdida del derecho de defensa, por parte del defensor⁸⁴⁵, porque no necesita protección frente una agresión que él mismo ha creado, o, al menos, en cuya creación ha participado. Además, el defensor-provocador, no está cumpliendo con la función supraindividual de la legítima defensa de reafirmar el derecho⁸⁴⁶. Al abusar del derecho ha perdido toda legitimación para reafirmarlo⁸⁴⁷.

La segunda manera de justificar el no reconocimiento de la defensa legítima, como se dijo anteriormente, es a través de la *aiic*⁸⁴⁸. Se entiende que la acción defensiva está justificada, pero la acción inicial (acción de provocación) es ilícita, por tanto la acción es ilícita en la causa⁸⁴⁹. Y es justamente la ilicitud de la acción de la causa lo que fundamenta el no reconocimiento de la legítima

⁸⁴⁵ **ROXIN**, Claus. „Die provozierte Notwehrlage“. In: ZStW. 1963. p. 556. **HWANG**, Ho- Won. *Die Provokation bei Notwehr*. Centaurus Verlag. Herbolzheim, 2003. p.7. **HILLENKAMP**, Thomas. 32 *Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*. 12 Aufl. Luchterhand. Deutschland, 2006. p. 16. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §32/57. **STANGL**. (2013). *op. cit.* p. 101. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 79. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/234.

⁸⁴⁶ **WESSELS**, **BEULKE**, und **SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/347. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 207/178. **RENNIKOWSKI**. (1994). *op. cit.* p. 112. *SK- StGB/Günther*. (2012). *op. cit.* §32/122.

Críticos con esta posición, con argumentos similares, respecto a que se desconoce la dimensión temporal de la situación (se presentan dos momentos: el ocasionar el conflicto y en el que se ejerce la acción defensiva). **KIEFNER**. (1991). *op. cit.* p. 46. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* pp. 41 y 42. En otra línea, aunque también crítico con la idea del abuso del derecho como fundamento del no reconocimiento de la legítima defensa: **FREUND**. (2009). *op. cit.* §3/118, para quien la acción de provocación no configura un abuso del derecho porque el resultado está cubierto por la redacción de la norma.

⁸⁴⁷ **ROXIN**. (1963). *op. cit.* pp. 566- 581. Crítico con la posición de Roxin: **LUZÓN PEÑA**. (2002) *op. cit.* pp. 566 y 567.

⁸⁴⁸ Al respecto: *Vid.*: **PUPPE**. (2011). *op. cit.* §15. **SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON**. (2014). *op. cit.* §32/61. **HILLENKAMP**. (2006). *op. cit.* p. 14.

⁸⁴⁹ **KIEFNER**. (1991). *op. cit.* p. 48. **BAUMANN**, **WEBER** und **MITSCHE**. (1995). *op. cit.* §17/37. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/122. **FRISTER**. (2015). §16/30. **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* §14/377. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/202. *SK- StGB/Günther*. (2012). *op. cit.* §32/122. Sentencia del BGH del 22.11.2000 - 3 StR 331/00 JZ 2001. p.665. **JIMÉNEZ DE ASÚA**. (1961). *op. cit.* p. 247, que considera que la provocación “vicia la legítima defensa en su causa”.

defensa y el hecho de que el provocador responda por un delito consumado a título de dolo o imprudencia, según corresponda⁸⁵⁰.

Sin perjuicio de la manera que se elija para fundamentar la exclusión de la legítima defensa en estos casos, lo realmente importante es la exclusión como tal. En los casos en que la persona que ejerce la acción defensiva es la que provoca la agresión, en la cual pretende basar una acción defensiva, para así no responder penalmente por su conducta amparándose en la legítima defensa, no se puede reconocer esta eximente.

D.) Aspecto subjetivo: La voluntad de defenderse.

La doctrina mayoritaria requiere que exista un ánimo de defenderse para que se configure la legítima defensa. La exigencia de este ánimo de defensa, como requisito para la configuración de la causa de justificación de la conducta aquí tratada, supone que el sujeto que ejerce la acción defensiva debe conocer que se

⁸⁵⁰ **KIEFNER**. (1991). *op. cit.* p. 47. **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/37. Crítico con esta postura: **ROXIN**. (1963). *op. cit.* p. 549, para quien el hecho de que la acción sea lícita e ilícita a la vez es una idea contradictoria. La llamada tesis de la incompatibilidad. (*Unvereinbarkeitsthe*se). Al respecto, apunta Molina Fernández que esta no es la razón para rechazar la aiic como fundamento de la exclusión de la legítima defensa en situaciones de provocación. Según este autor, la tesis de la incompatibilidad ignora el hecho de que hay dos momentos (acción de defensa y provocación) y por tanto se deben hacer dos análisis diferentes en cada momento, lo que no es nada diferente a la estructura de imputación cuando hay una remisión a un momento previo. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 41.

En línea similar a la de Roxin: *Vid.*: **HEINRICH**. (2012). *op. cit.* §14/ 377, quien considera que la teoría de la aiic como fundamento a la exclusión de la defensa legítima en estos casos no es consecuente. En su opinión si la acción previa es inadmisibile, la acción posterior también debe serlo.

Una crítica diferente a la aiic se encuentra en: **WESSELS, BEULKE, und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/350, quienes consideran que la diferenciación que se hace a través de la aiic es superflúa. Luzón, por su parte, considera que es imposible exigir responsabilidad a través de la figura de la aiic, porque, a su juicio, aunque la acción se ilícita en la causa, el resultado sigue siendo valorado positivamente por el ordenamiento. Evidentemente, para este autor prima el resultado positivamente valorado más que el desvalor de acción, porque la legítima defensa es una casusa de justificación que elimina el desvalor de resultado. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 599.

encuentra en una situación de legítima defensa y debe, además, realizar la acción defensiva “en defensa” de sus bienes jurídico o de los de un tercero⁸⁵¹, como lo exige, por ejemplo el CPe. en su artículo 20.4 ⁸⁵².

No se requiere que el único motivo que guíe la actuación de la persona que ejerce la acción defensiva, sea el de defenderse. Se ha entendido que pueden converger otros motivos y esto no anula el aspecto subjetivo requerido para la configuración de la causa de justificación⁸⁵³.

Estamos en sede de un requisito esencial de configuración de la eximente y frente esto no hay debate alguno. Como bien afirma Rodríguez Mourullo, si éste es un requisito esencial, su no configuración implicaría el no reconocimiento de la eximente ⁸⁵⁴. Existe una discusión en torno a la responsabilidad de quien ejerce la acción defensiva en las situaciones en las que

⁸⁵¹ Al respecto: **RENGIER**. (2015). *op. cit.* §18/103. **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/129. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/52. **HILLGENDORF**. (2015). *op. cit.* §5/53. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 207/175. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/350a. **STRATENWERTH und KUHLEN**. (2011). *op. cit.* §9/96. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/215. **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/31. **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/567.

En España: Por todos: **GIL GIL**, Alicia. *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Comares. Granada, 2002. **GIMBERNAT ORDEIG**. (1995). *op. cit.* p. 64. **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* pp. 549 -551, quien diferencia entre fin o ánimo de defenderse y voluntad de defensa.

Sobre la necesidad de un elemento subjetivo (desvalor de acción) para la configuración de la legítima defensa, como manifestación de las ideas finalistas introducidas por Welzel: *Vid.*: **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1976). *op. cit.* p. 23.

⁸⁵² Al respecto: **CEREZO MIR**. José. “Valor de acción y valor de resultado en las causas de justificación”. En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo. I. (C. García Valdés/A. Cuerda Riezu/M. Martínez Escamilla/ R. Alcácer Guirao/ M. Valle Mariscal de Gante. Coords.). Edisofer. Madrid, 2008. p. 744.

⁸⁵³ **RENGIER**. (2015). *op. cit.* §18/104. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 42. **HILLGENDORF**. (2015). *op. cit.* §5/54. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/350a. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/214. **VON HEINTSCHEL - HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/42. **GIMBERNAT ORDEIG**. (1995). *op. cit.* p. 65. En la misma línea está el TSe. y el BGH. Al respecto: *Vid.*: STSe. del 22 de abril de 2010 360/2010 y Sentencia del BGH del 25.04.2013 - 4 StR 551/12. NJW. 2013 p. 2133.

⁸⁵⁴ **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1976). *op. cit.* p. 51.

falta este elemento, porque –más allá de esta ausencia – se configura el aspecto objetivo de una legítima defensa.

En estos casos está claro que se cumplen los requisitos objetivos de la causa de justificación y esto debería jugar a favor del actor, porque además el resultado es valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Sin embargo también estamos en sede de una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado a título de dolo, configurándose un desvalor de acción que no podemos pasar por alto⁸⁵⁵.

¿Qué se puede hacer en este caso?, ¿Prima el hecho de que se haya configurado objetivamente la legítima defensa (valoración positiva del resultado) y por tanto el autor debe ser exento de responsabilidad⁸⁵⁶? o ¿se le impone un castigo por el delito de asesinato, dándole prioridad al desvalor de la acción doloso⁸⁵⁷?. La

⁸⁵⁵ REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*. Tesis doctoral inédita. 2014. Consultado en línea en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663676/reyes_alvarado_yesid%20tesis.pdf?sequence=1. p. 526.

⁸⁵⁶ Como, en efecto, lo considera un sector minoritario de la doctrina alemana: Al respecto: *Vid.*: JÄGER. (2013) *op. cit.* §4/129. En España, Córdoba Roda cuestiona el hecho de castigar a quien configura objetivamente una defensa, pero no se pronuncia de manera explícita contra el castigo. CÓRDOBA RODA. (2008). *op. cit.* p. 773.

⁸⁵⁷ En esta línea: WELZEL. (1956). *op. cit.* p. 93. “Por eso no hay defensa legítima si el autor quiso lesionar y con ello, sin tener la idea, rechaza la agresión de otro”. GIL GIL. (2002). *op. cit.* p. 105. Matizando esta solución, decantándose por una atenuación de la pena del delito consumado doloso, a través de la atenuante analógica del CPe.: CEREZO MIR. (2005). *op. cit.* p. 204. DIÉZ RIPOLES, José Luis. “La categoría de la antijuridicidad en derecho penal” En: ADPCP. Fasc. 3. 1991. p. 747. En una línea similar, aunque con matices en la solución: REYES ALVARADO. (2014). *op. cit.* pp. 529 y 530. El autor parte de la base de que la tentativa no es un delito incompleto o imperfecto con respecto al consumado, por ende, la conducta del actor sería un delito consumado y por tanto no se elimina el juicio de imputación objetiva y éste no se puede modificar para ajustarlo a un tipo de tentativa. Por ello su responsabilidad debería ser a título de delito consumado. Sin embargo, a los ojos del autor, resulta razonable que quien actúa objetivamente en legítima defensa, pero sin que se configure un aspecto subjetivo, reciba menos pena. Para ello, sería suficiente con recurrir a figuras como la eximente incompleta. El problema con esta concepción es que desvirtúa la naturaleza de la eximente incompleta que sólo aplica en casos en que falten requisitos de configuración no esenciales de la legítima

respuesta para ambos interrogantes es, sin embargo, negativa. No prima el resultado positivamente valorado, como tampoco prima el desvalor de acción subjetivo. Se debe recurrir entonces a una solución intermedia en la que la conducta no quede en la impunidad, y no se ignore el desvalor de acción, sobre todo el dolo existente, pero tampoco sea sancionada con la pena completa del delito cometido, porque esto implicaría una contradicción al interior del ordenamiento: sancionar un resultado permitido.

Y es justamente por una solución intermedia por la que se decanta la doctrina mayoritaria⁸⁵⁸, consistente en sancionar al agresor por una tentativa inidónea punible⁸⁵⁹. Sería una tentativa inidónea porque hay un claro desvalor de acción, pero no se puede configurar un desvalor de resultado: el resultado en este caso es permitido por el derecho⁸⁶⁰. En este caso se sanciona parcialmente el desvalor de acción y se respeta el hecho de que el resultado esté permitido por el derecho

defensa y el elemento subjetivo, como ya quedo establecido -al menos en la legislación española- es un elemento esencial.

Para una amplia explicación acerca de esta problemática: *Vid.*: **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/127 - 136, quien concluye que, si bien la ausencia de el elemento subjetivo no afecta la configuración objetiva de la legítima defensa, en estos casos no es posible reconocerla.

⁸⁵⁸ Para una exposición de las diferentes soluciones que se proponen a los casos de ausencia de elemento subjetivo, y las respectivas críticas: *Vid.*: **TRAPERO BARREALES**, María. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Comares. Granada, 2000. **GIL GIL**. (2002). *op. cit.* pp. 78 -174.

⁸⁵⁹ **ROXIN**. (2006). *op. cit.* §15/129 y 130. **JÄGER**. (2013) *op. cit.* §4/129. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 207/175. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/213. **BAUMANN, WEBER und MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/33. **HILGENDORF und VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/56. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §6/16. En la misma línea: Sentencia del OLG de Naumburg del 24.04.2013 - 2 Ss 58/12 NStZ. 2013 p. 718. **TRAPERO BARREALES**. (2000). *op. cit.* p. 394. La misma. (2008). *op. cit.* p. 87 -99. En una línea similar: **RODRIGUEZ MOURULLO**. (1976). *op. cit.* p. 54, quien considera que si bien estos casos no son constitutivos de tentativa, ésta debe ser aplicada de manera analógica.

Contrarios a esta posición: *Vid.*: **GIL GIL**. (2002). *op. cit.* pp. 81 - 122. Con una exposición amplia de las críticas que se le hacen a esta solución.

⁸⁶⁰ **LUZÓN PEÑA**. (2002). *op. cit.* p. 552. **MOLINA FERNÁNDEZ**. (2012). *op. cit.* p. 44.

I.3. Restricciones ético- sociales a la legítima defensa: Especial referencia a las agresiones en el marco de las relaciones de pareja.

La actuación agresiva en legítima defensa se ha visto limitada o restringida en ciertas situaciones específicas. Estas restricciones no están consagradas en la ley, son restricciones *praeter legem*⁸⁶¹. Son casos en los que, como explica Zilio, los requisitos de configuración de la legítima defensa no son suficientes para limitarla⁸⁶².

El universo de casos clásico que presenta la doctrina alemana, se reduce a cuatro supuestos, dos de los cuales ya tratamos en páginas anteriores. Dichos supuestos son: a) Cuando hay una grave desproporción entre la acción de defensa y la agresión⁸⁶³, b.) en los casos en los que la agresión proviene de un

⁸⁶¹ PUPPE. (2011). *op. cit.* §12/17. HEINRICH. (2012). *op. cit.* §14/361. MüKo/ERB. (2003). *op. cit.* §32/176. BAUMANN, WEBER und MITSCH. (1995). *op. cit.* §17/34.

Si bien no están consagradas en la ley, las restricciones encuentran –en la doctrina alemana – su fundamento en el concepto de *Gebotenheit*, que es un requisito de configuración de la legítima defensa consagrado en el §32. 2 StGB. Al respecto: EBERT. (2001). *op. cit.* p. 77

Sobre el concepto de *Gebotenheit*, como requisito de configuración de la legítima defensa en el §32 StGB: Vid.: ROXIN. (2006). *op. cit.* §15/55-60. MüKo/ERB. (2003). *op. cit.* §32/180. SK-StGB/Günther. (2012). *op. cit.* §32./102. RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/54-56.

Castiñeira acertadamente indica que si estas restricciones se realizan sin una base legal concreta, se estaría infringiendo el principio de legalidad. Según esta autora las restricciones ético – sociales creadas por la doctrina alemana, existen en la ley española. La provocación, la excesiva desproporcionalidad etc. Los otros universos de casos se pueden restringir a través del requisito mismo de la necesidad de la acción defensiva. CASTIÑEIRA. (1987). *op. cit.* p. 864.

Sobre la influencia del principio de legalidad en la legítima defensa y el riesgo de infracción a éste, a través de las restricciones ético-sociales: Vid.: CORCOY BIDASOLO. (1991). *op. cit.* 920., quien propone que las restricciones ético-sociales sean entendidas como interpretaciones teleológicas de los tipos permisivos, para evitar que se creen restricciones que pueden ser violatorias del principio de legalidad.

⁸⁶² ZILIO. (2012). *op. cit.* p. 187.

⁸⁶³ En este grupo pueden tener cabida las llamadas situaciones de agresión menor (*geringfügige Angriff*) o agresiones no apreciables como tal (*unerhebliche Angriff*), frente a las cuales la defensa es excesiva. ROXIN. (1981) *op. cit.* p. 94. EBERT. (2001). *op. cit.* p. 78.

Sobre la grave desproporcionalidad entre ataque y defensa como restricción ético-social: Vid.: VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen. (2015). *op. cit.* §32/33. BAUMANN, WEBER und MITSCH. (1995). *op. cit.* §17/35. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/543-552. RIES. (1999) *op.*

agresor no culpable⁸⁶⁴, c.) cuando las agresiones se danen el marco de relaciones personales⁸⁶⁵ y d.) en situaciones donde el agredido es quien provoca la situación de legítima defensa⁸⁶⁶.

Estas restricciones se fundamentan en que las acciones defensivas en estos casos no son requeridas por la legítima defensa⁸⁶⁷, en el principio de no abusar del derecho⁸⁶⁸, en la solidaridad⁸⁶⁹ y/o en el de proporcionalidad⁸⁷⁰, que, según Roxin, deben entenderse como concreciones de los fundamentos de la legítima

cit. p. 14. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/171-191. **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/110.

⁸⁶⁴ **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/118.

⁸⁶⁵ De esta situación en especial, nos ocuparemos en el apartado siguiente.

⁸⁶⁶ **ROXIN**. (1981). *op. cit.* pp. 77 -103. **RENGIER**. (2015) A. *op. cit.* §18/54 -87. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/59/93. **JÄGER**. *op. cit.* (2013). §4/121-124. **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/121.

Para un estudio de la evolución de esta restricción en la jurisprudencia alemana: *Vid.*: **LOOS**, Fritz. "Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación". (E. Mallarino. Trad.) En: ZIS. 5, 2009. pp. 257 - 265.

⁸⁶⁷ *Nicht Geboten*. Situaciones no requeridas por la situación de legítima defensa, como fundamento de las restricciones ético-sociales: **ROXIN**. (1981). *op. cit.* pp. 77 y 78. **HEINRICH**. (2011). §14/361. **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/103. **BAUMANN**, **WEBER** und **MITSCH**. (1995). *op. cit.* §17/34. **HILGENDORF** und **VALERIUS**. (2015). *op. cit.* §5/43. **STANGL**. (2013). *op. cit.* p. 85. **PUPPE**. (2011). *op. cit.* §12/17, para quien esta característica de la legítima defensa no tenía más que una función meramente gramatical. Ahora se utiliza para fundamentar, al menos, en cuatro casos excepcionales las restricciones ético-sociales. En la misma línea: **WESSELS**, **BEULKE**, und **SATZGER**. (2013). *op. cit.* §8/342. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/29. **KREY** und **ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/428, para quienes el requisito del §32 StGB de que la defensa sea requerida por la situación de legítima defensa (*Gebotenheit*), constituye la "puerta de enlace" de la legítima defensa con las restricciones ético- sociales.

⁸⁶⁸ **PUPPE**. (2011). *op. cit.* §12/17. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/40.

⁸⁶⁹ **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/107. **ZILIO**. (2012). *op. cit.* pp. 203 - 205. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/159 -161. Este autor considera que los cuatro casos clásicos de restricción se fundamentan en la solidaridad, como pilar esencial del fundamento de la sociedad. §7/167.

Sobre le principio de solidaridad: *Vid.*: **STANGL**. (2013). *op. cit.* pp. 136 y 137.

⁸⁷⁰ **FRISTER**. (2015). *op. cit.* §16/26. **PUPPE**. (2011). *op. cit.* §12/18. **HEINRICH**. (2011). *op. cit.* §14/362. **GROPP**. (2015). *op. cit.* p. 202/153, quien considera que la idea de que una proporcionalidad, entendida como ponderación de bienes jurídicos, no se a necesaria para la configuración de la legítima defensa, queda desvirtuada a la hora de fundar las restricciones ético-sociales en ella.

defensa: el supraindividual (reafirmación y protección del derecho) y el individual (protección de los bienes jurídicos individuales)⁸⁷¹.

Sin embargo, hay otro sector doctrinal que considera que esta fundamentación es obsoleta y considera que por “ético-social” se entiende todo aquel requerimiento básico dirigido a todos los individuos que rigen las relaciones interpersonales. Por tanto, el hecho de limitar la legítima defensa desde un punto de vista ético social está fundamentado en la necesidades éticas de la sociedad. Es decir, en ajustar los comportamientos de los individuos que afectan a otros, y por ende a la comunidad, a los requerimientos o necesidades éticas básicas de la sociedad⁸⁷².

Más allá de las concepciones doctrinales sobre el fundamento de las limitaciones al derecho de defensa, lo verdaderamente relevante en estos casos es que al agredido no se le permite lo que normalmente se le permitiría. Es decir, no lo cobijan del todo las reglas de la legítima defensa. Esta restricción se ve materializada en dos aspectos del requisito de necesidad de la agresión defensiva. Primero, en estos casos sí se le obliga al individuo a huir o a recurrir a la ayuda estatal, antes de ejercer una acción defensiva, contrario a lo que sucede en los casos en los que la defensa no está restringida ético-socialmente.

Y segundo, en el hecho de que se le exija al agredido renunciar a los medios más efectivos y menos lesivos para repeler la agresión y aceptar o incluso

⁸⁷¹ **ROXIN.** (1981). *op. cit.* pp. 77 y 78. En la misma línea: **RENGIER.** (2015)A. *op. cit.* §18/54.

En una línea similar, aunque matizada: **KREY und ESSER.** (2012). *op. cit.* §14/471. Estos autores destacan que hay que tener precaución al entender el componente individual como fundamento de la legítima defensa, porque a través de éste se pueden limitar el derecho de legítima defensa de manera inapropiada. Contra esta idea: **Mülko/ERB.** (2003). *op. cit.* §32/177, quien considera que el fundamento de las restricciones ético-sociales a la legítima defensa solamente está en el fundamento supraindividual de ésta.

⁸⁷² Por todos: **VON SCHERENBERG,** Carl – Friederich. *Die sozialetische Einschränkungen der Notwehr.* Peter Lang. Deutschland, 2009. p. 49. **JÄGER.** (2013). *op. cit.* p. 88, quien entiende que las restricciones ético-sociales evitan que se configuren reacciones defensivas no adecuadas normativamente.

tolerar ciertos riesgos, antes de recurrir a una defensa activa. Riesgos cuyas tolerancia o aceptación, tampoco se exigiría en otras circunstancias⁸⁷³.

Así, podemos afirmar que la restricción ético-social permea la necesidad de la acción defensiva⁸⁷⁴. Ya no se analiza si la agresión es necesaria, sino que se exige que sea “ético-socialmente necesaria” y requerida por la situación de legítima defensa para reconocer la eximente en estos casos. Sin embargo, al existir la restricción, se dice que la acción defensiva, en estos casos, nunca va a ser “ético-socialmente necesaria” y requerida por la situación de defensa legítima, y es por eso que no se reconoce la eximente⁸⁷⁵.

De lo anteriormente expuesto podemos extraer dos conclusiones. La primera que la acción defensiva será necesaria no sólo cuando se cumplan los requisitos de configuración de la necesidad, sino cuando no exista una restricción ético-social sobre ella. De lo contrario, si existe, entonces la legítima defensa estaría restringida siempre.

Y la segunda, que la idea de necesidades éticas de la sociedad como fundamento de las restricciones, no es incompatible con la fundamentación de las mismas en principios rectores del derecho. El concepto de acción ético-socialmente necesaria se puede dotar de contenido a través de estos principios. Así, una acción defensiva será “ético-socialmente necesaria” cuando sea requerida por la situación de defensa legítima, cuando con ella no se abuse del derecho y/o cuando sea proporcional con respecto a la agresión⁸⁷⁶. Con ello se

⁸⁷³ **RENGIER.** (2015) *A. op. cit.* §18/56. **LUZÓN PEÑA.** (2002). *op. cit.* p. 561.

⁸⁷⁴ En contra de ello: **VON SCHERENBERG.** (2009). *op. cit.* 71 y 72.

⁸⁷⁵ En últimas, ninguna agresión es “ético-socialmente necesaria” y por eso la legítima defensa actúa como justificante de la conducta. La legítima defensa no sólo justifica una conducta típica antijurídica y culpable, sino que permite que se cometa una conducta contraria a los mandamientos básicos de la sociedad. Por ello ninguna agresión va a ser “ético-socialmente necesaria”.

⁸⁷⁶ No nos oponemos a una idea de proporción en términos de ponderación como restricción ético-social. Como ya ha sido expuesto, nos oponemos a entender la proporcionalidad, así

pueden ajustar los comportamientos de los individuos a los mandamientos básicos, ya no sólo de la sociedad en general, sino del derecho en particular.

A.) Especial referencia a las agresiones en el marco de las relaciones de pareja: Limitando las restricciones.

Veamos lo anteriormente explicado a la luz del caso de la restricción a la legítima defensa cuando existen estrechas relaciones personales⁸⁷⁷; en concreto, en el marco de las relaciones de pareja que involucran convivencia. Se dice que en este contexto la legítima defensa está restringida⁸⁷⁸.

En esta situación se puede ver con claridad lo que expusimos anteriormente referente a los fundamentos de las restricciones ético sociales y sobre cómo éstos permean el requisito de la necesidad de la acción de defensiva.

Con base en la restricción, en las relaciones de pareja el agredido está obligado a renunciar a los medios de defensa que tiene a mano y a tolerar ciertos riesgos para sus bienes jurídicos o a huir del hogar⁸⁷⁹, si la única vía para defenderlos es agredir a la pareja o matarla⁸⁸⁰. Y ¿por qué sucede esto?, porque las acciones defensivas frente a agresiones causadas por la pareja no son ético-socialmente

concebida, como parte o manifestación de la necesidad. La proporcionalidad en sede de necesidad tiene otro contenido.

⁸⁷⁷ **FRISTER.** (2015). *op. cit.* §16/33. **HEINRICH.** (2011). *op. cit.* §14/381. **Müko/ERB.** (2003). *op. cit.* §32/194. **BAUMANN, WEBER und MITSCH.** (1995). *op. cit.* §17/41.

⁸⁷⁸ **IGLESIAS RÍO.** (1999)A. *op. cit.* p. 413. **FRISTER.** (2015). *op. cit.* §16/33. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen.** (2015). *op. cit.* §32/35. **ZILIO.** (2012). *op. cit.* p. 312.

JIMÉNEZ DE ASÚA. (1961). *op. cit.* p. 104, ya esbozaba una idea de restricción de la defensa en el ámbito de las relaciones cercanas, al decir que “el amor al allegado pondrá , sin que la ley lo exija, la natural prudencia.”.

⁸⁷⁹ **KREY und ESSER.** (2012). *op. cit.* §14/541, quienes aclaran que el deber de huir o evadir la situación, antes de ejercer la acción defensiva, debe estar enmarcado dentro de los límites de lo razonable.

⁸⁸⁰ **HEINRICH.** (2011). *op. cit.* §14/381. **VON HEINTSCHEL- HEINEGG/Momsen.** (2015). *op. cit.* §32/35. **KREY und ESSER.** (2012). *op. cit.* §14/539.

necesarias, en el sentido antes explicado. Veamos esto detenidamente. La acción defensiva no es requerida por la situación de legítima defensa, porque en estos casos hay una relación de garantía que hace a los miembros de la pareja responsables del bienestar del otro. Por lo mismo, en estos casos la necesidad de reafirmar el derecho (fundamento supraindividual) se reduce⁸⁸¹, al igual que el principio de protección de los bienes jurídicos (fundamento individual). En la misma línea, la restricción ajusta el comportamiento de los individuos a los mandamientos éticos de la sociedad: en estos casos no parece correcto agredir a la pareja, ya que este tipo de relaciones se fundamentan en unos ideales de tolerancia y compromiso para con el otro, un deber de solidaridad⁸⁸² o de especial cuidado, sobre las que se erige una posición de garante⁸⁸³.

De igual manera, es evidente que en estos casos se reduce el concepto de necesidad de la defensa⁸⁸⁴; reducción que se materializa en la obligación de renunciar a utilizar medios de defensa que, en otro contexto, serían idóneos y racionales, o a huir de la situación para evitar realizar la acción defensiva⁸⁸⁵. Lo anterior se traduce en la siguiente afirmación: aunque la persona no tuviera

⁸⁸¹ **JÄGER**. (2013). *op. cit.* §4/124. **ROXIN**. (1981). *op. cit.* pp. 101 y 102, que matiza esta posición aclarando que no es el único fundamento de la restricción, que debe combinarse con el deber de solidaridad, para que el principio de protección del derecho sea reducido con base en éste y en su propia medida. En una línea similar: **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/90. Según este autor el matrimonio, o la relación de pareja, es un compromiso de especial consideración social y por tanto el derecho a defenderse es sobrepasado por la idea de supervivencia de la comunidad.

⁸⁸² **PERRON**. (1995). *op. cit.* p. 81. **RIES**. (1999) *op. cit.* p. 17. Este autor considera la solidaridad como el único fundamento de esta restricción ético-social a la defensa legítima.

⁸⁸³ **RENGIER**. (2015) 18/68. **ROXIN**. (1981). *op. cit.* p. 101. **OTTO**. (2000). *op. cit.* §8/90. **HEINRICH**. (2011). *op. cit.* §14/381. **Müko/ERB**. (2003). *op. cit.* §32/194. **VON HEINTSCHEL-HEINEGG/Momsen**. (2015). *op. cit.* §32/35. **SK- StGB/Günther**. (2012). *op. cit.* §32/128. **KREY und ESSER**. (2012). *op. cit.* §14/538. **EBERT**. (2001). *op. cit.* p. 79. **VAN RIENEN**. (2009). *op. cit.* p. 266. **KÜHL**. (2012). *op. cit.* §7/202.

Acerca de la posición de garante y las obligaciones de solidaridad y cuidado entre los miembros de la pareja: **VAN RIENEN**. (2009). *op. cit.* p. 274 -280.

Respecto a la influencia de la posición de garante en situaciones de legítima defensa: *Vid.:* **KLEINHERNE**. (2013). *op. cit.*

⁸⁸⁴ **ROXIN**. (1981). *op. cit.* p. 100. **VAN RIENEN**. (2009). *op. cit.* p. 265.

⁸⁸⁵ **PUPPE**. (2015). *op. cit.* §12/19.

más opciones para defenderse que agredir a quien lo asaltó, debido a la especial relación que los une, se le exige que no ejerza la acción defensiva y tolere ciertos riesgos.

Sin embargo, estos riesgos no pueden ser tolerados si constituyen un peligro grave para la vida o integridad del miembro de la pareja agredido. Si esto es así, si estos riesgos son graves, quiere decir que estamos en sede de una situación de violencia doméstica. Y estas situaciones de violencia doméstica no deben ser toleradas desde ningún punto de vista. Estas situaciones de maltrato reiterado admiten una acción defensiva, sin restricción alguna⁸⁸⁶.

Las situaciones en las que, nuestro parecer, debe estar restringida la legítima defensa con base en la relación de garantía que se genera entre dos personas que conviven son aquellas en las que se dan las discusiones propias de la vida en pareja, que surgen de la convivencia, no constitutivas de violencia doméstica. Es decir, aquellas en que la violencia no entra a jugar un papel como solución al conflicto. Pero las situaciones que implican una violencia fundamentada en el género de alguno de los miembros de la pareja, que pueden ser o no situaciones de violencia doméstica reiteradas o, incluso, situaciones en las que se causan a la pareja lesiones leves, no deben tener cabida en esta excepción a la defensa legítima.

Puppe está en contra de esto último. Esta autora considera que la restricción incluye los casos en los que la mujer se defiende a golpes de su marido borracho, porque sabe por experiencia que no está enfrentando un peligro

⁸⁸⁶ **ROXIN.** (1981). *op. cit.* p. 103. **IGLESIAS RÍO.** (1999)A. *op. cit.* p. 420. **FRISTER.** (2015). *op. cit.* §16/33. **WESSELS, BEULKE, und SATZGER.** (2013). *op. cit.* §8/345. **KREY und ESSER.** (2012). *op. cit.* §14/541. **EBERT.** (2001). *op. cit.* p. 79. **VAN RIENEN.** (2009). *op. cit.* pp. 268 y 269. **KÜHL.** (2012). *op. cit.* §7/204, que incluye la violencia sexual dentro del grupo de agresiones frente a las cuales no está restringida la defensa legítima en estos casos.

grave, sino que resultará, como mucho, con “moretones y lesiones menores”,⁸⁸⁷ o los casos de “poco abuso” o “lesiones leves”⁸⁸⁸.

Estamos en total desacuerdo con esta consideración. En primer lugar, si la mujer sabe “por experiencia” que no va a pasarle nada grave, esto quiere decir que la situación se repite y si se repite es porque se configura una violencia reiterada frente a la cual la defensa no debe ser restringida en ningún caso, porque equivaldría a afirmar que la mujer no tiene derecho a defenderse en el marco de una situación de maltrato cíclico, que puede manifestarse, incluso, de manera ocasional⁸⁸⁹, porque el agresor, en estos casos, no siempre se vale de la violencia física. En segundo lugar, en casos de violencia doméstica no se puede distinguir entre “poco abuso” y “abuso abundante”⁸⁹⁰. El denominado “poco abuso”, también forma parte de las situaciones de maltrato.

La violencia física, incluso si es ocasional, no debe estar dentro del grupo de agresiones frente a las cuales una acción defensiva está restringida ético-socialmente. Esto es así, al menos, por tres razones claras. La primera, porque desde un punto de vista jurídico- social para que la solidaridad y la posición de garante que de ella se deriva subsistan, la relación tiene que estar intacta⁸⁹¹. En estos casos los lazos de solidaridad son eliminados por el miembro de la pareja que agrede al otro⁸⁹² y entonces la acción defensiva es requerida por la situación de legítima defensa y ésta ya no es contraria a las necesidades ético-sociales,

⁸⁸⁷ PUPPE. (2011) *op. cit.* §12/19.

⁸⁸⁸ KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/541. En la misma línea: Sentencia del BGH del 11.01.1984 - 2 StR 541/83. JZ. 1984. p. 529.

⁸⁸⁹ En esta línea: FREUND. (2009). *op. cit.* §3/123, con razón, considera que el comportamiento de un hombre que maltrata a su esposa no pesa menos que el comportamiento correspondiente, realizado de manera arbitraria por un tercero.

⁸⁹⁰ En la misma línea VAN RIENEN. (2009). *op. cit.* p.286, cuando afirma que: “Un asalto es y sigue siendo una lesión personal, incluso cuando es cometido por un cónyuge.”

⁸⁹¹ Sentencia del BGH. del 24. 07. 2003. 3. Str 153/03. NJW. 2003. p. 3212.

⁸⁹² Así, KLEINHERNE. (2013). *op. cit.* p . 537, quien anota que la posición de garante desaparece cuando se eliminan sus condiciones de origen. En la misma línea: RENGIER. (2015)A. *op. cit.* §18/68. KREY und ESSER. (2012). *op. cit.* §14/542.

porque quien actúo de manera contraría fue el agresor. Las agresiones del miembro de la pareja, al eliminar la solidaridad⁸⁹³, eliminan por tanto, la restricción ético social⁸⁹⁴.

La segunda, porque restringir las acciones defensivas en el marco de situaciones de violencia doméstica equivale a legitimar el comportamiento agresivo del maltratador, y ayuda a perpetuar esta práctica reprochable ético-socialmente⁸⁹⁵. Restringir la defensa legítima en estos casos sería absolutamente contradictorio, porque se estaría legitimando (sin excepción alguna) una práctica contraria, no sólo al orden jurídico, sino al orden social, con base en un deber de solidaridad que, en un principio, el agresor incumplió.

La tercera, desde una óptica feminista, porque si esta restricción ético – social se extiende a las situaciones en donde las agresiones que se tienen que tolerar implican violencia física ocasional o violencia psicológica reiterada y partiendo de la base de que normalmente son las mujeres las víctimas, configuraría una manifestación de la idea, ya explicada anteriormente, de que el derecho, las normas en general, están pensadas para los hombres, es decir, son normas masculinas que refuerzan, al menos, dos estereotipos⁸⁹⁶. El primero, es el estereotipo patriarcalista, que por desgracia está arraigado a nuestra cultura, referente a que la mujer debe tolerar y obedecer a su marido, reforzando un rol de sumisión femenina que es inaceptable en estas épocas en las que se busca una igualdad entre los sexos. De igual manera, esta restricción, que implica

⁸⁹³ KÜHL. (2012). *op. cit.* §7/203. Este autor recuerda que el simple hecho de tener una relación cercana no implica que exista un deber de solidaridad siempre.

⁸⁹⁴ Al respecto: PERDOMO TORRES. (2007) *op. cit.* p. 90, quien asegura que de la relación existente entre cónyuges no se deriva ninguna limitante al derecho de legítima defensa. En estos casos, un exceso estaría fundamentado en una desproporción en la reacción defensiva y, por ello se daría una violación al deber de solidaridad mínimo; y no en una solidaridad especial que se deriva de la relación entre los cónyuges o compañeros permanentes.

⁸⁹⁵ WESSELS, BEULKE, und SATZGER. (2013). *op. cit.* §8/345. quienes consideran que una restricción absoluta puede conllevar a crear una “carta abierta para el maltrato”.

⁸⁹⁶ BAUMANN, WEBER und MITSCH. (1995). *op. cit.* §17/42, que consideran que la restricción puede ser entendida como una manifestación de la discriminación basada en el género.

buscar otros medios para defenderse, como irse de la casa en el caso de las mujeres maltratadas, reafirma el estereotipo referente a que la mujer maltratada pudiendo irse del hogar, no lo hace “porque no quiere” o “porque le gusta ser maltratada”⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ **DI CORLETO**, Julieta. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis. No. 5. Mayo de 2006. Consultado en línea en: www.academia.edu. p. 7. Sobre esto volveremos más adelante. En la misma línea: **LARRAURI**. (2009). *op. cit.*

CAPÍTULO SEGUNDO: APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN LOS CASOS DE MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO EN SITUACIONES DONDE NO HAY CONFRONTACIÓN: PROPUESTA PERSONAL.

II.1. Recapitulación de los argumentos en contra de la aplicación de la legítima defensa en los casos de muerte del tirano doméstico en situaciones sin confrontación.

Como expusimos en páginas anteriores⁸⁹⁸, los argumentos que se esgrimen para negar la configuración de la legítima defensa son que la agresión no es actual ni inminente, que la acción defensiva no es necesaria y que la mujer no tenía ánimo de defenderse. En otras palabras, que en estos casos no se configuran ninguno de los requisitos esenciales de la legítima defensa.

Consideramos que la problemática se centra en los dos primeros y por tanto es en esa contrargumentación en la que más debemos profundizar. De hecho, el problema no está tanto en la actualidad de la agresión (como lo consideran todos aquellos que niegan la configuración de la legítima defensa en estos casos), como en establecer si la acción defensiva de la mujer es, en efecto, necesaria.

Reconocemos que, a simple vista, en los casos que nos ocupan podría parecer que no se configuran estos requisitos. El hecho de que la reacción defensiva de la mujer se desarrolle en un momento en el que no se está dando una confrontación, porque el agresor está dormido, borracho o distraído, puede llevar a pensar que no existe una agresión actual o inminente en el sentido de la legítima defensa. Por otra parte, se puede entender que la mujer tiene opciones diferentes de salvación, como irse de la casa, llamar a la policía, buscar ayuda

⁸⁹⁸ Vid.: *Supra*. Primera Parte. Capítulo primero. I.1.

de sus familiares o amigos etc., que la de matar a su agresor. Por ello se dice que su actuar defensivo no es necesario y, por ende, tampoco es racional. Nuestra pretensión es entonces demostrar lo contrario.

II. 2. Modelo de aplicación: propuesta personal.

Para la construcción de nuestra propuesta personal partiremos de la estructura planteada en el capítulo anterior. Así, analizaremos a la luz de casos como el que nos ocupa (con ejemplos tomados de algunos casos narrados a lo largo de las páginas anteriores y de otros) la configuración de cada uno de los requisitos o elementos de la legítima defensa, haciendo especial énfasis en el requisito de actualidad de la agresión y el de necesidad de la acción defensiva, por ser éstos los puntos neurálgicos de la problemática en cuestión.

A.) La agresión: actual e ilegítima.

a.) La agresión ilegítima.

La agresión , como elemento imprescindible y esencial de la legítima defensa, es un comportamiento humano que amenaza y/o lesiona bienes jurídicos individuales. Dicha agresión debe ser ilegítima, es decir antijurídica (penal y extrapenalmente).

El caso de la mujer víctima de una tiranía, por parte de su compañero sentimental, es una fuente inagotable de agresiones en este sentido. Tanto así, que no sólo se pueden constatar agresiones entendidas como acometimiento físicos, sino agresiones contra bienes jurídicos inmateriales, que, como establecimos en el capítulo anterior, son también susceptibles de legítima defensa. El catálogo de agresiones en estos casos va desde las amenazas hasta las lesiones personales, pasando por ataques contra la libertad sexual y la libertad individual.

El tirano doméstico hace uso de la violencia física y psíquica como medio para generar miedo y de esta manera asegurar el control total sobre la mujer⁸⁹⁹. Así, la violencia puede ser una manera de *castigar* a la mujer por no haber cumplido determinadas órdenes que le fueron dadas y de esta manera demostrarle que, si no quiere volver a ser víctima de un episodio similar, es mejor que acate la voluntad de su compañero. Todo lo anterior no es nada diferente a utilizar la violencia como medio para demostrar su superioridad y reforzar su papel de dominio, frente a la mujer. Por tanto, estas agresiones deben ser entendidas dentro de ese contexto de interacción que se basa en las reglas de dominación y sumisión que son el resultado de las asignación de roles que se le ha dado a la mujer, en el marco de una sociedad patriarcal y machista⁹⁰⁰.

a. Una de las manifestaciones de la violencia ejercida por el tirano, son los ataques contra la integridad corporal de la mujer. Estos ataques son constitutivos de la conducta de **lesiones**, que se encuentra tipificada en todos los códigos penales⁹⁰¹.

En la gran mayoría de los casos que han sido narrados en este trabajo, encontramos situaciones en las que se presenta este tipo de violencia. Así por ejemplo, *JT Norman* golpeaba a su mujer y le apagaba cigarrillos en el cuerpo. La procesada en el *Haustyrannen-Fall* era golpeada por su marido con distintos objetos, entre ellos, las botas militares de éste y, en varias ocasiones, estos golpes dejaron secuelas físicas que debieron ser tratadas médicamente. Peggy Stewart fue golpeada por su marido con un bate de *baseball*⁹⁰² y la procesada en el caso *People v. Emick '84*, fue azotada por su marido, mientras se encontraba

⁸⁹⁹ MAHONEY, Martha R. "Legal images of Battered Women: Redefining the issue of separation". En: Michigan Law Rev. No. 90. 1991. p. 93.

⁹⁰⁰ Vid.: VILLANUEVA FERNÁNDEZ, Concepción. "El concepto de agresión en una sociedad sexista". En: *Violencia y sociedad patriarcal*. (U. Maquiera y C. Sánchez. Comps.). Ed. Pablo Iglesias. Madrid, 1990. p. 57.

⁹⁰¹ Por citar algunos ejemplos: Arts. 147 -149. CPe., §223,224 y 226 del StGB, arts. 111 -116 del CPCol., §211.1 del MPC (*Assault*).

⁹⁰² Supreme Court of Kansas, *State, v. Stewart, Appellee*. 763 P.2d 572 (1988).

atada. Angelique Lavallee ingresó varias veces al hospital para ser tratada por los golpes que le propiciaba su marido⁹⁰³. Bárbara Sheehan sufrió de ruptura de tímpano, luego de un golpe de su cónyuge. Por su parte, el marido de Victoria le fracturó el dedo meñique porque ella no le cosió un botón a una camisa de él.

En fin, en todos los casos que han sido narrados a lo largo del presente trabajo se evidencia que las mujeres son víctimas de ataques contra su integridad personal, es decir, víctimas de un delito de lesiones.

La mayoría de los códigos penales incluyen la violencia psíquica dentro de la definición de lesiones y por esta vía, ese tipo de ataques se constituyen como actos delictivos y por ende antijurídicos⁹⁰⁴. La violencia psíquica tiene como finalidad degradar a la mujer y controlar sus comportamientos, sus creencias y sus decisiones y de este modo lograr que la dominación continúe y perdure⁹⁰⁵.

Dicho control se ejerce por medio de actitudes como la intimidación, de amenazas en contra de la mujer o en contra de sus seres queridos, la manipulación, y el aislamiento, que consiste en la obstrucción de las vías

⁹⁰³ Corte Suprema de Canadá. *R. v. Lavallee*, 1990.

⁹⁰⁴ El CPe., en su art. 147, establece que una lesión es un menoscabo de la integridad física o mental de otra persona. Sobre las lesiones psíquicas: *Vid.: CANCIO MELIÁ*, Manuel. "Lesiones". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 800 -801. Por su parte el CPCol. En su artículo 111, define las lesiones como un daño en el cuerpo o en la salud. Si bien de la disposición no se desprende exactamente que dentro de la definición de lesiones esté incluido el menoscabo de la salud mental, la doctrina ha establecido que por salud se entiende el "conjunto de caracteres y funciones psicofísicas o fisiológicas (salud), como la integridad física de los diferentes sistemas orgánicos que conforman el cuerpo de la persona". Por todos: *POSADA MAYA*, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Tomo II. Editorial Ibañez -Universidad de los Andes. Bogotá, 2015. p. 26. Lo mismo sucede con la disposición alemana (§223 StGB). Al respecto: *Vid.: SCHÖNKE/SCHRÖDER/Eser*. (2014). *op. cit.* §223/6.

⁹⁰⁵ *SACKETT*, Leslie A. and *SAUNDERS*, Daniel G. "The impact of different forms of psychological abuse on battered women". En: *Violence and Victims*. Vol. 14. No. 1. 1999. p. 105.

posibles que tiene ella para buscar ayuda (médica, legal etc.)⁹⁰⁶. De igual manera, la exigencia de obediencia por parte del agresor a la víctima, retener el dinero, los insultos y las humillaciones, son manifestaciones de este tipo de violencia⁹⁰⁷.

Lamentablemente, la violencia psíquica es recurrente en todos los casos de tiranización por parte del hombre-pareja a la mujer-pareja⁹⁰⁸. Las demostraciones más comunes de este tipo de violencia son las amenazas de lesiones y/o muerte y las humillaciones⁹⁰⁹.

Las humillaciones parecen ser una constante en la mayoría de los casos narrados: La procesada en el caso que dio lugar a la STSe del 30 de septiembre de 1993 era maltratada constantemente por su marido y, en una ocasión, después de una fuerte discusión, éste la insultó y le quitó la ropa, dejándola en paños menores⁹¹⁰. Glen Beasley⁹¹¹ por su parte, obligó a su mujer Shelia a meter la cabeza en el inodoro y luego de esto le secó el agua que tenía en la cara con una compresa usada. La procesada del *Haustyrannen-Fall* fue obligada por su marido a arrodillarse y repetir insultos en su contra enfrente de él y de sus

⁹⁰⁶ American Psychiatric Association. *DMS 5*. American Psychiatric Publishing. Washington – London. 2013. p. 721. **O’LEARY**, K. Daniel. “Psychological Abuse: A variable deserving critical attention in domestic violence.”. En: *Violence and Victims*. Vol. 14. No. 1. 1999. p. 19.

⁹⁰⁷ **STRAUS**, Murray A, “Measuring Intrafamily conflict and violence: The conflict Tactics (CT) Scales. En: *Journal of Marriage and the family*. Vol. 41. No. 1. 1979. p. 77. **SACKETT**, and **SAUNDERS**. (1999). *op. cit.* p. 106, quienes, además, exponen los sub- tipos de violencia emocional o psicológica.

⁹⁰⁸ **STREET**, Amy E and **ARIAS**, Ileana. “Psychological Abuse and Posttraumatic Stress Disorder in Battered Women: Examining the roles of Shame and Guilt.”. En: *Violence and Victims*, Vol 16. No. 1. 2001. p. 65. Existe una covariación entre la violencia psíquica y la física en el ámbito doméstico. Al respecto: *Vid.:* **STRAUS**. (1979). *op. cit.* p. 55 y 56. En la misma línea: **SACKETT** and **SAUNDERS**. (1999). *op. cit.* p. 105.

⁹⁰⁹ Según la RAE, una de las acepciones del verbo humillar hacer referencia a la acción de herir el amor propio o la dignidad de alguien.

⁹¹⁰ La desnudez forzada es considerada como un método de tortura, según el Protocolo de Estambul. Literal G. §145.m.).

⁹¹¹ *People vs. Beasley* ‘93.

compañeros de su grupo de moteros. Y. *Buchbut* por su parte, obligaba a su mujer a servirlo a tal punto, que ella debía ponerle los calcetines y los zapatos. Estos y otros casos más⁹¹², demuestran cómo estas conductas están dirigidas a minar el amor propio de las procesadas y su dignidad. Las humillaciones o los tratos ridiculizantes suelen tener una mayor repercusión en la salud mental de la víctima, ya que suelen quebrantar su seguridad y generan que ella se perciba a sí misma de manera negativa (autopercepción negativa)⁹¹³.

Por su parte, las amenazas⁹¹⁴ están dirigidas a evitar que la mujer abandone la casa y busque ayuda, sobre todo, por parte del estado⁹¹⁵. Esto quiere decir que están orientadas a obtener un control total sobre ella, restringiéndole su capacidad de decisión y, por ende, su libertad. Pero también a evitar que el tirano pueda llegar a ser procesado por sus actos.

Esto se evidencia en el caso *State v. Kelly* '84, donde el marido de la acusada la amenazaba con matarla o cortarle partes del cuerpo, si ella trataba de dejarlo. De un modo similar, George Gallegos amenazó a su mujer con matarla cuando ella le dijo que iba a dejarlo; y ese día, como muestra de que tenía todas las intenciones de cumplir sus amenazas y para reafirmar su poderío⁹¹⁶, golpeó a

⁹¹²*Vid.*: Por ejemplo: El caso canadiense de la Corte de Apelaciones de Ontario. *R. v Craig*. 2011, en el que se evidencia que el marido de la procesada solía humillarla delante de sus amigos. Tal y como lo hacía el marido de la procesada en el *Haustyrannen- Fall*.

⁹¹³ **SACKETT** and **SAUNDERS**. (1999). *op. cit.* p. 106.

⁹¹⁴ Las amenazas, aparte de ser una modalidad de violencia psicológica, constituyen un delito autónomo, al menos, en las legislaciones española (arts. 169 -171. CPe) y alemana (§ 241 StGB). Al respecto: En España: *Vid.*: **LLOBET ANGLI**, Mariona. "Amenazas y chantaje". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp.871 -890. **DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO**, Julio. "Amenazas y Coacciones". En: *Compendio de derecho penal (Parte especial)*. Vol. II. (Bajo Fernández M. Coord.). Editorial Centro de estudios Ramón Aceres. S.A. Madrid, 1998. pp. 59-83. En Alemania: **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Eser/Eisele**. (2014). *op. cit.* § 241. **WESSELS** und **HETTINGER**. (2008). *op. cit.* §8/434a - 434c.

⁹¹⁵ Sobre las amenazas como medio para bloquear las opciones de salida de la mujer: *Vid.*: **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* p. 779.

⁹¹⁶ La violencia como instrumento para demostrar el poderío (o de lo que se es capaz) es utilizada por casi todos los tiranos domésticos. Por ejemplo: *Vid.*: *State, v. Stewart*. 1988, donde

su hijo en el rostro, con la hebilla del cinturón⁹¹⁷. Y. *Buchbut* impidió que su mujer buscara ayuda médica, después de una paliza que él le proporcionó, y la amenazó con matarla si ella se atrevía delatarlo ante las autoridades⁹¹⁸. Lo mismo sucedió en el caso del LG de Offenburg del 24 .07. 2002. Cuando la acusada manifestaba que se iba a ir de la casa, su marido se lo impedía y le aseguraba que si se iba, él la encontraría en donde fuera. De igual manera, la amenazó con agredir a su familia, si ella lo dejaba y en alguna otra ocasión le cortó la cara con un cuchillo, después de que ella le dijo que se iba a ir de la casa. Similar era la situación de la procesada en el *Haustyrannen-Fall*, quien se intentó ir de su casa en una oportunidad y buscó protección en una casa de mujeres. Al regresar a su casa, su marido amenazó con hacerles daño a las hijas en común, si ella intentaba irse de nuevo y le recordó que no importaba que tan lejos se fuera, ya que él la iba a encontrar y la iba a matar; incluso, si él estaba en prisión, podía encargarle a uno de sus compañeros del grupo de moteros la labor de buscarla y agredirla⁹¹⁹. En el caso que dio lugar a la STSe. del 29 de junio de 1990, Victoria inició los trámites para divorciarse de su marido, pero éste la amenazó de muerte, si continuaba con ellos.

Lo expuesto demuestra cómo hay un patrón de violencia psicológica que se manifiesta claramente a través de las amenazas. Éstas son un medio para evitar que la mujer se vaya de la casa y/o busque ayuda de cualquier clase. A través de las amenazas el tirano logra que la mujer renuncie a su voluntad, por miedo a que se materialicen.

el agresor mata a tiros al gato de su mujer como una manera de mostrarle qué es lo que le puede llegar a pasar a ella.

⁹¹⁷ *State v. Gallegos*, 1986.

⁹¹⁸ *Buchbut v. El Estado de Israel*. 1995.

⁹¹⁹ Esto evidencia que los implicados en este caso eran parte de una relación de tiranía. No sobra recordar que una de las características de ésta es que el tirano constantemente menosprecia el poder de la ley. En este caso le asegura a su mujer que, aun estando en prisión, le va a poder hacer daño. El mensaje que envía es que ni siquiera ponerlo tras las rejas va a ser una vía útil de salvación. Al respecto: *Vid.: MASLOW COHEN. (1996). op. cit. p. 779.*

No obstante, no es la única finalidad que tienen. A nuestro modo de ver las amenazas en estos casos tiene una doble función, ya que no solamente son manifestaciones de la violencia psicológica, sino que también son: a.) una agresión a la libertad *per sé* y b.) van a ser el medio para la comisión de otra agresión contra la libertad de la mujer.

b. Como hemos establecido, a través de las amenazas el agresor impide que la mujer se vaya de la casa. Ella se quiere ir, pero por miedo a que alguna de estas amenazas se cumpla, no lo hace. Esto además de ser una manifestación clara de la relación de tiranía que caracteriza estas situaciones, es un atentado autónomo contra su libertad. La reducción e, incluso, la anulación de la voz del tiranizado, es decir, de su capacidad de decisión, es una de las herramientas que utiliza el tirano para ejercer un dominio total. El obligar a la mujer a quedarse en un lugar donde no quiere estar, por medio de amenazas en su contra, es una clara anulación de su capacidad de decisión y, por ende, constituye una agresión contra su libertad. El hecho de que a través de las amenazas se le impida a la mujer tomar una decisión libre implica que su “decisión” de quedarse está viciada por los estímulos negativos que ha venido recibiendo por parte de su agresor. A través de las amenazas se impide que se haga uso de la libertad de elegir y valorar las situaciones para, con base en ello, tomar una decisión libre⁹²⁰.

Ahora bien, el hecho de que la mujer se quede en su casa movida por una voluntad viciada (o en contra de su voluntad), es constitutivo de un delito de detención ilegal del art. 163 del CPe, de secuestro simple del artículo 168 del CPcol y del §239 del StGB de detención ilegal⁹²¹. Es por ello que consideramos que las amenazas son un medio para cometer un delito contra la libertad. Veamos esto detenidamente, a la luz de los tipos penales mencionados.

⁹²⁰ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. (1998). *op. cit.* p. 60.

⁹²¹ *Freiheitsberaubung*.

El art. 163 del CPe. reza lo siguiente: “El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión (...)”. Este es un tipo penal de conducta alternativa, ya que se puede configurar tanto mediante el encierro del sujeto pasivo, como por medio de su detención. Encerrar es la acción de mantener a la persona en un lugar determinado impidiendo su salida de éste, valiéndose de barreras físicas⁹²². Mientras que detener hace referencia a la acción de inmovilizar a la persona impidiendo su libertad de locomoción. Pero no necesariamente esa inmovilización debe ser física, puede ser una inmovilización realizada por otros medios, tales como la intimidación. Así, habrá detención “cuando el autor mantiene al sujeto pasivo sometido a su voluntad y, por tanto, privado de su libertad, aunque no lo haya encerrado”⁹²³. En palabras del TSe., “detener es aprehender a la persona, privándosela de la posibilidad de alejarse, transitar o dirigirse donde quiera”⁹²⁴. Y es a través de esta segunda modalidad comisiva en la que las amenazas pueden ser el la conducta medial para realizar el delito en cuestión: A la mujer se le detiene, se le impide alejarse, a través de amenazas constitutivas de muerte y/o lesiones.

El § 329 del StGB sanciona con pena de prisión a aquella persona que encierre o de otra manera prive de su libertad a otra. En estos casos el delito de privación de libertad se puede cometer de dos maneras, al igual que en la legislación española. Así, a una persona se le priva de su libertad de locomoción encerrándola o se le impide ejercer esta libertad de cualquier otro modo. La

⁹²² LLOBET ANGLI. (2016). *op. cit.* p. 846. LLORIA GARCÍA, Paz. “Delitos contra la libertad (1): Detenciones ilegales y secuestros.”. En: *Derecho Penal. Parte Especial. Vol 1. La protección penal de los intereses jurídicos personales.* (J. Boix Reig. Dir.). Iustel. Madrid, 2010. p. 205.

⁹²³ LLOBET ANGLI. (2016). *op. cit.* p. 847. REBOLLO VARGAS, Rafael. “Detenciones ilegales y secuestros”. En: *Derecho Penal español. parte especial. (I).* (J Álvarez García. Dir./ A. Manjón Cabeza – Olmeda/ A. Ventura Püschel. Coords.). Tirant lo blanch. Valencia, 2011. p. 326. En la misma línea: STSe. del 22 de diciembre de 2005. STS. 7824/2005, en donde se establece que también habrá detención ilegal que se configura deteniendo a la víctima cuando ésta “tiene posibilidad de deambulación, pero ésta es forzada y no fruto de su capacidad de autodeterminación” y la STSe. del 20 de marzo de 2012. STS. 2132/2012.

⁹²⁴ STSe. del 21 de septiembre de 1992.

doctrina es casi unánime en afirmar que este “otro modo” puede ser materializado a través de amenazas constitutivas de un peligro para la vida o la integridad⁹²⁵. Lo anterior, aplicado al caso concreto, equivale a decir que la mujer está siendo privada de su libertad por medio de las amenazas que le impiden irse de la casa, sin necesidad de que ella se encuentre encerrada.

El artículo 168 del CPcol consagra que el secuestro simple se configura cuando una persona arrebatada, sustrae, retiene u oculta a otra, con propósitos diferentes al del exigir por su libertad provecho o cualquier utilidad⁹²⁶. Al igual que los tipos penales anteriormente analizados, el colombiano es un tipo de conducta alternativa, ya que el secuestro se puede cometer arrebatando, sustrayendo, reteniendo u ocultando al sujeto pasivo. Y es esta última modalidad comisiva la que consideramos que puede ser realizada a través de amenazas.

Por retener se entiende el hecho de impedir que algo salga, se mueva, se elimine o desaparezca. Como ya ha quedado claro, a través de las amenazas se le impide a la mujer irse de la casa, lo que quiere decir que se le está impidiendo moverse, por ende, se le está deteniendo.

El análisis de estos tipos penales ilustra cómo, en efecto, la privación de la libertad, désele el nombre que se le dé (detención ilegal en España y Alemania o secuestro simple en Colombia) se puede realizar a través de amenazas. Los tres preceptos, al consagrar otro verbo típico diferente a “encerrar”, que es con cuya realización se asocia normalmente la comisión de éste tipo de delitos, muestra que ésta no es la única manera de llevar a cabo la conducta. Así, no sólo se le priva de la libertad a otro, encerrándolo. Lo que permite afirmar que cualquier medio idóneo para materializar la privación de la libertad de locomoción o

⁹²⁵ WESSELS/HETTINGER. (2008). *op. cit.* §8/372. SCHÖNKE/SCHRÖDER/Eser/Eisele. (2014). *op. cit.* §239/6. LK/Hettinger. (2015). *op. cit.* §239/16

⁹²⁶ Si este fuera el caso se configuraría un delito de secuestro extorsivo consagrado en el art. 169 del CPcol.

ambulatoria de la víctima, será constitutivo de delito. La idoneidad hace referencia a que el medio no sólo sea objetivamente adecuado para realizar la privación, sino también que esté (subjektivamente hablando) dirigido a impedir la locomoción del sujeto pasivo, es decir, encaminado a privarlo de su libertad.⁹²⁷

A la luz de lo anterior, diremos entonces que la idoneidad de las amenazas como medio comisivo de la detención ilegal, en este caso, radica en que objetivamente son adecuadas para evitar que la mujer se vaya de casa⁹²⁸: Ella no se ha ido, allí sigue. Prueba de esto es que el suceso final, es decir, la muerte del tirano, tienen lugar en un momento en el que la relación no se ha terminado y la mujer continúa viviendo en la casa conyugal. Las amenazas se constituyen entonces como una *vis compulsiva* que impide que la mujer *se mueva* a su voluntad por el miedo a que sean materializadas por el agresor. Miedo éste que no es infundado, sino absolutamente fundado, porque normalmente el agresor da pequeñas muestras de que está dispuesto a llevar a cabo sus amenazas. Lo que pone de evidencia, a su vez, que éstas están dirigidas a impedir que ella se vaya.

⁹²⁷ **JORGE BARREIRO**, Agustín. "Delitos contra la libertad". En: *Comentarios al Código Penal*. (G. Rodríguez Mourullo. Dir./A. Jorge Barreiro. Coord.). Civitas. Madrid, 1997. p. 464.

Un ejemplo de privación de la libertad por medio de amenazas, diferente al que nos ocupa, es el del grupo musical español Delorean. En una visita a México en el año 2013, los integrantes del grupo fueron víctimas de lo que se conoce como "secuestro virtual". Los músicos tuvieron que permanecer encerrados en la habitación de un hotel durante varios días, ya que recibían llamadas en las que les daban a entender que estaban siendo vigilados y los amenazaban de muerte si se atrevían a salir antes de que sus familias pagaran la cifra que estaban solicitando por dejarlos en libertad. *Vid.*: **DUVA**, J y **QUESADA**, J.D. " Libre el grupo Delorean tras ser víctima de un <<secuestro virtual>> en México". En: Periódico el País. Edición del 9 de octubre de 2013. Consultado en línea: http://politica.elpais.com/politica/2013/10/08/actualidad/1381230528_971096.html

⁹²⁸ En la misma línea: **DIAMOND**, Gregory. "To have but not to hold: Can <resistance against kidnapping> justify lethal Self defense against incapacitated betterers?". En *Columbia Law Rev.* 102. April, 2002. p. 747, quien entiende que la actitud del agresor pone a la mujer "entre la espada y la pared". ("It hangs a sword of Damocles over the victim").

En resumidas cuentas, la agresión contra la libertad se materializa entonces en que la mujer no puede irse de la casa y abandonar la relación que sostiene con el tirano: está atrapada en su propio hogar⁹²⁹. El hecho de que no se encuentre físicamente encerrada y pueda salir de la casa a realizar algunas diligencias, como ya hemos visto, no va a implicar que ella tenga la libertad de hacer lo que le plazca, porque sabe que si no regresa el tirano va a materializar sus amenazas. Es decir, si el agresor tiene el poder de hacer que la mujer regrese siempre a la casa, en donde va a ser maltratada e incluso está en riesgo de perder la vida, entonces ella ha perdido su libertad⁹³⁰.

Por ello decimos que la mujer, en estos casos, está encerrada tras unos barrotes invisibles. Y estos barrotes van adquiriendo mayor forma y eficacia, con cada conducta violenta del agresor, que le muestra a la mujer que él es capaz de cumplir sus amenazas⁹³¹.

Estos barrotes no son producto de su imaginación o generados por algún tipo de afección psicosomática; por el contrario, a través de las amenazas (y el aislamiento en el que se encuentra), el tirano ha construido una prisión invisible, en la que ella se encuentra atrapada.

⁹²⁹ Vid.: Supreme Court of Illinois. *People v. Mulcahey*. 381N-E 2d 254. (1978). En este fallo se establece que la detención de una persona en su propio hogar, puede ser constitutiva de un confinamiento ilegal (*unlawful confinement*), que es un elemento esencial del delito de secuestro (*kidnapping*).

⁹³⁰ Vid.: **DIAMOND**. (2002). *op. cit.* p. 760. En la misma línea: *State v. Niemeyer*, 252 Conn. 917, 744 A.2d 437 (1999). La combinación de abuso físico y amenazas implícitas contra la víctima en caso de que ella se vaya, es suficiente para constituir retención y abducción y por tanto secuestro.

⁹³¹ Normalmente los agresores cumplen con las amenazas de muerte o lesiones que profieren en contra de las mujeres cuando éstas manifiestan su voluntad de irse y, en efecto, lo hacen. Sin ir más lejos, en España, entre los años 2013 y 2014, 164 mujeres fueron asesinadas en el marco relaciones de violencia de género, de las cuales 41 murieron a manos de sus ex parejas, es decir, una vez ellas habían abandonado la casa y la relación. Cifras del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad. Delegación para la violencia de género. Consultado en línea en: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es>.

c. Por último, otro tipo de agresiones de las que son víctimas las mujeres por parte de sus parejas en situaciones de tiranía, son las de índole sexual⁹³². Normalmente las mujeres son obligadas a mantener relaciones sexuales por sus parejas, son atacadas en su integridad sexual y/o forzadas a realizar actos sexualizados.

Históricamente la violencia sexual en el ámbito de la pareja no se consideraba una agresión. La idea de que una de las obligaciones de la mujer, dentro del matrimonio, era satisfacer a su marido sexualmente, que se veía positivada en el anacrónico concepto de *debito conyugal*, le daba al hombre un derecho de mantener relaciones, incluso mediadas por la fuerza, con su mujer, como manera de *cobrase* debito⁹³³. Por otra parte el arquetipo clásico referente a la honradez, entendida como virginidad, en los primeros años y exclusividad sexual, una vez casada, de la mujer, como ideal de moralidad femenina, contribuyó a que las agresiones sexuales en el ámbito de la pareja se normalizaran: el hombre adquiría todos los derechos sobre el cuerpo y la

⁹³² Así: *Vid.*: Sentencia del TSJ de Galicia (Sede: A Coruña) del 4 de marzo de 2011. *State v. Felton*. 1983. *R v. Humphreys*, 1995.

⁹³³ Hay muchas referencias al débito conyugal y de la sumisión de la mujer a la voluntad de su marido. Empezando por la Biblia: *Vid.*: 1 Corintios 7,3., Efesios 5,22., Tifo 2,12., 1 Pedro 3, 1-6. Esta idea se materializa en aquellas leyes que consagraban el matrimonio, como una excepción al delito de violación. Por ejemplo Sir Matthew Hale introdujo esta excepción en el derecho inglés: “el marido no puede ser culpado por el delito de violación en contra de su esposa, porque a través del consentimiento dado en el contrato de matrimonio, la mujer se ha entregado a su marido en todas las formas, incluida la sexual y, por tanto, no se puede retractar.”. *Vid.*: **HALE**, Matthew. *The history of the Pleas of the Crown*. Vol 1. Sollom Emlyn ed. England, 1778. p. 629. Sobre esta excepción en Estados Unidos durante el siglo XIX: *Vid.*: **HASDAY**, Jill Elaine. “Contest and consent: A legal history of Marital rape.” En: *California Law Rev.* Vol 88. 2000. pp. 1392 -1406. En España, por ejemplo, el CP. De 1948 consagraba el ejercicio del debito conyugal como eximente a la antijuridicidad del delito de violación. Al respecto: **ASÚA BATARRITA**, Adela. “Las Agresiones sexuales en el nuevo código penal: regulación jurídica e imágenes culturales”. En: *El nuevo código penal desde una perspectiva de género*. Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer. Vitoria, 1998, pp. 65 y 66. Sobre las posiciones de la doctrina española respecto a la violación entre cónyuges: *Vid.*: Por todos: **GIMBERNAT ORDEIG**, Enrique. “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el código penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria.”. En: *Estudios de derecho penal*. 3. Edic. Tecnos. Madrid, 1990. pp. 303 -305.

autonomía de su esposa⁹³⁴. Manifestaciones éstas de un “orden de moralidad” establecido en una sociedad patriarcal, fundamentada en ideas machistas y de desigualdad entre hombre y mujeres, que le otorgan a los primeros cierto poder sobre las segundas⁹³⁵.

Aunque estas ideas sean, como ya dijimos, anacrónicas y se hayan hecho esfuerzos por superarlas, a través de la búsqueda de un cambio de idiosincrasia y que el derecho, en general y el derecho penal en particular, ha sido una herramienta para generar este cambio⁹³⁶, la realidad es otra. Aún hoy esta

⁹³⁴ **ASÚA BATARRITA**, Adela. “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”. En: *Género, violencia y derecho*. (P. Laurenzo/ M.L. Maqueda/ A Rubio. Coords.). Editores del puerto. Buenos Aires. 2009. pp. 106 y 107. Sobre cómo la definición de roles del hombre y los de la mujer, han hecho que la violación por parte de la pareja sea ignorada y normalizada: *Vid.*: **KOSS**, Mary P. *et al.* *No save haven: Male violence against women at home, at work and in the community*. American Psychological Association. Washington D.C., 2002. p. 15

Esta idea de dominio absoluto del hombre sobre la mujer encuentra una de sus primeras manifestaciones en la Biblia: *Vid.*: Génesis, 3,16. Dios le dice a Eva que uno de sus castigos por haber comido del fruto prohibido es que va a ser dominada por su marido.

⁹³⁵ Al respecto: **KOSS et.al.** (2002). *op. cit.* p. 6.

⁹³⁶ Al respecto: **HASDAY**. (2000). *op. cit.* pp. 1404 -1498. Un ejemplo de esfuerzo por generar un cambio en la concepción, a través del derecho, se ve materializado en la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C 285/97. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz: “La libertad sexual del cónyuge no puede considerarse disminuida por el hecho del matrimonio, pues de lo contrario se estaría en presencia de una forma de servidumbre, proscrita por la Constitución. Con el matrimonio se adquieren deberes civiles, pero no se enajena la persona. Por tanto, la conducta del agresor es tan injusta cuando la violencia sexual se ejerce sobre su cónyuge como cuando la víctima es un particular. El bien jurídico protegido con la sanción de los delitos de acceso y acto carnal violentos es la libertad sexual y la dignidad de la personas; tales bienes jurídicos no pueden entenderse disminuidos por la existencia de un vínculo matrimonial, de hecho o por el simple conocimiento sexual anterior.”. En la misma línea: *Vid.*: la tabla elaborada por Connerton que contiene todos los estatutos penales de los estados de Estados Unidos que han ido aboliendo la “*marital rape exception*”. **CONNERTON**, Kelly C. “The resurgence of the marital rape exception: The victimization of teens by their statutory rapists.”. En: *Albany Law Rev.* No. 61. 1997. p. 284. Para una completa exposición de la evolución de la jurisprudencia española en esta materia: *vid.*: **ASÚA BATARRITA**, Adela. “Violencia sexual y maltrato habitual en la pareja. Líneas de evolución del discurso jurisprudencial.”. En: *Discriminación y Género. Las formas de violencia*. Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2011. pp. 89 – 93.

construcción sigue vigente en la sociedad y la mayor muestra de ello es el hecho de que las mujeres siguen siendo agredidas sexualmente por su parejas y éstas siguen utilizando la violencia sexual como forma de control y dominio, sintiéndose en su derecho de ejercerla sobre sus compañeras.

El ataque sexual no es sólo una agresión física, no es solamente un ataque contra el cuerpo de la mujer, es también un atentado contra su libertad de autodeterminación, entendida en el sentido de libertad de ejercer de manera libre su sexualidad y de la facultad de decisión que tiene en el marco de su relación de pareja. Esto a su vez, como bien lo advierte Asúa Batarrita, constituye un ataque contra la dignidad porque “lo sexual es lo conectado a uno de los reductos más preciados de las relaciones interpersonales, donde se vuelcan aspectos esenciales de la propia identidad. Avasallar este reducto, constituye una vejación flagrante de la personalidad.”⁹³⁷.

La situación fáctica que nos ocupa, en otras palabras, las relaciones de tiranía que son objeto de este trabajo, resultan siendo ejemplos claros de que el “orden social y moral” sigue siendo el mismo. Y no sólo esto, también son la prueba fehaciente de que la violencia sexual una forma de limitación de la autonomía de la víctima, una forma de control (dominación), que no es nada diferente a una demostración más del poderío del tirano.

Quizás los ejemplos más dramáticos de agresiones sexuales los encontramos en los casos *State v. Norman*, *People v. Emick*, *State v. Gallegos* y en la STSe. del 16 de noviembre de 1933. En el primer caso, JT Norman obligaba a su mujer, Judy Norman, a prostituirse en una estación de servicio, mientras que en *People v. Emick*, el agresor accedía carnalmente a su esposa con diferentes objetos, entre ellos la aspiradora, cuchillos, agujas de tejer y una bobina de inmersión. Por su parte, en *State v. Gallegos*, el tirano sodomizaba a su mujer, causándole, además,

⁹³⁷ ASÚA BATARRITA. (2009). *op. cit.* p. 133.

lesiones y hemorragias anales y en el caso español, el padre de la procesada la violaba de manera reiterada.

d. Como ha quedado claro, en el marco de las relaciones de tiranía hay diferentes tipos de agresiones ilegítimas, todas ellas dirigidas a consolidar la posición de dominio del tirano sobre la mujer⁹³⁸.

La violencia física es utilizada como castigo o advertencia, dependiendo de la voluntad del agresor. Es decir, la violencia física se constituye como una amenaza, una demostración de lo que es capaz de ser y hacer el agresor, generando así un miedo constante en la mujer y, por ello, una situación de obediencia obligada en la que ella, con tal de evitar que se repitan los episodios de violencia física, va a seguir las órdenes y a cumplir todos los caprichos de su marido.

La violencia psicológica, más precisamente las amenazas, resultan el medio idóneo para someter a la mujer y reducirla a su mínima expresión, facilitando la permanencia del agresor en la posición dominante. Las amenazas van a evitar que la mujer realice cualquier acto de liberación, es decir, que se rebele contra la tiranía de la que es víctima. Esta labor de persuasión que cumplen las amenazas se va a ver complementada por la violencia física que, en este espacio, actúa como refuerzo de dicha persuasión, en la medida en que se presenta como una

⁹³⁸ A la luz de la legislación española, además de los delitos de lesiones, violación, amenazas y privación de la libertad, se configuraría también la conducta descrita en el art. 173.2 del CPe. relativa a la violencia física o psíquica ejercida de manera habitual, en estos casos, contra cónyuge o persona que ha estado ligada al agresor por una relación de afectividad análoga al matrimonio. La configuración de este delito no bloquea las posibilidades de concurso con los otros delitos que se configuran en este caso, por varias razones. La primera porque el mismo tipo penal permite ser concursado con otros actos de violencia física y psíquica ("sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica") y en segundo lugar porque el art. 177 del CPe. establece claramente que cualquier atentado contra la vida, la integridad, la salud y la libertad sexual, puede ser imputado, a la vez, con el delito del 173.2. del CPe.

pequeña demostración de que las amenazas pueden llegar a materializarse. Por otra parte, como ya quedó claro, esta consunción de amenazas y violencia física va a ser el medio para privar de libertad a la mujer.

Por último, la violencia sexual se convierte en el arma cúlmine del tirano para demostrar su poderío, su dominio y su control sobre la mujer. Cuando el agresor ataca sexualmente a su compañera le está enviando un mensaje claro: “tú me perteneces y, por tanto, hago con tu cuerpo lo que yo quiera”; situación en la que, como es evidente, el consentimiento y la voluntad de la mujer no juegan ningún papel.

b.) La actualidad de la agresión.

Como ya ha quedado claro, hay varias agresiones en contra de la mujer tiranizada, lo que quiere decir que, en efecto, en estos casos, se cumple el primer requisito para la configuración de la legítima defensa, es decir, la existencia de una agresión ilegítima. Sin embargo, en este punto es importante explicar por qué esta agresión es actual, en el sentido de la causa de justificación.

Siguiendo lo establecido en páginas anteriores, son actuales las agresiones inminentes, las que están en curso y aquellas denominadas “agresiones continuas”, contra las que cabría una acción defensiva en cualquier momento previo a que se materialice la lesión al bien jurídico, que es el momento en el que finaliza la agresión⁹³⁹.

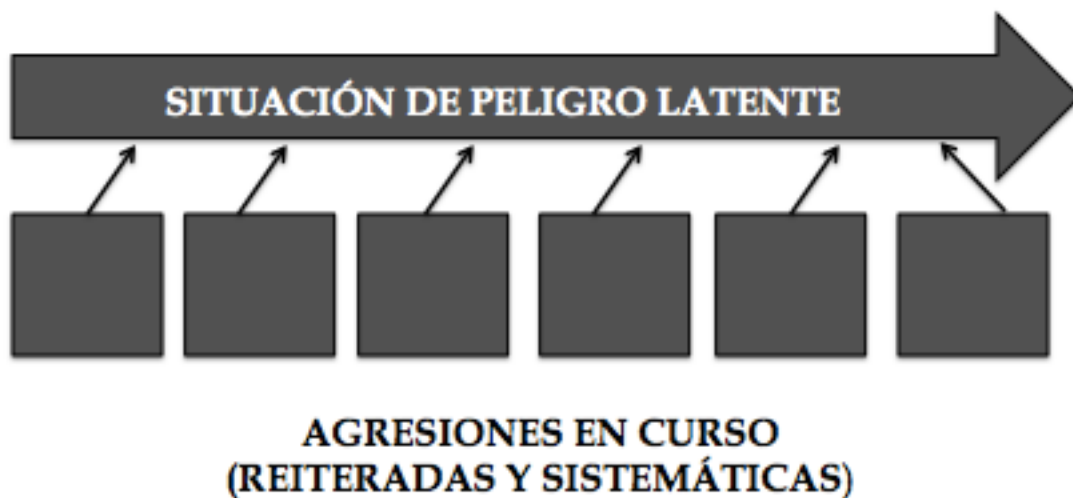
Las agresiones continuas se caracterizan por extenderse en el tiempo. Ejemplo clásico de éstas son los ataques contra la libertad, que son delitos de ejecución o consumación permanente. Pero además, a nuestro modo de ver, aparte de las

⁹³⁹ Vid.: *Supra*. Tercera parte. Capítulo primero. I.2.A.)

agresiones permanentes, hay agresiones continuas cuando a través de varias agresiones sistematizadas, se genera una situación de peligro latente para los bienes del agresor. Estas agresiones están compuestas por dos elementos. El primero son los ataques o agresiones sistemáticas que inician y terminan de manera inmediata (agresiones en curso) y el segundo, un peligro constante para los bienes jurídicos, que normalmente se genera cuando hay agresiones sistemáticas y reiteradas⁹⁴⁰.

Este sería el modelo de este tipo de agresión continua, expresado gráficamente:

Imagen 1.



En nuestra opinión, en los grupos de casos que nos ocupan se configuran los dos tipos de agresiones continuas.

⁹⁴⁰ Múko/ERB. (2003). *op. cit.* §32/102. Cuya definición de agresión continua se ajusta a esta descripción. Sin embargo, este autor considera que ésta es la definición general de agresión continua y, por ejemplo, una agresión a través de delitos permanentes es una manifestación de ella. Consideramos que esto es errado porque en las situaciones de agresión continua cuando hay un peligro latente para el bien jurídico, lo que configura la continuidad del ataque es la existencia de ese peligro, mientras que en las agresiones permanentes hay una agresión constante para el bien jurídico. Estas últimas no son una modalidad de la primera. Ambas son manifestaciones de la idea general de que la agresión es continua cuando la situación antijurídica se extiende en el tiempo.

En primer lugar, se da una situación de peligro latente para los bienes jurídicos⁹⁴¹. Como ha quedado claro, se dan agresiones sistemáticas, entendidas como agresiones en curso, tales como los episodios de violencia física y las agresiones de índole sexual, cuya realización, no solamente mancilla los bienes jurídicos integridad y libertad sexual, sino que su sistematicidad y reiteración generan un peligro para estos bienes jurídicos⁹⁴². El hecho de que el tirano realice estas conductas de manera reiterada y sistemática, indica que las va a continuar haciendo, lo que evidentemente pone en riesgo a los bienes jurídicos protegidos a través de la tipificación de las conductas punibles realizadas⁹⁴³. Pero, además, generan un peligro para la vida de la mujer. Los constantes malos tratos físicos (y acá incluimos las agresiones sexuales en si manifestación de violencia física) constituyen un peligro para la vida, debido a que cualquier exceso en su realización, puede generar la muerte de la mujer⁹⁴⁴.

Sumado a lo anterior, se materializa también una detención ilegal, que es la manifestación clásica de un ataque contra la libertad. Conducta delictiva ésta, que tiene una virtualidad especial: la permanencia⁹⁴⁵. Esta permanencia va a cumplir dos funciones. La primera, consistente en potenciar el peligro en el que

⁹⁴¹ Respecto a la existencia de un peligro latente o continuo no hay duda alguna. La doctrina es unánime al reconocer que en estos casos hay un peligro continuo (*Dauergefahr*). Tanto aquellos que encuentran la solución en sede de un estado de necesidad defensivo, como aquellos que se decantan por la vía del estado de necesidad exculpante, un error sobre éste o el miedo insuperable, reconocen que hay un peligro.

⁹⁴² Sobre la posibilidad de acciones defensivas en situaciones en las que se repite un acto de lesiones en un determinado contexto espacio temporal, *Vid.: Müko/ERB*. (2003). *op. cit.* §32/103. En la misma línea: **REYES ECHANDÍA**. (1981). *op. cit.* p. 147.

⁹⁴³ **DOWNS** and **GERSTMANN**. (1996). *op.cit.* p. 224. "Toda la evidencia sobre los agresores confirma que cuando el maltrato es su *modus operandi*, es razonable asumir que va a suceder de nuevo." En la misma línea: **GILLESPIE**. (1989). *op. cit.* p. 53.

⁹⁴⁴ Como bien lo afirman **OGLE** y **JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 676/3040, "Ciertamente, una víctima puede morir durante cualquier episodio de maltrato. Por ejemplo, los golpes en el torso o en la cabeza pueden causarle, fácilmente, heridas fatales en los órganos internos (...)"

⁹⁴⁵ Esto quiere decir que el delito se perfecciona en el momento que el sujeto pasivo pierde la libertad, pero se consuma cuando la recupera. Lo que implica que se da una agresión extendida en el tiempo. Al respecto: *Vid: RAGUÉS i VALLÉS*, Ramon. "Delitos contra la libertad". En: *Lecciones de derecho penal*. 4. Ed. Atelier. Barcelona, 2015. p. 97.

se encuentran los demás bienes jurídicos, porque las agresiones sistemáticas son más fáciles de cometer en el marco de una detención ilegal que se lleva a cabo en la propia casa de la víctima⁹⁴⁶. Y la segunda función, posibilitar que se ejerza una acción defensiva contra ella, de manera individual, precisamente por su carácter permanente. Dicho de otro modo, la detención ilegal entonces va a potenciar el peligro en el que se encuentran los bienes jurídicos y va a constituir *per sé* una agresión continuá, por ser un delito de ejecución permanente y, por ello, se puede ejercer una acción defensiva contra ésta, en cualquier momento⁹⁴⁷.

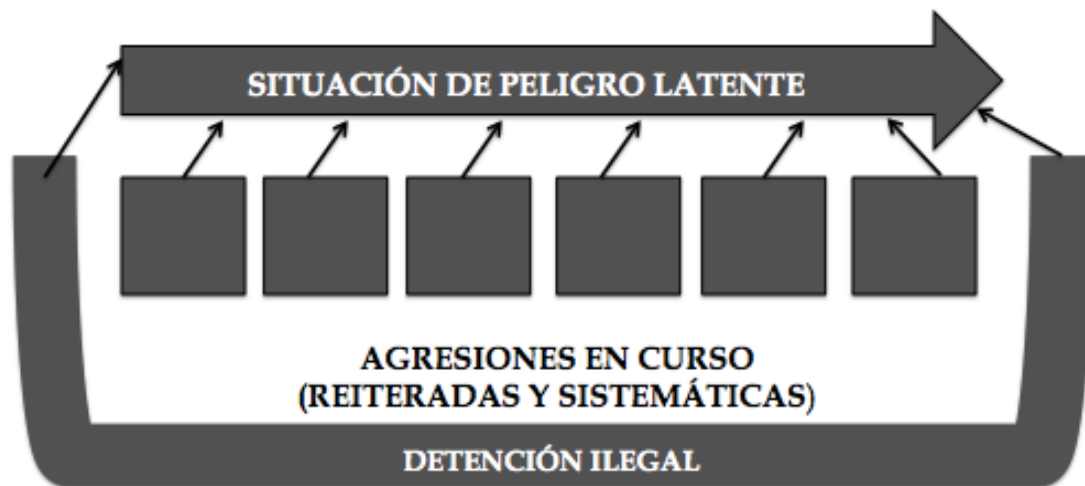
Entonces, si en el caso de la mujer maltratada en el marco de una relación de tiranía privada, se configura, una situación de peligro latente para los bienes jurídicos de ella, y a la vez, una agresión permanente contra la libertad, y ambas situaciones son modalidades de agresiones continuadas, se puede afirmar que en nuestro universo de casos hay una “gran agresión” continua⁹⁴⁸. Esta situación se vería gráficamente, de la siguiente manera:

⁹⁴⁶ En una línea similar: **KOSS**. *et al.* (2002). *op. cit.* p. 41.

⁹⁴⁷ Esto es así porque el estado antijurídico se prolonga en el tiempo.

⁹⁴⁸ Esta sería, a nuestro juicio, una materialización de la idea planteada por Asúa Batarrita, referente a que “en determinados ámbitos [como el doméstico], la lesión al <bien jurídico tutelado> no se produce en un instante temporal, sino a través de un *continuum* de manifestaciones que conforman el desprecio a los derechos de la víctima. En relación a la tutela de la autonomía de decisión, estas [sic] situaciones no son excepcionales y no pueden circunscribirse al clásico supuesto de <detención ilegal> como prototipo del delito permanente”. *Vid.*: **ASÚA BATARRITA**. (2009). *op. cit.* p. 105.

Imagen 2.



Sumado a lo anterior, las agresiones en curso actúan como un refuerzo de la existencia de la detención ilegal. Lo que nos lleva a concluir que, en estos casos, hay una relación de complementariedad entre las agresiones y el peligro, que van a configurar la gran agresión continua de la que es víctima la mujer tiranizada.

En conclusión, si las agresiones continuas son entendidas como agresiones actuales, en el sentido de la legítima defensa, y si la mujer tiranizada es víctima, no sólo de una agresión continúa, sino de dos, que van a conformar lo que hemos denominado la “gran agresión”, entonces nos encontramos en sede de una agresión actual, cumpliéndose el segundo requisito de configuración de la legítima defensa.

Así, damos respuesta al argumento contrario a la aplicación de la legítima defensa referente a la inexistencia de actualidad de la agresión. Como crítica a ese argumento, diremos que quienes lo defienden parten de una idea errada que consiste en asimilar la actualidad de la agresión a la situación de confrontación. Si esto es así, entonces lo lógico sería afirmar que sin confrontación directa no hay agresión. Pero, al existir agresiones continuas, la

confrontación se da en algunos momentos y cesa en otros, aunque sigue existiendo la agresión. El hecho de que cese la confrontación, no quiere decir, por fuerza, que cese siempre la agresión.

Todo lo anterior, nos lleva a adelantar, parcialmente, la primera conclusión de esta parte trabajo: una agresión, para constituirse como tal, no siempre implica confrontación.

B.) Necesidad de la acción defensiva.

Otra crítica que se le hace a la aplicación de la legítima defensa en estos casos es que la acción defensiva de la mujer (matar al agresor) no es necesaria. Y esta innecesaridad se fundamenta en el hecho de que la mujer tiene otras vías para salvaguardar sus bienes jurídicos: recurrir a la ayuda estatal y/o a la ayuda de personas externas a la relación o irse de la casa, aprovechando además, que el agresor está dormido⁹⁴⁹. Sin embargo estas vías alternas aparentemente sencillas de tomar, no lo son en realidad debido al tipo de agresión que sufrido por las víctimas. Al estar encerradas tras los barrotes invisibles que ha construido el agresor, estas vías de salida tienen exactamente la misma utilidad que tienen en los casos de detenciones ilegales en los que la víctima está encerrada, es decir, en los que la libertad de la víctima está restringida por barreras físicas: ninguna.

a. A simple vista, parece fácil que la mujer tome el teléfono y llame a la policía o, cuando salga a hacer alguna diligencia, se dirija a la comisaría y entable una denuncia en contra de su agresor, más, cuando, actualmente, hay líneas de atención que sólo se encargan de casos de violencia doméstica, jueces y fiscales especializados, páginas de internet que contienen información e instrucciones para buscar ayuda. etc. Sin embargo, no debemos olvidar que la mujer está

⁹⁴⁹ Siendo este el momento en que, en nuestro universo de casos, la mujer mata al agresor.

privada de su libertad a través de un medio muy poderoso: el miedo, cuya herramienta son las amenazas de muerte en su contra.

La mujer no denuncia o no busca ayuda estatal porque tiene miedo de la reacción que tendrá su marido cuando este se entere de lo que ella ha hecho. Y, de nuevo, este miedo no es infundado. El agresor se encarga de evitar un acto de resistencia de la mujer, que sería el recurrir a la ayuda estatal, porque no tolera el hecho de que se le quite el poder que tiene sobre la víctima tiranizada⁹⁵⁰.

Así, el tirano va a evitar este acto de resistencia a través de medidas coercitivas, tales como el incremento de las amenazas. Por ejemplo, promesas de seguir a la mujer a donde vaya, para acabar con su vida, como en caso de Judy Norman, en el de la procesada en el *Haustyrannen-Fall* y el de Shelia Beasley; o amenazas de muerte para evitar que se vaya de la casa, como en el caso de Bárbara Sheehan⁹⁵¹. Pero él no puede permitir que se dude de la veracidad de sus amenazas, porque de este modo perderían su poder coercitivo⁹⁵². Por eso va a incrementar el nivel de violencia para mostrar su intención, y lo más importante, su capacidad de cumplirlas. De igual modo, en ocasiones va a demeritar la capacidad de respuesta del Estado, a los ojos de la mujer⁹⁵³.

Y si pese a las dificultades, la víctima recurrió a la ayuda estatal, se va a encontrar con otros obstáculos.

⁹⁵⁰ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* p. 791, quien agrega que además de impedir que le quiten el poder sobre la víctima, el tirano lo que intenta es que la relación no se guíe por ninguna otra “ley” que la que él ha impuesto.

⁹⁵¹ El marido de Bárbara Sheehan amenazó con matarla si ella salía de la casa.

⁹⁵² **OGLE y JACOBS.** (2002). *op. cit.* pos. 1177/3040.

⁹⁵³ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* pp. 778 -779.

El primero de ellos es que, en ocasiones, la respuesta estatal es inútil. La policía o no llega, o no actúa como debería hacerlo. Ello es el resultado de la normalización histórica que se le ha dado a la violencia contra la mujer.

Por otra parte, la privacidad característica del entorno familiar ha hecho que éste se proteja de intervenciones estatales, lo cual también puede ser un factor que influye en el hecho de que la policía y los jueces traten de evitar interferir en la “privacidad del hogar”.

Así por ejemplo, en el caso de Judy Norman los alguaciles llegaron a su casa, tras una llamada que ella hizo, pero le dijeron que no podían hacer nada sin una orden en contra de su marido y se fueron. En el caso *Wonrrow*, los policías no arrestaron al presunto agresor, aduciendo que sólo podían realizar el arresto el lunes siguiente. De igual manera, en el caso *State v. Gallegos*, y según el testimonio de la defendida, cuando los vecinos de la pareja llamaron a la policía, ésta decidió no intervenir porque no habían presenciado los hechos⁹⁵⁴. En el caso *People v. Beasley*’93, la defendida había llamado varias veces a la policía y no había obtenido ayuda.

En el caso *State v. Branchal*’84⁹⁵⁵, Loretta Branchal fue víctima de malos tratos y de amenazas en su contra, en contra de su hija y de su madre, por parte de su compañero, Benjie Romero. Él la golpeaba con tablas, solía ser agresivo con los demás miembros de la familia: en una ocasión rompió todas las ventanas de la casa de su madre y, en otra, lanzó a su hija pequeña dentro de un corral de cerdos, a merced de un cerdo bastante grande. De igual manera, Romero disparó a Branchal con un rifle de largo alcance. En varias ocasiones Loretta

⁹⁵⁴ Supreme Court of New Mexico. *State v. Gallegos*, 1986-NMCA-004, 104 N.M. 247, 719 P.2d 1268 (Ct. App. 1986). Este elemento no se menciona en la narración de los hechos realizada en páginas anteriores, porque dentro del fallo se hace referencia a éste en el apartado de las consideraciones de la Corte, cuando se resume el testimonio de la procesada.

⁹⁵⁵ Corte de Apelaciones de Nuevo México. *State v. Branchal*, 684 P.2d 1163 (1984).

llamó a la policía buscando ayuda, pero no la recibió porque le dijeron que tratara de resolver sus problemas privados con los miembros de su familia⁹⁵⁶.

Otro caso que pone en evidencia la inactividad de las autoridades, es el de Luciana. Este caso tuvo lugar en la ciudad de Córdoba en Argentina. Luciana fue víctima de malos tratos por parte de su pareja durante cuatro años. Cuando por fin se animó a denunciar, el policía que la atendió en la comisaría trató de persuadirla, le dijo que pensara bien lo que estaba haciendo, porque el hecho de denunciar a su agresor podría hacer que éste perdiera el trabajo y ella se quedara sin manutención⁹⁵⁷.

En segundo lugar, en los casos en que la mujer entabla alguna denuncia, querrella o demanda de divorcio, el agresor incrementa la violencia física en su contra, incluso llegando a matarla.

Recurrir a estas ayudas es una manera que tiene ella de revelarse ante la tiranía. El hecho de que lo haya conseguido (o lo haya intentado) implica una pérdida, así sea mínima, de poder por parte del tirano, y éste debe recuperarlo, porque la mujer al denunciar o tomar medidas para irse de la casa y dejar la relación, tales como solicitar el divorcio o iniciar trámites para hacerlo, le demuestra al agresor que ella no le teme tanto como debería, y que ya no se encuentra del todo sometida a su poder. En miras de ello, el tirano va a incrementar el nivel de violencia en contra de la mujer⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ Esto también evidencia cómo la idea de que los problemas de pareja son situaciones del ámbito privado de las personas, impide que las mujeres tengan acceso a la justicia y/o obtengan ayuda de las autoridades.

⁹⁵⁷ Caso narrado en: **CARBAJAL**, Mariana. *Maltratadas: violencia de género en las relaciones de pareja*. Aguilar. Argentina, 2014. p. 125.

⁹⁵⁸ **OGLE y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 1229/3040. **LARRAURI**, Elena. "¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?". En: *Mujeres y sistema penal*. BdeF. Buenos Aires, 2008. p. 104.

En esta línea encontramos el caso de *Almond Leslie*, quien fue víctima de violencia reiterada en su contra por parte de su pareja, *Ronald Baxter*. Él la golpeaba durante largos periodos de tiempo, la violaba y, durante los ataques de índole sexual, le introducía tubos de desodorante y pepinos por la vagina. Luego de un episodio de maltrato, en el que Ronald la golpeó, por más de una hora, *Almond* trató de llamar a la policía y *Baxter*, para impedirlo, la intentó ahogar con el cable del teléfono⁹⁵⁹. Por su parte, Janice Leidholm (*State v. Leidholm* '83) trató de llamar al Sheriff, pero su marido la empujó y la lanzó al suelo. Situación similar fue la que desencadenó la muerte de una mujer en Chamartín, distrito de Madrid, a manos de su esposo, en abril del año 2012. Ella había contactado con un abogado para solicitar el divorcio y su marido la mató, antes de que pudiera instaurar la demanda⁹⁶⁰.

Ahora, suponiendo que la mujer logra superar todas la barreras arriba narradas, y que logra instaurar una denuncia, ésta normalmente no evita que vuelvan a ser agredidas o que sus parejas o ex parejas las maten. Esta última situación se puede ilustrar mejor con estadísticas y ello lo haremos a través de las estadísticas de los últimos cinco años (2011-2015) en España, en donde existe un alto número de mujeres que han sido asesinadas por sus parejas o ex parejas, habiendo instaurado una denuncia en su contra⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ *Almond* acuchilló a su pareja luego de que se despertó porque él estaba tratando de introducirle un frasco de desodorante por la vagina. Tuvieron un enfrentamiento en el que él la empujó y la golpeo, ella fue a la cocina por un cuchillo, él la empujó y ella lo apuñaló. Caso narrado en: **EWING**. (1989). *op. cit.* p. 100.

⁹⁶⁰ *Vid.*: "La mujer asesinada en Prosperidad iba a presentar una demanda de separación". En: Diario 20 Minutos. Consultado en línea en: <http://www.20minutos.es/noticia/1398380/0/mujerasesinada/prosperidad/separarse/#xtor=AD-15&xts=467263>

⁹⁶¹ Es posible que no todos estos casos sean situaciones de tiranía privada, pero lo que se pretende a través de las estadísticas ejemplificar e ilustrar la situación de las mujeres maltratadas en España durante los años 2011 y 2015. Es una situación generalizada que, las mujeres víctimas de tiranía privada, también vivieron.

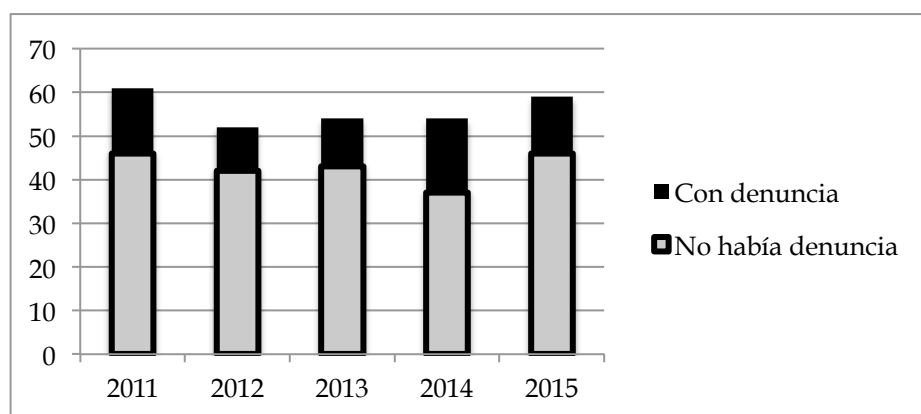
Durante este periodo de tiempo en España, han sido asesinadas 280 mujeres a manos de sus parejas o ex parejas. Cifra esta que se reparte, por año, de la siguiente manera:

Cuadro 3.

AÑO	2011	2012	2013	2014	2015
NÚMERO DE VÍCTIMAS MORTALES⁹⁶²	61	52	54	54	59

Veamos ahora cuántas de éstas mujeres habían instaurado una denuncia en contra de su agresor, en el periodo de tiempo comprendido entre los años 2011 y 2015.

Gráfico 1⁹⁶³.



Las conclusiones que se pueden extraer del análisis de las estadísticas, se resumen en el siguiente cuadro:

⁹⁶² Todas las Cifras son del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad de España. Consultadas en línea: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=10>

⁹⁶³ Gráfico propio. Estadísticas del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad de España. Consultadas en línea: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=10>

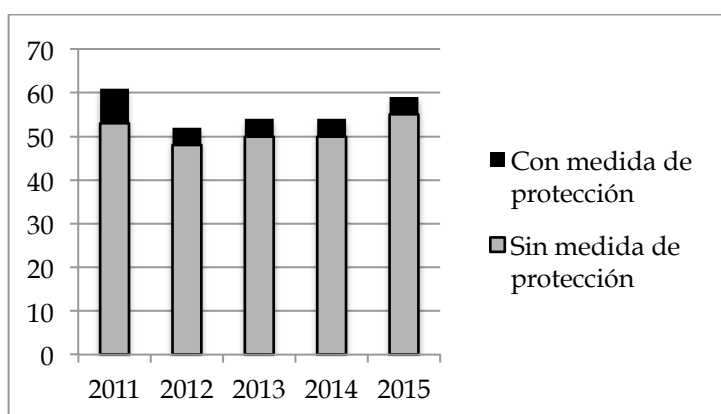
Cuadro 4⁹⁶⁴.

AÑO	TOTAL DE VÍCTIMAS MORTALES	CON DENUNCIA	PORCENTAJE DE VÍCTIMAS MORTALES QUE HABÍAN DENUNCIADO/TOTAL DE VÍCTIMAS MORTALES
2011	61	15	24.59%
2012	52	10	19,23%
2013	54	11	20.37%
2014	54	17	31.48%
2015	59	13	22.03%
TOTAL	280	66	22.5%

El promedio anual de mujeres asesinadas que han denunciado es del 23.54% .

Ahora bien, algo similar sucede con las órdenes de protección. Veámos cuántas mujeres, del total de las que murieron en España (cuadro 3.), entre los años 2012 y 2015, tenían una medida de protección en vigor⁹⁶⁵:

Gráfico 2⁹⁶⁶.



⁹⁶⁴ Valor aproximado según el tercer decimal.

⁹⁶⁵ Los datos de las medidas de protección fueron obtenidos en línea en: <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>.

⁹⁶⁶ Gráfico propio. Estadísticas del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad de España. Consultadas en línea: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=10>

En términos porcentuales, la situación es la siguiente:

Cuadro 5.

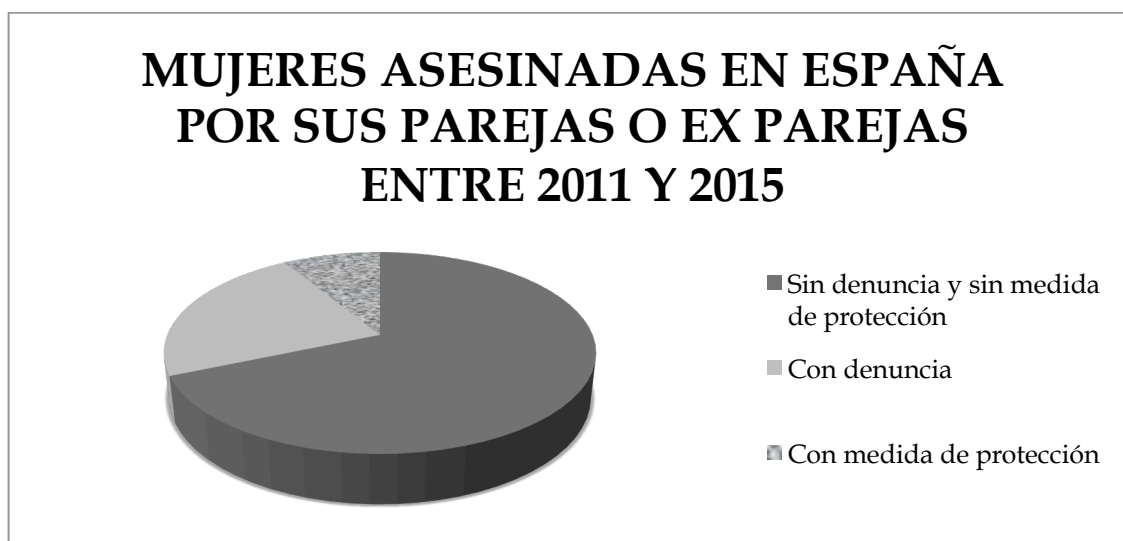
AÑO	TOTAL DE VÍCTIMAS MORTALES	CON MEDIDA DE PROTECCIÓN	PORCENTAJE ⁹⁶⁷ DE VÍCTIMAS MORTALES QUE TENÍAN MEDIDA DE PROTECCIÓN/TOTAL DE VÍCTIMAS MORTALES
2011	61	8	13.11 %
2012	52	4	7,69%
2013	54	4	7.4%
2014	54	4	7.4%
2015	59	4	6,7%
TOTAL	280	24	8.57%

El promedio anual de mujeres asesinadas con medida de protección es del 8.46%

En términos generales, se puede afirmar que aproximadamente el 22.5% de las mujeres asesinadas entre 2011 y 2015 habían instaurado denuncia en contra del agresor, y que aproximadamente el 8.57% de las mujeres asesinadas entre 2011 y 2015 tenían medida de protección.

⁹⁶⁷ Valor aproximado según el tercer decimal.

Gráfico 3.



En síntesis de las 280 víctimas mortales a manos de sus parejas o ex parejas entre 2011 y 2015, aproximadamente el 31.07% había denunciado o tenía una orden de protección. En este punto es importante aclarar que no pretendemos afirmar que la denuncia y la medida de protección, en general, no sean útiles, sino que en los casos en los que el desenlace es la muerte de la mujer, éstas no parecen ser impedimento para que el agresor la mate⁹⁶⁸.

A manera de conclusión diremos entonces que recurrir a la ayuda estatal, que en una primera aproximación a casos como los que nos ocupan, parece ser una vía de salida, no lo es por, al menos, dos razones.

En primer lugar, porque el tirano doméstico va a utilizar el miedo, las amenazas y la violencia física, para evitar a toda costa que la mujer acceda a esta vía de salida. No debemos olvidar que la mujer víctima de una relación de tiranía privada se encuentra privada de su libertad, como ya ha quedado

⁹⁶⁸ Como es evidente, el número de mujeres asesinadas que no habían denunciado o que no tenían orden de protección es superior a las que sí habían recurrido de algún modo a la ayuda estatal. Sin embargo, esto no quiere decir que todas aquellas mujeres que no buscaron protección por parte del estado, estuvieran en capacidad de hacerlo.

establecido. Pero si por alguna razón logra hacerlo, el tirano va a preferir matar a la mujer antes que tolerar una intromisión por parte del poder estatal en su órbita de poder, que le va a impedir continuar con su conducta de dominio sobre la mujer. Matando a la mujer que ha denunciado o tiene una medida de protección, va a demostrar que nada ni nadie pueden arrebatarse este poder⁹⁶⁹.

En segundo lugar, porque cuando puede recurrir a la ayuda estatal la respuesta de las autoridades no siempre es inmediata ni es la correcta para este tipo de situaciones.

Otra de las opciones que, en principio, tendría la mujer, es la de recurrir a la ayuda de otras personas, tales como su familia o amigos. Parece ser una alternativa aún mejor que la anterior, porque normalmente se tiene mayor contacto con estas personas y no hay tanto riesgo al pedirles ayuda, como lo hay cuando se trata de solicitar la intervención estatal. Pero al igual que en la opción anterior, una de las razones por las que no parece posible que la mujer recurra a ayuda externa de familiares y amigos es el tipo de agresión de la que es víctima.

Como manifestamos en páginas anteriores, la mujer es víctima de una relación de tiranía privada⁹⁷⁰, una de cuyas características principales es evitar las coaliciones de la mujer.⁹⁷¹ Estas coaliciones hacen referencia a la búsqueda de apoyo y ayuda externos que el tirano va a evitar a toda costa porque no se puede arriesgar a que la tiranizada le dé información a una persona que, al no

⁹⁶⁹ **MASLOW COHEN.** (1996). *op. cit.* p. 778.

⁹⁷⁰ *Vid.: Supra.* Primera parte. Capítulo único. I.2.D.)

⁹⁷¹ La evitación de formación de coaliciones a través de amenazas es una manifestación más de la privación de libertad en la que se encuentra la mujer. De hecho, en algunos casos es tal el aislamiento en el que se encuentra la mujer, que durante el proceso es muy difícil demostrar la existencia de los episodios de maltrato, porque nadie conocía lo que verdaderamente sucedía en la relación. Al respecto: **OGLE y JACOBS.** (2002). *op. cit.* pos. 700/3040.

estar sujeta a su control, pueda darle un punto de vista real sobre la relación y mostrarle que tiene otras opciones⁹⁷².

En este punto las amenazas van a jugar un papel fundamental para evitar la formación de coaliciones y, de nuevo, a través de la violencia física va a castigar a la mujer por intentar formarlas.⁹⁷³.

Veamos lo anterior a través de ejemplos. Según los hechos probados que se narran en la Sentencia del LG de Offenburg del 24 .07. 2002, el marido de la acusada le prohibió, casi desde el inicio de la relación, estar en contacto con sus padres y amigos y, a raíz de sus celos enfermizos, la acusada fue despedida de su trabajo. Similar es el caso de Teresa Craig, quien se encontraba aislada de su familia y amigos y además no tenía medios económicos propios, porque le entregaba todo su dinero a su marido (*R. v. Craig*. 2011).

Lo mismo le sucedió a *Donna*, una mujer hija de inmigrantes albanos, que se casó con Frank y era víctima de malos tratos constantes por parte de su marido. Aparte de ello, él la había aislado de sus familiares y sus amigos de la comunidad albana. En una ocasión, cuando él escuchó que ella, durante una conversación telefónica, se estaba riendo, le arrebató el teléfono y la empujó. En ese momento iniciaron sus intentos por evitar que ella continuara con las relaciones que tenía o entablara nuevas. El modo que tuvo Frank para evitar que ella diera información sobre la relación a terceros, fue estando constantemente cerca de su mujer, incluso cuando su familia iba a visitarla (en una ocasión llegó a atacar a su suegra y a su cuñada). No le permitía estar a solas con nadie e hizo que perdiera su trabajo⁹⁷⁴.

⁹⁷² **MASLOW COHEN**. (1996). *op. cit.* p. 768. En la misma línea: **OGLE y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 1182/3040.

⁹⁷³ **OGLE y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 1183/3040.

⁹⁷⁴ *Donna* le disparó a su marido, mientras éste estaba durmiendo y no le fue reconocida la defensa de *Self defense*. Caso narrado en: **STARK**. (2007). *op. cit.* pp. 293 -303.

Es el mismo agresor el que impide a la víctima buscar ayuda externa, bien sea del Estado o de particulares cercanos. Ella, por miedo a la reacción violenta que le ha sido adelantada, a través de las amenazas y los episodios de violencia y conociendo las reacciones del tirano, va a evitar recurrir a estas ayudas para preservar, en algo, su integridad y su vida. Un ejemplo de esto lo encontramos en el caso *People v. Emick*. Durante el proceso, la acusada manifestó que no había buscado ayuda porque tenía miedo que su marido cumpliera la amenaza de matarla. Él le había dejado claro que la única manera en la que ella podía escapar de la relación era suicidándose o esperando a que él la matara⁹⁷⁵.

b. Son las mismas razones por las que la mujer no puede buscar ayuda (formar coaliciones externas), por las que no se va a poder ir de la casa. De nuevo, la mujer se encuentra privada de su libertad y cualquier intento de rebelión va a ser evitado por el tirano, por medio de amenazas de muerte y de la violencia física. No sobra recordar que, como bien afirma Diamond, si una mujer enfrenta amenazas creíbles de lesiones o muerte, si intenta irse de la casa, se encuentra aislada y privada de su libertad⁹⁷⁶.

Pero, adelantando cualquier contraargumento, suponiendo que pueda irse, su vida va a correr un mayor peligro, incluso, que estando en su casa. Anteriormente decíamos que cualquier actuación de la mujer para liberarse a sí misma del yugo del agresor va a ser, a los ojos de éste, una provocación y un desafío. Si la búsqueda de ayuda externa es una grave provocación, el irse de la casa es el acto máximo de rebeldía contra la tiranía, que va a generar unos altos niveles de ira y frustración en el agresor⁹⁷⁷. Esta ira y esta frustración van a desencadenar una reacción agresiva en contra de la mujer, que puede desembocar en su muerte.

⁹⁷⁵ Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Fourth Department. *People v. Emick* 103 A.D.2d 643 (1984). November 7, 1984.

⁹⁷⁶ **DIAMON**. (2002). *op.cit.* p. 766.

⁹⁷⁷ **FISHER, VIDMAR** and **ELLIS**. (1993). *op. cit.* p. 2139.

Lo anterior se traduce en el hecho de que la mujer va a correr un riesgo de muerte aún mayor del que ya corre, al irse de su casa, porque el agresor enfurecido la va a perseguir, la va a acosar, la va a atacar y, en ocasiones, la va a matar⁹⁷⁸. De nuevo, remitámonos a algunos ejemplos y a algunas estadísticas, para ilustrar esto.

En primer lugar, encontramos el caso de Corina, quien era víctima de maltratos constantes por parte de su pareja Weber. Él, como la mayoría de los agresores, la amenazaba constantemente diciéndole que si no estaba para siempre a su lado no iba a estar con nadie más y que “no iba a vivir para contarla”. Luego de mucho pensarlo, Corina se arriesgó y se fue de su casa, denunció a su agresor y solicitó el divorcio. Como resultado de la denuncia penal, le fueron impuestas a Weber medidas de prohibición de acercamiento a favor de ella y de sus dos niñas. En ese momento Weber empezó a acosar a Corina, la llamaba tantas veces al trabajo, que ella fue despedida. Weber incumplió la prohibición de acercamiento y la esperaba a la salida del colegio de las niñas, la seguía por la calle y cada vez que la veía, la amenazaba de muerte.

El 15 de julio de 2010 Weber fue condenado a seis meses de prisión por los episodios de violencia y amenazas en contra de Corina y sus hijas, pero la entrada a prisión le fue suspendida. Dos semanas después, Weber le disparó a Corina dos veces en el pecho y una en el abdomen a quemarropa en la puerta del colegio de las niñas: “Te dije que te iba a matar, puta”, le dijo⁹⁷⁹

Similar es el caso de una mujer que fue asesinada por su ex pareja en Sevilla en diciembre del año 2015. La víctima había denunciado a su ex pareja por malos

⁹⁷⁸ En esta línea: **GROPENGIEßER**. (2008). *op. cit.* p. 12. **FISHER, VIDMAR and ELLIS**. (1993). *op. cit.* pp. 2138 -2139. **BROWNE**. (1987). *op. cit.* pp. 109 -110.

⁹⁷⁹ Este caso tuvo lugar en Argentina y se encuentra narrado en: **CARBAJAL**. (2014). *op. cit.* pp. 130 -143. Corina estuvo internada en el hospital diecisiete días y, tras varias cirugías, salió adelante y sobrevivió. Weber fue condenado por tentativa de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas.

tratos y tenía una orden de protección. El agresor la mató, según los testigos, durante una confrontación física⁹⁸⁰.

En octubre de 2015, en Cúcuta – Colombia, Orlando Martínez Cristancho mató a su ex pareja, María del Pilar Roperó, a puñaladas. Luego de 8 años, ella había decidido terminar con la relación debido a los malos tratos a los que la sometía Martínez y había interpuesto denuncia por violencia intrafamiliar. Él la acechó durante un tiempo y, ante la negativa de ella de regresar a su lado, decidió matarla. La esperó en la esquina de su casa y le propinó varias puñaladas en presencia de su hija de diez años de edad⁹⁸¹.

Reforzando esto, encontramos que 98 de las 280 víctimas de violencia mortales de violencia de género, durante los años 2011 a 2015 en España⁹⁸², fueron asesinadas por sus ex parejas o estaban en fase de separación. De estas 98 mujeres asesinadas por sus ex parejas, 47 se encontraban en fase de separación y 42 habían denunciado⁹⁸³.

⁹⁸⁰ **MORA**, Antonio y **SANTANA** Txema. “Un hombre mata a su expareja de 36 años en Sevilla”. En: Diario El País. 9 de diciembre de 2015. Consultado en línea en: http://politica.elpais.com/politica/2015/12/09/actualidad/1449654633_959532.html

⁹⁸¹ “De once puñaladas mató a su expareja en Cúcuta”. En: Periódico el Universal. 9 de Octubre de 2015. Consultado en línea en: <http://www.eluniversal.com.co/colombia/cucuta/de-once-punaladas-mato-su-expareja-frente-su-hija-en-cucuta-208136>

⁹⁸² *Vid.: Supra*. Cuadro. 3.

⁹⁸³ En este punto es importante aclarar que no existen datos acerca de cuántas de ellas tenían orden de protección. Sólo hay datos de cuántas mujeres, de todas las que fueron asesinadas en este periodo de tiempo, la tenían. *Vid.: Supra*. Gráfico 2.

Cifras del Ministerio de Sanidad, servicios sociales e igualdad de España. Consultadas en línea en: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es>

Cuadro 6.

	2011	2012	2013	2014	2015	TOTAL	
NÚMERO DE VÍCTIMAS MORTALES A MANOS DE EX PAREJAS/NÚMERO TOTAL DE VÍCTIMAS MORTALES	12	8	9	11	11	51	
NÚMERO DE VÍCTIMAS MORTALES EN FASE DE SEPARACIÓN/NÚMERO TOTAL DE VÍCTIMAS MORTALES.	14	6	4	7	16	47	
TOTAL	26	14	13	18	17	98	

De ello se desprende que, de las 280 víctimas mortales en España entre 2011 y 2015, aproximadamente un 18.21% fueron asesinadas por sus ex parejas y un 16.785% lo fueron durante la fase de separación.

Gráfico 4.



El hecho de que haya un número relativamente elevado de víctimas que son asesinadas en fase de separación o por sus ex parejas pone de manifiesto que las

mujeres, aún yéndose de la casa, siguen corriendo peligro de muerte y que los agresores cumplen sus amenazas de perseguir a la mujer y matarla⁹⁸⁴.

Todo lo anterior fundamenta lo que afirmábamos anteriormente. En efecto, la separación es el momento más peligroso para la vida de la mujer, por ser – como hemos puesto ya de manifiesto – el acto de rebelión por excelencia. Según Martha Mahoney, quien construye el concepto de “ataque durante la separación” (*separation assault*), estas agresiones, en este preciso momento de la relación, son también manifestaciones del poder del tirano. Lo que los va a diferenciar de otros ataques, es que éstos están dirigidos a recuperar el poder, mientras que los que tienen lugar cuando la mujer aún está en la casa, están dirigidos a reafirmarlo⁹⁸⁵.

En otra línea existen, además de los mencionados, otros factores que les impiden a las mujeres irse de la casa. El primero de ellos es la existencia de hijos de la pareja y el segundo la dependencia económica que tiene la víctima respecto al agresor⁹⁸⁶.

En algunas ocasiones la mujer va a permanecer al lado del agresor para proteger a sus hijos, a quienes no se puede llevar con ella, porque no tiene recursos económicos para mantenerlos⁹⁸⁷. En este tipo de relaciones es normal que el agresor se haya hecho con el control del dinero y la mujer, o no tenga trabajo, o haya sido despedida de éste u obligada a renunciar, como manifestación de la evitación de formación de coaliciones externas por parte del

⁹⁸⁴ “Separarse de un individuo que amenaza a quien se va, de muerte, si lo hace, incrementa el riesgo del que se está tratando de huir.”. **BROWNE**. (1987). *op. cit.* p. 110. En la misma línea: **FORREL** and **MATTHEWS**. (2001). *op. cit.* p. 119.

⁹⁸⁵ Al respecto: *Vid.:* **MAHONEY**. (1991) *op.cit.* pp. 1 - 94.

⁹⁸⁶ Al respecto: **LARRAURI**. (2008)B. *op. cit.* pp. 102 -203. **KOSS**. *et al.* (2002). *op. cit.* p. 41. p. 86.

⁹⁸⁷ **SHULHOFER**. (1990). *op. cit.* p. 119. **EBER**, Loraine Patricia. “The battered wife’s dilemma: To kill or to be killed.” En: *The Hastings Law Journal*. Vol 32. 1981. p. 902. Esta fue la razón por la que Rita Felton (*State v. Felton* ’83) regresó a su casa, luego de diez meses de separación.

tirano de casa, a través de la que le impide a la mujer tener una independencia económica que le permitiría irse de la casa, sola o con sus hijos.

c. Respecto a nuestro universo de casos, se dice también que la reacción defensiva de la mujer no parece racional, en el sentido de que matar al agresor no es proporcional a la agresión de la que es víctima.

Una interpretación de la proporcionalidad entendida como “igualdad de armas” evidentemente va a generar que, en el caso de la mujer que mata a su agresor en una situación sin confrontación, no se configure este requisito, porque el hecho de utilizar un arma de fuego o arma blanca, contra un agresor dormido es abiertamente desproporcional.

No obstante lo anterior, como ya adelantábamos en páginas precedentes, consideramos que en la legítima defensa la idea de proporcionalidad no hace referencia a que, tras una ponderación de bienes jurídicos en conflicto, se establezca que la reacción defensiva fue desproporcionada o no, con respecto al ataque, atendiendo a la entidad de dichos bienes jurídicos en conflicto y, mucho menos, a la proporcionalidad material de los instrumentos utilizados. Por el contrario, consideramos que se debe entender en el sentido de que la acción o modalidad defensiva debe ser racionalmente necesaria a la luz del contexto en el que tienen lugar los hechos, dentro del que se deben analizar la situación concreta de las partes (análisis individualizador). Esto se traduce en preguntarse si, a la luz del caso concreto, la acción defensiva, en general, fue racionalmente necesaria y por ende, proporcional.

En los casos que nos ocupan, lo que habría que establecer entonces, es si el hecho de que la mujer mate a su agresor durante una situación sin confrontación es la reacción defensiva racionalmente necesaria dentro del contexto en el que ella se encuentra. Y si ello es así, entonces debemos, por fuerza concluir, que es proporcional.

La mujer es víctima de una agresión que pone en riesgo sus bienes jurídicos vida, integridad y libertad sexual, además de que lesiona constantemente su libertad de locomoción, lo que refuerza el peligro en el que se encuentran los primeros. De igual manera, como parte de esta “gran agresión”, estos mismos bienes jurídicos se lesionan de manera sistemática con cada episodio de violencia. Este tipo de agresión (a través del agresor mismo, que es quien la realiza), le impide recurrir a otras vías de ayuda. En otras palabras, es el propio agresor que, aparte de lesionar y poner en peligro sus bienes jurídicos, no le permite salvarse, como ha quedado establecido en páginas anteriores. Así existan otras vías, es el propio agresor el que bloquea el acceso de la mujer a ellas, por medio de los barrotes invisibles que él construye.

Entonces, si la mujer es víctima de una agresión continua, de la que no puede salvarse porque el mismo agresor se lo impide, se puede afirmar que la única manera de salvarse es, no sólo repeliendo la agresión, sino eliminando la barrera que le impide salvarse, es decir, el agresor mismo.

Y es esta misma la razón por la cual la acción defensiva se realiza en una situación sin confrontación. Una defensa de la mujer durante uno de los ataques va a ser entendida por el agresor como una provocación, un desafío directo a su poder⁹⁸⁸. Esto va a implicar que va a haber una escalada de violencia en contra de la mujer, como todas las veces que esta “desafía” o se rebela contra el tirano. Esto lo sabe perfectamente la mujer, quien, a la fuerza, ha aprendido a conocer las diferentes reacciones de su pareja: sabe cuándo la va a golpear, sabe qué actitudes desencadenan su violencia, es decir, conoce los patrones de conducta violenta del tirano⁹⁸⁹, que, al ser reiterados y sistemáticos, se hacen predecibles. Y con base en este conocimiento, es que va a tomar la decisión de ejercer su

⁹⁸⁸ OGLE Y JACOBS. (2002). *op. cit.* pos. 1167/3040. FORREL and MATTHEWS. (2001). *op. cit.* p. 206.

⁹⁸⁹ Al respecto: *Vid.:* LARRAURI. (2008)A. *op. cit.* p. 69. OGLE and JACOBS. (2002). pos. 892/3040. DUTTON. (1992). *op. cit.* p. 6. BROWNE. (1987). *op. cit.* p. 114 y 115.

acción defensiva en un momento en el que el hombre se encuentre, por ejemplo, dormido⁹⁹⁰.

Y es en este punto donde cobra sentido el argumento referente a que las mujeres matan con armas, porque no son equiparables en fuerza a los hombres⁹⁹¹. Si entendemos el medio de defensa no sólo como el instrumento, sino como la modalidad defensiva en general, matar con un arma en situación sin confrontación, en el contexto de una relación de tiranía privada en la que las opciones de salvación de la mujer están bloqueadas por el agresor mismo, podemos afirmar que el medio utilizado es racionalmente necesario en el contexto y, por tanto, proporcional.

d. Partiendo de lo expuesto, podemos concluir que la acción defensiva de la mujer es necesaria. En primer lugar, porque no tenía otros medios defensivos menos lesivos a los que recurrir sin ponerse a sí misma en peligro⁹⁹². Como ha quedado claro, el recurrir a las otras vías es un peligro para la mujer, porque como bien afirman Ogle y Jacobs, “las posibilidades de que la víctima sea asesinada, se incrementan cada vez que ella trata de hacer lo que todos esperamos y le exigimos que haga para ponerle fin a su situación de maltrato:

⁹⁹⁰ Larrauri considera que estos conocimientos especiales de la mujer deben ser tenidos en cuenta para determinar la inminencia de la agresión. Nosotros, por el contrario, creemos que son útiles para establecer la necesidad de la misma. Al respecto: *Vid.: LARRAURI. (2008)A. op. cit. p. 59. En la misma línea: LaFAVE. (2010). op. cit. p. 572. Supreme Court of Washington. State. v. Wanrow, 88 Wash. 2d 221, 559 P. 2d 548. (1977). En la instrucción al jurado se estableció que los conocimientos especiales de la víctima respecto a la reputación violenta del agresor, deberían ser tenidos en cuenta dentro del análisis de la configuración de la Self defense.*

⁹⁹¹ EDWARDS, Susan. “Descent into murder: Provocation’s structure . The prognosis for women who kill man who abused them.”. En: *The Journal of Criminal Law*. No. 71. 2006 -2007. p. 355. “cuando los hombres matan a las mujeres, lo hacen por medio de la fuerza física; cuando las mujeres matan a los hombres, lo hacen con armas”.

⁹⁹² JAKOBS. (1993). *op. cit.* §12/33.

irse o recurrir a los recursos sociales”⁹⁹³. De ello se desprende que a ella no podía, en su situación, recurrir a otras vías diferentes⁹⁹⁴.

Y en segundo lugar, porque el medio defensivo es proporcional, en el sentido de racionalmente necesario, en el contexto en el que tienen lugar los hechos. Es decir, en el marco de una relación de tiranía, donde el agresor bloquea todas las posibilidades de salvación por medio de la misma agresión, matar a éste en una situación sin confrontación, parece lo racionalmente necesario.

Todo ello lo sintetizan magistralmente Downs y Gerstmann cuando afirman que “la mujer se queda porque tiene buenas razones para quedarse y mata porque tiene que matar.”⁹⁹⁵.

Nuestra argumentación reafirma también algo que adelantábamos en páginas anteriores. No se trata de que la mujer crea razonablemente, como afirman algunos autores anglo norteamericanos, que no tiene otras opciones para salvarse, sino que en efecto, no las tiene, porque el agresor no se lo ha permitido. Y ello va a tener una importante implicación, ya que al no estar en sede de una creencia, sino de una realidad objetiva, no parece adecuado utilizar el SMM para fundamentar la existencia de la causa de ausencia de responsabilidad penal en estos casos. Y no sólo no es relevante porque no se trata de establecer la razonabilidad de una creencia, sino porque, precisamente por lo mismo, se va a evidenciar que la mujer no padece el SMM: ella no se va de la casa porque no puede, no porque haya desarrollado la condición de la indefensión aprendida.

⁹⁹³ **OGLE Y JACOBS**. (2002). *op. cit.* pos. 1123/3040.

⁹⁹⁴ Como bien lo afirma el BGH, exigirle que busque otras vías de salida, implica forzarla a tolerar una situación de maltrato. *Vid.*: Sentencia del BGH del 12 de agosto de 1966. NJW. 1966. p. 1825.

⁹⁹⁵ **DOWNS and GERSTMANN**. (1996). *op. cit.* p. 228.

C.) Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

Para que se reconozca la existencia de la legítima defensa se requiere que aquél que la ejerce no haya provocado un ataque en su contra, para poder reaccionar frente a éste y así alegar a su favor la existencia de esta causa de justificación.

Es absurdo pensar que en nuestro universo de casos este requisito no se configure. Afirmar lo contrario equivale a decir que la mujer provocó la conducta violenta de su agresor, lo cual es impensable en el marco de la violencia doméstica en general y en situaciones de tiranía privada, en particular.

Sin embargo, aunque anacrónicas, aún se alzan voces que afirman que el hombre maltrata a la mujer, porque ella lo provoca, al no comportarse como culturalmente se ha entendido que debe hacerlo⁹⁹⁶. Lo que equivale a decir que la mujer se merece la violencia de la que es víctima. De igual manera, en ocasiones es el propio agresor el que alega que la mujer provocó su reacción violenta⁹⁹⁷.

Pero todo ello no puede estar más lejos de la realidad. En estos casos no se le pueden atribuir las razones de la conducta violenta a nadie diferente al agresor, porque el tipo de violencia de las que son víctimas las mujeres que se encuentran tiranizadas por sus parejas se fundamenta en la necesidad de dominio y control absoluto sobre el otro (en este caso sus compañeras

⁹⁹⁶ Esto le sucedió a Luciana, quien después de un altercado grave con su pareja, durante el cual él la agredió físicamente, fue a pedirle ayuda a sus suegros. Ellos le preguntaron que si no había hecho nada para incitarlo a él a pegarle a ella de esa manera. Esta situación se encuentra narrada en: **CARBAJAL**. (2014). *op. cit.* p. 124. Sobre los mitos culturales como refuerzo de la violencia contra las mujeres: *Vid.*: **KOSS. et al.** (2002). *op. cit.* p. 7.

⁹⁹⁷ **SHEPARD**, Melanie. "Feminist practice principles for social work intervention in wife abuse". En: *AFFILIA: Journal of Women and Social Work*. Vol 6. No. 2. 1991. pp. 91 – 92.

sentimentales) que tienen algunos maltratadores. Así, el hombre es el que decide, guiado por unos estándares culturales errados, que la mujer está actuando mal y ha provocado su ira, cuando la realidad es diferente. La mujer ni ha actuado mal, ni ha provocado al agresor, esta percepción errada de él es fruto de sus ideas machistas y su necesidad de control y dominio. No hay que olvidar que uno de los disparadores de episodios de violencia en la mayoría de situaciones de violencia doméstica es que el hombre decide que la mujer no le está obedeciendo o que no hace las cosas como a él le parece que deben hacerse.

Estas concepciones erradas se conocen como los mitos o estereotipos sobre la violencia contra las mujeres, que normalmente son utilizados para minimizar o justificar dicha conducta⁹⁹⁸. Encuentran su razón de ser en ideas, que han venido siendo reforzadas desde tiempos bíblicos, relativas a que la mujer le debe obediencia al hombre, a que ella es propiedad de éste o a que la mujer es un ser inferior con respecto a su congénere. Por desgracia, aún se encuentran arraigadas en el imaginario colectivo y tienden a normalizar la violencia contra la mujer, al erigirla como un castigo a la desobediencia de los estándares socio-culturales y legitimarla como una manera válida de solucionar los conflictos en el ámbito privado⁹⁹⁹. Sin embargo, no van a servir nunca para basar una negativa a la configuración de la legítima defensa en casos como los que nos ocupan porque la mujer no provocó la agresión en su contra.

D.) El elemento subjetivo: ánimo de defensa.

Partiendo de lo que hemos dicho en páginas anteriores, el elemento subjetivo de la legítima defensa se configura cuando quien ejerce la acción defensiva conoce que se encuentra en una situación de defensa y actúa en clave de ello. Es decir, actúa para defenderse.

⁹⁹⁸ **BOSCH- FIOL**, Esperanza y **FERRER PÉREZ**, Victoria. "Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI". En: *Psicothema*. Vol. 24. No. 4. 2012. pp. 549 y 550.

⁹⁹⁹ **SHULHOFER**. (1990). *op. cit.* p. 119.

En estos casos la mujer maltratada sabe que necesita defenderse (salvarse) de la agresión continua de la que es víctima y actúa movida por esa necesidad. En algunas ocasiones se ha criticado a estas mujeres que actúan por motivos de venganza o movidas por la rabia. A ello debemos responder que la mujer maltratada no actúa nunca movida por la venganza, quizás esté impulsada, no sólo por la necesidad de defenderse, sino por el miedo a morir a manos de su agresor o a ser víctima de agresiones peores de las que ya ha sido víctima. Pero ello, siguiendo a la doctrina mayoritaria¹⁰⁰⁰, no antagoniza con la configuración del ánimo de defensa.

La mujer maltratada mata para salvarse, ha quedado claro que la única manera de defenderse de la agresión de la que es víctima por parte del tirano, es a través de la eliminación de este que no sólo se constituye como el agresor, sino como un obstáculo que le impide salvarse.

E.) Recapitulación: adelantando conclusiones.

En primer lugar, podemos concluir que en estos casos sí se configura una legítima defensa. Todos y cada uno de los requisitos estructurales de la causa de justificación están presentes: Hay una agresión actual, entendida como agresión continua; la reacción defensiva en su conjunto, es decir matar al agresor mientras este está distraído o dormido, resulta necesaria y racional dentro del contexto en el que se ejerce la acción defensiva; la mujer no ha provocado el conflicto; y actúa movida por un ánimo de defensa.

Ahora bien, es importante mencionar que del mismo tipo de agresión de la que es víctima la mujer se va a derivar el hecho de que los demás requisitos de la legítima defensa se configuren. Esto es así porque al ser una agresión en la que no solamente hay un riesgo continuo para los bienes jurídicos, sino que le

¹⁰⁰⁰ *Vid.: Supra*: Tercera parte. Capítulo primero. I.2. D.).

impide a la mujer salvarse, ésta adquiere dos virtualidades: la primera, evidentemente, servir de base para cumplir con el primer requisito de configuración de la causa de ausencia de, antijuridicidad y la segunda, fundamentar la existencia de los demás requisitos.

Así, el tipo de agresión va a hacer necesaria y racional la acción defensiva. En este caso la agresión es el contexto que hay que entrar a analizar para establecer que la acción defensiva cumple con estas características. Como decíamos anteriormente, debido a la detención ilegal, por medio de las amenazas, el tirano aísla a la mujer y le impide que forme coaliciones externas, creando esos barrotes mentales que son los que no le permiten a la mujer salir a buscar ayuda. Esta es la situación que hay que tener en cuenta para establecer la existencia de la necesidad racional de la acción defensiva en general y la del medio empleado (matar mientras se duerme) en particular y este análisis es el que configura la aproximación individualizadora a la que tanto hemos hecho referencia a lo largo del texto.

Como ha quedado claro, la agresión es continua por dos razones, la primera porque hay una agresión contra la libertad que se entiende como permanente, y la segunda porque hay una situación de peligro latente para los bienes jurídicos creada por una serie de agresiones (en curso) reiteradas y sistemáticas y reforzada por la primera. Esta agresión permanente que se configura es una detención ilegal por medio de amenazas, no sólo unas amenazas, como afirma Larrauri ¹⁰⁰¹. Es por ello que en páginas anteriores decíamos que la argumentación de esta autora era correcta, pero que necesitaba ser complementada. Lo mismo sucede con los planteamientos de Trechsel. Nosotros partimos de la misma idea de este autor referente a que hay una agresión continúa que se fundamenta en una violencia psicológica constante (amenazas) en contra de la víctima, sin embargo el fundamento en un ataque

¹⁰⁰¹ LARRAURI. (2008)A. *op.cit.* p. 58.

contra la dignidad humana que le da él, es incompleto. No es suficiente con que la dignidad humana se vea mancillada, para entender que una agresión es continua. Se necesita fundamentar la existencia de la agresión en ataques palpables contra bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa.

Así las cosas, consideramos que hemos sido capaces de establecer cómo en los casos en los que la mujer maltratada, víctima de una relación de tiranía privada, mata a su agresor en una situación sin confrontación, se puede configurar una legítima defensa, haciendo de la acción de la mujer una acción típica pero jurídica y, por tanto, no susceptible de castigo penal. La mujer se está defendiendo y su acción está justificada.

EXCURSO: Breve referencia a la (no) configuración de la alevosía en estos casos.

Tanto un sector doctrinal¹⁰⁰², como la mayoría de la jurisprudencia, afirman que la conducta de la mujer que mata a su agresor en una situación sin confrontación, siendo víctima de una relación de tiranía privada, es constitutiva de alevosía, porque hay un aprovechamiento de la situación de indefensión en la que se encuentra el tirano. En esta línea encontramos planteamientos como los de Beckemper¹⁰⁰³ o resoluciones judiciales como la del BGH en el *Haustyrannen-Fall*, o del TSe. en el caso de Victoria, entre otros¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Al respecto: *Vid.*: SCHNEIDER, Ursula. „Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – ein Diskussionbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht.“. En: NSTZ. 2015. pp. 66 y 67. HAVERKAMP. (2006). *op. cit.* pp. 587 - 592.

¹⁰⁰³ BECKEMPER. (2005). *op. cit.* BECKEMPER. (2004). *op. cit.*

¹⁰⁰⁴ En la mayoría de los casos del entorno anglo-norteamericano la mujer es condenada por un delito de asesinato (*murder*) cuya característica principal es la concurrencia de la *malice* que se podría asimilar a la alevosía.

A nuestro juicio ello es errado, tanto si se parte de la base de que estamos en sede de una conducta justificada (razonamiento del que nos ocuparemos más adelante) como si no. Veamos esto detenidamente.

Si bien la mayoría de la doctrina considera que en estos casos no se configura una causa de justificación, hay consenso en afirmar que son situaciones cercanas a la justificación o a la exculpación, entendidas éstas como aquellas en las que el caso se ajusta a una situación, por ejemplo, de legítima defensa, pero no se configuran todos los requisitos para su configuración.

En esta línea, Morris afirma que en las situaciones de muerte del tirano de casa hay una multiplicidad de agresiones contra la integridad física, la vida y otros bienes jurídicos, que se pueden entender fácilmente como agresiones en el sentido de la legítima defensa. Sin embargo, el momento temporal en el que se realiza la acción defensiva en contra de estos ataques, evita que se configure el requisito de la actualidad de la agresión. Por ello, a su modo de ver, habría una situación de justificación parcial o cercana a la justificación¹⁰⁰⁵.

Según el BGH, en su conocido caso del *Erpresser-Fall*¹⁰⁰⁶, en estas situaciones no parece lógico hablar de alevosía porque quien ha agredido a otro previamente, no está desprevenido (en el sentido de la agravante) y es natural que espere una acción defensiva en su contra, y por tanto “no sería sistemáticamente adecuado que quien es agredido y se defiende aprovechando un efecto sorpresa

¹⁰⁰⁵ MORRIS. (2010). *op. cit.* pp. 146 y 147. En la misma línea: PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “Alevosía”. En: *Memento práctico: Penal.* (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. P. 459, quien apunta que tradicionalmente se ha entendido que la concurrencia de la alevosía es incompatible con la eximente incompleta de legítima defensa.

¹⁰⁰⁶ BGH. Sentencia del 12. 02.2003. – 1AtR 403/02. NStZ. 2003. pp. 425 -428. Este caso fue fallado por el BGH un mes antes del *Haustyrannen- Fall*, por ello sorprende que en éste no haya utilizado la misma argumentación para negar la apreciación de la alevosía que hizo el tribunal de instancia. Al respecto: *Vid.*: HILLENKAMP, Thomas. „Anmerkung zum BGH Urteil vom 25.03.2003.”. En: JY. 2004. p. 49. MORRIS. (2010). *op. cit.* p. 57. HAVERKAMP. (2006). *op. cit.* p. 591. ROTSCH. (2005). *op. cit.* pp. 12 y 13.

tenga que correr el riesgo de incurrir en una responsabilidad por asesinato si traspasa los límites en lo que se justifica o disculpa su defensa”¹⁰⁰⁷.

Compartimos este razonamiento, porque, en efecto, en situaciones donde ha habido una agresión previa, no tiene sentido que se configure una conducta alevosa. Sin embargo, al no creer que los casos objeto de este trabajo sean situaciones cercanas a la justificación o la exculpación, sino que son situaciones de legítima defensa, la razón para negar la existencia de la alevosía es diferente. Partimos de la base de que la idea de una conducta alevosa justificada es, en general, una contradicción en sí misma¹⁰⁰⁸ y ello se evidencia de manera clara en el universo de caso que nos ocupa.

La acción de matar será alevosa cuando se empleen “medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”¹⁰⁰⁹, lo que configuraría un aprovechamiento de esta situación, por parte de quien la realiza. Esta actuación de aprovechamiento se podría entender como un *exceso sobre el exceso*: si ya el hecho de matar excede los límites de la ley, hacerlo asegurando las circunstancias para asegurar el resultado desvalorado, implica

¹⁰⁰⁷ **PEÑARANDA RAMOS**. (2014). *op. cit.* p. 18. Respecto al *Erpreserrfall*, con amplias referencias bibliográficas sobre las diferentes opiniones que suscitó este caso en Alemania y las distintas formas que ha encontrado la doctrina para dotar de contenido esta restricción jurisprudencial a la alevosía. Al respecto: *Vid.*: Por todos. **ROXIN**. (2006). *op. cit.* §15/100-107.

En España el TSe. ha entendido que en casos donde hay una riña o disputa previa, no puede concurrir la agravante de la alevosía, porque en estos casos quien inicia la disputa puede prever que va a ser agredido. Se ha criticado que es una generalización, porque hay algunas situaciones de escasa importancia que no llevan a prever que vaya a haber una respuesta. Estas críticas han sido incorporadas por la jurisprudencia, que ha matizado su posición. Sobre ello: **PEÑARANDA RAMOS**, Enrique. “Asesinato”. En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. p. 754. Con amplias referencias jurisprudenciales.

¹⁰⁰⁸ **SCHÖNKE/SCHRÖDER/Eser/Sternberg-Lieben**. (2014). *op. cit.* §211/22, que afirman, con razón, que la concurrencia de la alevosía deja poco espacio para la concurrencia de causas de ausencia de responsabilidad.

¹⁰⁰⁹ CPe. art. 22.1. Sobre la discusión acerca del fundamento material de la alevosía en España: *Vid.*: **PEÑARANDA RAMOS**. (2016)A. *op. cit.* p. 455 y 456.

un exceso aún mayor¹⁰¹⁰. En este orden de ideas, lo que se sanciona en estos casos es ese aprovechamiento, entendido como “la crueldad , frialdad y planificación de los hechos”¹⁰¹¹.

En este caso, como ya ha quedado claro, el aprovechamiento se daría porque la acción de defensa se realiza en el momento en que el agresor está *indefenso* (dormido, borracho, distraído etc.). Sin embargo, en páginas anteriores establecimos que la modalidad defensiva elegida por la mujer es necesaria dentro del contexto de tiranía privada en el que ella se encuentra. Y dentro de esta categoría de modalidad defensiva, entra – como es evidente – el momento temporal elegido para ejercer la acción defensiva.

Lo que se sanciona a través de la alevosía es ese aprovechamiento de la situación para asegurar el resultado, pero – en estos casos – dentro del contexto es racionalmente necesario (en el sentido de la legítima defensa) que el agresor esté dormido, distraído o borracho, para que la acción defensiva ejercida por la mujer cumpla su finalidad. En otras palabras el hecho de que el agresor esté dormido o distraído es necesario para alcanzar el resultado justificado. Si se cataloga la acción como alevosa, se estaría afirmando que la acción necesaria para ejercer una acción defensiva lícita es, a su vez, susceptible de mayor reproche penal, evidenciándose así la contradicción referida.

Además de lo anterior, si se cataloga la conducta de la mujer como alevosa se le estaría sancionando por haber hecho lo necesario para salvarse de una situación de tiranía y esto, como afirma Peñaranda Ramos, equivaldría a una

¹⁰¹⁰ En esta línea: *Vid.: POSADA MAYA. (2015). op. cit. Tomo I. p. 173.*

¹⁰¹¹ STSe. del 9 de julio de 2007. 798/2009.

penalización de la respuesta de los débiles y los sometidos (en nuestro caso de las tiranizadas) “frente al abuso, la violencia y la brutalidad” ¹⁰¹²

¹⁰¹² **PEÑARANDA RAMOS.** (2014). *op. cit.* p. 38. En la misma línea, sobre el caso de la muerte del tirano doméstico: **MORRIS.** (2010). *op. cit.* p. 56, quien asegura que desde la concepción tradicional de la alevosía ésta sólo se podría excluir si la mujer hubiera despertado al tirano antes de ejercer la acción defensiva, pero que esto equivaldría a obligar a la mujer a ser parte de una confrontación a la cual quizás no sobreviviría. **ROTSCH.** (2005). *op.cit.* p. 13, considera que la acción aparentemente alevosa es el único medio que tienen los débiles para defenderse de sus victimarios sin tener que enfrentarse a ellos.

En una línea similar se encuentran los autores que aseguran que la alevosía en estos casos constituye una discriminación contra la mujer por razones de género, ya que si la situación fuera al revés (lo que a juicio de Adomeit sería impensable) el hombre sólo respondería por un delito de homicidio. En esta línea: *Vid.:* **LARRAURI.** (2008)A. *op. cit.* p. 45. La misma. “Género y Derecho Penal”. Conferencia dictada en el marco del Seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas”, realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica. Consultado en línea en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_interinteres/ponencia%20ele na%20larrauri.pdf. **ADOMEIT.** (2005). *op. cit.* p. 36.

CAPÍTULO TERCERO: APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA - LA TEORÍA PUESTA A PRUEBA.

III. 1. Aplicación de la teoría propuesta.

Partiendo del caso modelo que fue desarrollado en la primera parte de este trabajo, pasamos a elaborar una lista de requisitos que debe cumplir un determinado caso para que le pueda ser aplicada la legítima defensa. Luego de ello, daremos algunas soluciones alternativas para las situaciones en las que no se configuren todos los requisitos.

Con ello pretendemos cerrar lo más posible el ámbito de aplicación de la legítima defensa, para evitar crear una pendiente resbaladiza que permita justificar, por esta vía, la muerte de cualquier maltratador, a manos de su víctima.

A.) Requisitos para la aplicación de la teoría.

Para aplicar la legítima defensa a un caso de una mujer maltratada que mata a su agresor en una situación sin confrontación, éste debe tener las siguientes características o cumplir los siguientes requisitos:

1. El agresor y la víctima deben ser pareja de hecho o de derecho. (Aunque en algunos casos la tiranizada puede ser hija o hijastra del tirano).
2. Deben vivir juntos
3. Dentro de la relación deben estar presentes todas las características de una tiranía privada, a saber: a.) Evitación de coaliciones, b.) supresión de

posibilidades de salida por otras vías por medio de amenazas, intimidación y violencia y c.) acciones dirigidas a anular la voluntad y la autonomía de la mujer.

4. Presencia de maltratos físicos, psíquicos y/o agresiones sexuales en contra de la mujer, que son realizados de manera sistemática y reiterada. (Situación de peligro latente).

5. Debe configurarse una detención ilegal por medio de amenazas y violencia (requisito 4), que encuentra su fundamento en la relación de tiranía privada.

6. La mujer debe matar a su agresor en una situación donde no haya confrontación, como por ejemplo cuando éste se encuentre borracho, dormido o distraído.

¿Qué pasa entonces si alguno de estos requisitos llegara a faltar?. Para dar respuesta a este interrogante es preciso dividir los requisitos en dos grupos: a.) requisitos circunstanciales y b.) requisitos esenciales. Los primeros son aquellos relativos a las circunstancias en las que se desarrolla la conducta y a las que rodean a la víctima y al agresor. Es decir, los requisitos 1, 2 y 6. Mientras que los segundos, son aquellos que van a fundamentar la existencia de la legítima defensa. Así, los requisitos 3, 4 y 5 son la base de la existencia de la “gran agresión” y de la necesidad de la acción defensiva, respectivamente.

B.) Alternativa de solución en los casos en los que no se configuran los requisitos.

a.). Ausencia de requisitos circunstanciales.

Si llegase a faltar algún requisito circunstancial no estaríamos en presencia de un caso al que se le podría aplicar la teoría desarrollada anteriormente. Ello, sin

perjuicio de que la conducta de la mujer sea susceptible de ser justificada a través de la legítima defensa, pero por razones diferentes.

En este orden de ideas, si el agresor y la víctima no son pareja, es decir no están unidos por una relación sentimental o la tiranizada no es hija o hijastra del tirano, la violencia que ejerce el primero sobre la segunda no será catalogada como violencia doméstica, y por tanto el caso no será de interés dentro presente trabajo.

Ahora bien, si son pareja o padre e hija o hijastra, pero no viven juntos, se está en sede de una situación de violencia doméstica, pero no se podría hablar de una relación de tiranía privada, porque el sujeto a tiranizar no está siempre dentro de la órbita de control del tirano. Razón esta por la cual el caso tampoco entra dentro del universo de casos que se ha venido estudiando.

Por último, si el requisito 6 no se configura, aunque estén presentes el 1 y el 2, no estamos en sede de una situación de defensa sin confrontación, lo cual evidentemente se sale de la órbita de interés de nuestra investigación. Sin embargo es importante aclarar que si estamos en sede de una situación de confrontación y se cumplen los demás requisitos de la eximente, se estará en sede de una legítima defensa, pero por otras razones diferentes a las que han sido expuestas.

b.) Ausencia de requisitos esenciales.

La función que cumplen los requisitos 3 y 5 es quizás la más importante de todas. Estos no sólo son necesarios para que se configure uno de los dos elementos de la “gran agresión”, sino que además, la relación existente entre ellos, va a fundamentar la necesidad de la acción defensiva.

Es indispensable que haya una relación de tiranía privada para que se configure la detención ilegal (agresión permanente contra la libertad) por medio de amenazas (requisito 5), que es uno de los dos componentes de la “gran agresión”. Adicionalmente, como del propio tipo de agresión del que es víctima la mujer se deriva la necesidad de la acción defensiva, la configuración de estos dos requisitos va a fundamentar la necesidad de la acción defensiva.

El requisito 4 va a cumplir una función de complemento: en primer lugar, porque es el segundo elemento de la “gran agresión” ya que a través de las agresiones sistemáticas y reiteradas se genera la situación de peligro latente para los bienes jurídicos; y en segundo lugar, porque esta violencia es necesaria para que se configure la detención ilegal y es una característica de la relación de tiranía privada, aunque no la única. Esto quiere decir que puede haber situaciones de violencia reiterada que no impliquen una relación de tiranía privada y no representen una detención ilegal, pero las anteriores no se podrían configurar sin la violencia reiterada y sistemática. Es decir, sin el requisito 4 no se pueden configurar los requisitos 3 y 5.

Dicho esto, ¿qué sucede si los requisitos 3 y 5 no se configuran pero sí el 4?. En estos casos hay ataques reiterados y sistemáticos y se está en sede una situación de peligro latente para los bienes jurídicos¹⁰¹³, por lo tanto la agresión será actual, pero al no existir la relación de tiranía privada y no haber una detención ilegal, no hay una agresión permanente y, por lo mismo, tampoco hay una “gran agresión” de la que se derive la necesidad de la acción defensiva.

En estos casos se pueden presentar dos situaciones, cada una de las cuales lleva a una solución diferente. La primera, que la mujer haya buscado ayuda externa y ésta no haya sido útil. En este caso se podría configurar la legítima defensa, porque habría recurrido a todos los medios posibles y al ver que estos no eran

¹⁰¹³ Este análisis se hace partiendo de la base de que los requisitos 1,2 y 6 se cumplen.

eficientes, encontró que la única alternativa que tenía a mano era matar a su agresor. Sin embargo, si la mujer no es víctima de una relación de tiranía privada, sino solamente víctima de violencia doméstica (entendida en su otra vertiente, es decir, situaciones en las que la violencia misma es la respuesta errada a una situación de conflicto en el seno del hogar) es posible que ella pueda buscar ayuda, denunciar a su agresor o irse de la casa, porque no está aislada (no hay evitación de coaliciones externas), ni tampoco privada de su libertad por medio de amenazas. Lo que nos lleva a la segunda situación: los casos en los que la agresión es actual, pero la acción defensiva no es necesaria porque hay otras maneras de repeler la agresión y por eso mismo la muerte del agresor mientras éste duerme, puede ser innecesaria para asegurar la defensa y resultar excesiva e irracional. La solución estaría entonces en el marco del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (legítima defensa putativa¹⁰¹⁴), si se dan sus requisitos.

La alevosía no representa un problema porque, si bien la acción en principio alevosa, no es necesaria para la realización de la defensa, la mujer puede creer que es la única manera que tiene para defenderse, lo que dotaría de contenido al error.

Ahora bien, si se logra establecer que el error es invencible, la mujer será exonerada de responsabilidad, pero si éste es vencible, cabe la posibilidad de que la mujer enfrente una condena por homicidio imprudente¹⁰¹⁵.

En este punto es menester recordar que el análisis de la necesidad de la acción defensiva debe hacerse *ex ante*: si la acción defensiva resulta necesaria *ex ante*, así *ex post* se demuestre lo contrario (la existencia de un error), la conducta

¹⁰¹⁴ La diferencia del planteamiento de Muñoz Conde con el nuestro, es que este autor parte de la base de que la agresión es irreal, mientras que nosotros sostenemos que hay una agresión actual, pero la reacción defensiva es innecesaria y ello configura la existencia del error.

¹⁰¹⁵ Todo ello siguiendo la teoría limitada de la culpabilidad.

podría estar justificada, porque habría una creencia racionalmente fundada (invencibilidad del error). Para determinar ello se debe hacer una aproximación individualizadora y no recurrir al criterio normativo del hombre medio, como ya establecimos en páginas anteriores. Así las cosas, si se establece que el error en el que incurrió la mujer es invencible, su conducta podría enmarcarse dentro de la legítima defensa ¹⁰¹⁶ superándose también el problema referente a que si se cataloga la conducta de la de mujer como un error, ésta sería atípica y por tanto el resultado sería más benigno que si hubiese actuado cobijada por la justificante.

¹⁰¹⁶ Esta es la posición de Larrauri: *Vid.: LARRAURI. (2008)A. op. cit. p. 84.*

Ello acercaría la figura de la legítima defensa, aún más, a la *Self defense* anglo-norteamericana, porque se afirmaría que la creencia razonable tendría efectos justificantes.

CONCLUSIONES FINALES.

1. El caso de las mujeres maltratadas, víctimas de relaciones de tiranía, que matan a sus agresores en situaciones sin confrontación, ha representado un problema para la doctrina penal que ha hecho un esfuerzo por buscar una solución que exonere o que, al menos, reduzca la pena a la mujer. Estas soluciones se pueden dividir en tres grupos: soluciones en sede de justificación, soluciones en sede de ausencia de culpabilidad y soluciones que buscan una reducción punitiva.

2. Las soluciones en sede de justificación son tres: la legítima defensa, la *self-defense* (en el entorno anglo norteamericano) y el estado de necesidad defensivo. La mayoría de los autores continentales niegan la configuración de la legítima defensa en estos casos porque no parece que la agresión, frente a la cual se ejerce la acción defensiva, sea actual, y porque la mujer tiene otras opciones para salvarse, antes que matar a su agresor, lo que hace innecesaria su acción defensiva. En la misma línea, parece racionalmente innecesario que la mujer mate a su agresor mientras éste está dormido. Ello, según los críticos de la aplicación de la legítima defensa, lejos de ser necesario, será lo que va a configurar la alevosía en estos casos.

No obstante lo anterior, encontramos propuestas como la de Larrauri en España, y Treschsel en Suiza y Alemania que defienden la aplicación de la legítima defensa. Sin embargo, estas propuestas, aunque correctamente encaminadas, no son suficientes para fundamentar la justificación de las mujeres por vía de legítima defensa.

3. A diferencia de la legítima defensa en el derecho continental, la *self-defense* en el derecho anglo-norteamericano parece ser una solución aceptada, sobre todo en Estados Unidos. Ello es así, porque los requisitos de configuración de esta

figura son más amplios que los de la legítima defensa continental. En el derecho anglo norteamericano la muerte de otro está justificada a través de la figura de la *self defense* cuando el autor cree razonablemente que a.) su adversario representa un daño inmediato para su vida o integridad y b.) la muerte de éste es necesaria para evitar dicho daño.

El elemento central de la figura es entonces la existencia de una creencia razonable sobre la existencia de la actualidad (inminencia) de la agresión y la necesidad de la acción defensiva, que es lo que la va a diferenciar de la legítima defensa continental. Mientras se establezca que esta creencia es razonable habrá *self-defense*. El criterio para establecer dicha creencia razonable es el del hombre medio, es decir, se debe establecer si la actuación de la mujer es la actuación que cualquier persona razonable habría realizado en su lugar. Pero éste ha sido criticado a.) por ser un criterio masculino y b.) por ser muy general y no tener en cuenta circunstancias concretas de la persona que actúa.

Para darle solución a estos inconvenientes se ha propuesto hacer el análisis de la configuración de la creencia razonable a través de análisis individualizadores que tengan en cuenta la situación de la mujer y sus condiciones físicas y psicológicas. El más utilizado por los tribunales anglo-norteamericanos es el SMM. A través de la indefensión aprendida, característica de esta condición, se ilustraría cómo la mujer cree de manera razonable a.) que si no mata a su agresor, éste la va a atacar nuevamente y, por tanto, su vida e integridad están en un peligro constante y b.) que no tiene otras vías de actuación.

Esta solución es ampliamente criticada por varias razones. En primer lugar, debido a que la actuación de la mujer estaría mediada por un síndrome y refuerza la idea de que las actuaciones de las mujeres maltratadas son resultado de una condición mental que las hace actuar como actúan. En segundo lugar, porque no parece que las mujeres maltratadas que matan a sus agresores padezcan este síndrome. Si se analizan cuidadosamente sus síntomas se puede

establecer que la mujer que sufre del SMM no es capaz de reaccionar de ninguna forma en contra de su agresor porque está convencida de que nada de lo que haga va a ser útil para evitar que el maltrato continúe. Frente a ello, las que matan reaccionan de la manera más violenta posible, desvirtuando la idea de que hayan aprendido a ser indefensas. Surgen entonces otras propuestas de corte individualizador subjetivo que abogan por que se tenga en cuenta dentro del análisis de la creencia razonable el contexto en su totalidad. Estas propuestas son compartidas por nosotros.

Así las cosas, se puede establecer que la creencia de la mujer sobre la actualidad de la agresión y la necesidad de defenderse de ella es razonable y, por tanto, se configura la *self-defense*. Sin embargo, a la luz del derecho continental, la sola creencia razonable sobre la existencia de los requisitos de configuración de la legítima defensa constituye un error sobre los presupuestos objetivos de éstos. Por ello se puede afirmar que una situación que en derecho anglo-norteamericano lleva a la justificación, en derecho continental lleva a la atipicidad, si se siguen los planteamientos de la teoría limitada de la culpabilidad en materia de error.

Esta solución no es satisfactoria porque, como ha quedado claro, en estos casos la agresión es actual y la acción defensiva es necesaria. En ningún momento se configura una creencia, razonable o no, que pueda llevar al error, excepto en las situaciones en las que no hay una relación de tiranía privada y se establece que, en efecto, hay otras vías de salvación diferentes a la muerte del tirano. Y aún en estos casos, el problema referente a que errar resulta más benévolo que actuar cobijado por la justificante, sigue existiendo. Sin embargo, en los casos en los que se yerra inevitablemente sobre la necesidad de la acción defensiva esto podría no ser así. Si se entiende que la necesidad se debe evaluar *ex ante*, lo que implica que si la acción defensiva es necesaria *ex ante* lo seguirá siendo aunque *ex post* se demuestre lo contrario, no se configuraría un error, sino la eximente de legítima defensa.

4. Ahora bien, un sector de la doctrina continental se ha decantado por entender estas situaciones como casos de defensa preventiva que se pueden solucionar por vía del estado de necesidad defensivo ya que, si bien no hay una agresión actual, si hay un peligro. Respecto a ello ya establecimos que, al haber una agresión actual, ya no se puede hablar de peligro en el sentido del estado de necesidad y, por tanto, de defensa preventiva; el análisis pasa al marco de la configuración de la legítima defensa. Y es eso, precisamente, lo que pasa en estos casos. Además de lo anterior, esta solución muestra cómo no se hace un análisis cuidadoso de la configuración de los requisitos de la legítima defensa. Como, en un primer nivel de análisis, no parece haber una agresión actual, inmediatamente se descarta la legítima defensa, sin profundizar en el análisis de su configuración, y se busca la solución en sede de un estado de necesidad en su modalidad defensiva.

5. Las soluciones en sede de culpabilidad son el estado de necesidad exculpante, el error sobre éste, el miedo insuperable y la *duress* partiendo de una interpretación que hace Dressler de esta figura. Pero sumada a éstas está la propuesta de Rosen y Finkelstein referente a entender la *self-defense* como una excusa (causa de ausencia de culpabilidad) para poderla aplicar en los casos de mujeres maltratadas que matan a sus agresores. Esta propuesta es la materialización de una desnaturalización innecesaria de la figura anglo-norteamericana, desnaturalización que no compartimos. Lo mismo sucede con la propuesta de Dressler relativa a la aplicación de la *duress*.

6. Ahora bien, la doctrina alemana se encuentra dividida entre la aplicación del estado de necesidad exculpante (§35.1 StGB), y el error sobre éste (§35.2). Respecto a la primera solución, si decimos que no tiene sentido hablar de estado de necesidad defensivo en estos casos, es evidente que tampoco lo tiene al hablar de estado de necesidad exculpante, y las razones son exactamente las mismas. Ahora bien, para el otro sector de la doctrina el error se configura porque, si bien hay un peligro, no hay necesidad de sacrificar la vida del

agresor, porque existen otras opciones de salvamento, lo que, como ha quedado claro, no es así.

7. La solución en sede de miedo insuperable resulta otra clara muestra de que no se hace un análisis detallado de las circunstancias del caso y se descarta, sin mayor fundamento, la existencia de la legítima defensa.

8. Algunas de las soluciones en sede de culpabilidad se fundamentan en un fallo de la psiquis. La eximente de miedo insuperable se configura cuando la situación de terror nubla la capacidad de raciocinio de quien actúa, y el error sobre el estado de necesidad exculpante del §35.2 del StGB en el hecho de que la mujer creía que no tenía otra opción que matar a su agresor. Esto es errado porque la ausencia de otras vías de salvamento es una realidad objetiva que no proviene ni del pánico del que era víctima la mujer, ni de una errada percepción de la realidad.

Ahora bien, en general todas las soluciones en sede de culpabilidad son problemáticas porque exonerar a la mujer por esta vía implica afirmar que su actuación es típica y antijurídica, por tanto susceptible de que se ejerza una legítima defensa en su contra.

9. Respecto a las soluciones en sede de reducción punitiva, podemos decir que tanto la corrección restrictiva negativa del tipo como la *provocation* están dirigidas a que la acción de la mujer sea catalogada como homicidio (*manslaughter*) y no como asesinato (*murder*), eliminando la alevosía o la *malice* propias del segundo. Este cambio del título de imputación genera inmediatamente una reducción en la pena a imponer. Pero si en estos casos no hay alevosía, estas soluciones que llevan a una reducción punitiva son completamente irrelevantes.

10. Por otra parte, algunas figuras anglo-norteamericanas tienen un equivalente en derecho continental. Así por ejemplo, la *provocation* está íntimamente relacionada con la atenuante española de arrebató, obcecación y otros estados pasionales y con la alemana contenida en el §213 StGB. Por su parte, la *duress* guarda una estrecha relación con la figura del miedo insuperable.

11. Es un acuerdo general que la legítima defensa se configura cuando haya una agresión actual, la acción defensiva es necesaria y quien la ejerce no ha provocado la agresión. Además, debe estar movido por un ánimo de defensa y, en el caso concreto, no se configura una restricción ético-social para el ejercicio de la defensa.

Una agresión puede ser actual cuando es inminente, cuando está sucediendo en el momento en que se ejerce la acción defensiva o cuando es una agresión continua. Las agresiones continuas son aquellas que surgen de la comisión de un delito de ejecución permanente o aquellas que se dan en el marco de una situación de peligro latente para los bienes jurídicos, que se deriva de agresiones en curso reiteradas y sistemáticas.

La acción defensiva será necesaria cuando sea idónea, es decir suficiente y/o útil para detener o evitar el ataque y racional. Esta racionalidad se evalúa desde la idea de proporcionalidad: la acción defensiva no debe ser ni excesiva, ni insuficiente con respecto al ataque. La proporcionalidad no hace referencia a una ponderación de intereses en juego, ni de instrumentos utilizados, sino a la racionalidad de los medios y de la forma en la que se ejerce la acción defensiva. Ello se debe hacer atendiendo a la situación de las partes y a las circunstancias concretas del caso. Es decir, establecer si la modalidad defensiva es racionalmente necesaria dentro del caso concreto, teniendo en cuenta dentro de este análisis la existencia de otras opciones de salvación. Así, la defensa es necesaria cuando se realiza a través de la acción más benévola para los bienes jurídicos del agresor, mientras que quien la ejerza no corra ningún peligro

innecesario. Todo ello se establece de manera *ex ante*, partiendo de una perspectiva individualizadora.

Ahora bien, las restricciones ético-sociales permean la necesidad de la acción defensiva. Esto quiere decir que si, dentro del análisis del caso concreto, se establece que hay una restricción ético-social, la acción defensiva deja de ser necesaria, porque en el marco de estas restricciones, la obligación de buscar otra vía de salvación se incrementa, a tal punto que la exigencia de la huida, por ejemplo, podría ser legítima en estos casos.

12. La legítima defensa es una solución viable para algunos de los casos en los que las mujeres que son víctimas de violencia doméstica y de género en el marco de una relación de tiranía privada matan a sus agresores durante una situación sin confrontación.

En el marco de las relaciones de tiranía se dan diferentes tipos de agresiones (violencia física, psíquica, agresiones contra la libertad y violencia sexual) contra la mujer, dirigidas a consolidar la posición de dominio del tirano. La violencia física es utilizada como castigo y como advertencia. Ello genera un miedo constante en la mujer del que se deriva una situación de obediencia obligada. Las amenazas, como manifestación de violencia psicológica, son un medio idóneo para someter a la mujer, lo que facilita la permanencia del agresor en la posición dominante. A través de las amenazas se le impide a la mujer realizar cualquier acto dirigido a liberarse del yugo del tirano. En este escenario, la violencia física actúa como refuerzo de las amenazas, y esta dupla amenazas-violencia física es la herramienta con la que el tirano construye los barrotes mentales que privan a la mujer de su libertad. En último lugar, la violencia sexual es el arma culmine del tirano para demostrar su poderío, su dominio y su control sobre la mujer. Sumado a lo anterior, hay ataques contra la mujer (en el sentido de agresiones en curso) que se realizan de manera sistemática y reiterada.

En el caso de la mujer maltratada en el marco de una relación de tiranía privada se configura, por un lado, una situación de peligro latente para los bienes jurídicos de ella; y por el otro, una agresión permanente contra la libertad. Estas dos modalidades de agresiones continuas componen la “gran agresión”. Por sus características, esta “gran agresión” es una agresión actual en el sentido de la legítima defensa. De lo anterior se deriva también que, en general, puede haber agresiones susceptibles de legítima defensa, en situaciones donde no hay confrontación.

La acción defensiva de la mujer es necesaria porque no tenía otros medios menos lesivos para defenderse sin ponerse a ella misma en peligro, y porque su acción defensiva es racionalmente proporcional. En primer lugar, por el mismo tipo de agresión, la mujer se encuentra privada de su libertad tras unos barrotes invisibles; es el mismo tirano, a través de la agresión, el que le impide recurrir a otros medios. Los denominados “otros medios” constituyen un acto de rebelión contra el tirano que puede desencadenar su furia, y la mujer, debido a que conoce el comportamiento de su agresor, sabe que puede poner en riesgo su vida si recurre a ellos. Además, el medio defensivo es proporcional, en el sentido de racionalmente necesario, en el contexto en el que tienen lugar los hechos. Es decir, en el marco de una relación de tiranía, donde el agresor le bloquea todas las posibilidades de salvación por medio de la misma agresión, matar a éste en una situación sin confrontación resulta racionalmente necesario.

En estos casos, la agresión tiene dos virtualidades, ya que –por un lado – es la base para la configuración de un requisito esencial de la legítima defensa, y por el otro, el tipo de agresión va a fundamentar la existencia de los demás requisitos de configuración de esta causa de justificación.

Por otro lado, el hecho de que exista una relación de pareja o familiar entre la víctima y el agresor no constituye una restricción ético-social a la defensa, y por ende no se disminuye la necesidad de la acción defensiva, por tres razones. La

primera, porque desde el punto de vista jurídico- social, la violencia doméstica elimina los lazos de solidaridad, y la acción defensiva es requerida por la situación de legítima defensa; al no haber relación de solidaridad, no hay tampoco restricción ético social. La segunda, porque restringir la defensa legítima en estas situaciones resulta contradictorio, ya que se legitima una práctica contraria al orden jurídico y al orden social, con base en un deber de solidaridad que el agresor incumplió. Y la tercera, porque si esta restricción ético –social se extiende a las situaciones en donde las agresiones que se tienen que tolerar implican violencia física ocasional o violencia psicológica reiterada contra las mujeres, se podría afirmar que el derecho, las normas en general, están pensadas para los hombres. Ello reforzaría dos estereotipos: el primero, referente al rol de sumisión de la mujer frente al marido, que debe tolerar todo; y el segundo, un tópico clásico sobre la mujer maltratada, referente a que ella, pudiendo irse del hogar, no lo hace “porque no quiere” o “porque le gusta ser maltratada”.

Contrario a algunas creencias generales, la mujer no provoca las agresiones y su actitud es guiada por un ánimo defensivo, que se configura así concurran otros ánimos diferentes.

14. Ahora bien, en estos casos no se configura la alevosía por dos razones claras: la primera, porque afirmar que sí se configuraría la alevosía implica una contradicción: el hecho de que el agresor esté dormido o distraído, que es lo que fundamentaría la configuración de la alevosía en estos casos, es necesario para alcanzar el resultado justificado. Una actuación no puede ser, a la vez, susceptible de mayor reproche y el medio necesario para ejercer una acción defensiva, que implica una ausencia de reproche. Y la segunda, porque catalogar la conducta de la mujer como alevosa equivale a sancionarla por haber hecho lo necesario para salvarse de una situación que pone en riesgo su vida, lo que implica una penalización de la respuesta de los sometidos contra el ejercicio ilegítimo de la fuerza.

15. Para que una mujer tiranizada puede alegar legítima defensa al matar a su agresor durante una situación sin confrontación, se deben cumplir seis requisitos:

1. El agresor y la víctima deben ser pareja de hecho o de derecho. (Aunque en algunos casos la tiranizada puede ser hija o hijastra del tirano).
2. Deben vivir juntos.
3. Dentro de la relación deben estar presentes todas las características de una tiranía privada, a saber: a.) evitación de coaliciones, b.) supresión de posibilidades de salida por otras vías por medio de amenazas, intimidación y violencia y c.) acciones dirigidas a anular la voluntad y la autonomía de la mujer.
4. Presencia de maltratos físicos, psíquicos y/o agresiones sexuales en contra de la mujer, que son realizados de manera sistemática y reiterada. (Situación de peligro latente).
5. Debe configurarse una detención ilegal por medio de amenazas y violencia (requisito 4), que encuentra su fundamento en la relación de tiranía privada.
6. La mujer debe matar a su agresor en una situación donde no haya confrontación, como por ejemplo cuando éste se encuentre borracho, dormido o distraído.

Estos requisitos se dividen en dos grupos: a.) requisitos circunstanciales (1,2 y 6) y b.) requisitos esenciales (3, 4 y 5). Estos últimos son la base de la existencia de la “gran agresión” y de la necesidad de la acción defensiva. Si falta algún requisito circunstancial no estaríamos en presencia de un caso al que se le podría aplicar la teoría desarrollada anteriormente.

La función que cumplen los requisitos 3 y 5 es quizás la más importante de todas. Estos no sólo son necesarios para que se configure uno de los dos elementos de la “gran agresión”, sino que además, la relación existente entre ellos va a fundamentar la necesidad de la acción defensiva. El requisito cuatro es complementario porque la violencia reiterada es parte de la “gran agresión” y a su vez es necesaria para que se configure la detención ilegal, característica de la relación de tiranía.

Si el requisito 4 no se cumple, los requisitos 3 y 5 no se pueden configurar. Pero si se configura el 4 pero no el 3 ni el 5, se pueden presentar dos situaciones diferentes: a.) que la mujer haya buscado ayuda externa y ésta no haya sido útil. Aquí podría haber legítima defensa porque frente a la ineficiencia de otras vías de solución, concluye que la única alternativa que tiene es matar a su agresor; y b.) al cumplirse el requisito 4 la agresión es actual, pero la acción defensiva no es necesaria, entonces la solución está en la aplicación de un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (legítima defensa putativa). Si el error es invencible, la mujer será exonerada de responsabilidad. Si éste es vencible, cabe la posibilidad de que la mujer enfrente una condena por homicidio imprudente.

BIBLIOGRAFIA

Notas: Algunas ediciones Kindle aparecen citadas por posición en el archivo. Ej. Pos. 11/3456.

Los manuales alemanes están citados por sección (§) o página (p.) y nota marginal, así: §-p./2.

ADOMEIT, Klaus und BECKEMPER, Katharina. „Tötung eines Familientyrannen – eine Diskussion“. In: JA. 2005. pp. 35 -37.

AGUADO CORREA, Teresa. *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal.* Comares. Granada, 2004.

ALEXANDER, Laurence. “Justifications and innocent aggressors”. En: Wayne Law. Rev. No. 33. 1986-1987. pp. 1177 y ss.

ALLEN, Hilary. *Justice unbalanced* . Open University Press. Milton Keynes, 1987.

ALLEN, Michael. *Textbook on Criminal Law.* 11th Edition. Oxford University Press. Oxford-New York, 2011.

ALÓNSO FERNÁNDEZ, José Antonio. *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad. Análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación.* Bosch. Barcelona, 1999.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal.* 2. Ed. (Anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneyte Merino). Akal. Madrid, 1986.

APPEL, Susan. “Beyond Self-Defense: The use of battered woman syndrome in duress defenses”. En: University of Illinois Law Rev. 1994. pp. 955 – 980.

ARIAS, Ileana and **PAPE**, Karen. "Psychological Abuse: Implications for adjusment and commitment to leave violent partners." En: Violence and victims. Vol. 14. No. 1. 1999. pp. 55 -65.

ARTKÄMPER, Heiko, **ESDERS**, Rudolf, **JAKOBS**, Carola und **SOTELSEK**, Marc. *Praxiswissen Strafverfahren bei Tötungsdelikten*. ZAP verlag. Köln, 2012.

ARZT, Gunther. "Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr". En: *F.S. für Friedrich Schaffstein*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1975. pp. 77 – 88.

- „Die Einschränkung des Mordtatbestandes“. In: JR. 1979. pp. 9-12.

ARZT, Gunther, **WEBER** Ulrich, **HEINRICH**, Bernd und **HILGENDORF**, Eric. *Strafrecht*. B.T. 3. Aufl. Verlag Ernst und Werner Giesecking. Bielefeld, 2015.

ASHWORTH, A.J, "The doctrine of provocation". En: Cambridge Law Journal. No. 35 Vol 2. 1976. pp. 292 -320.

ASÚA BATARRITA, Adela. "Las Agresiones sexuales en el nuevo código penal: regulación jurídica e imágenes culturales". En: *El nuevo código penal desde una perspectiva de género*. Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer. Vitoria, 1998, pp. 45 -101.

- "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales". En: *Género, violencia y derecho*. (P. Laurenzo/ M.L. Maqueda/ A Rubio. Coords.). Editores del puerto. Buenos Aires. 2009.
- "Violencia sexual y maltrato habitual en la pareja. Líneas de evolución del discurso jurisprudencial.". En: *Discriminación y Género. Las formas de*

violencia. Ministerio Público de la Defensa. Defensoría General de la Nación. Buenos Aires, 2011. pp. 74 – 101.

- “Los nuevos delitos de <<violencia doméstica>> tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”. En: Cuadernos Penales Jose María Lidón. Las recientes reformas penales: algunas cuestiones. Num. 1. 2004. pp. 201 - 233.

BAUMMAN, Jürgen, WEBER, Ulrich und MITSCH Wolfgang. *Strafrecht A.T.* 10 Aufl. Giesecking. Bielefeld, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal parte general.* Segunda edición. Akal/Iure. Madrid, 1990.

BAKER, Brenda. “Provocation as a defense for abused women who kill.” En: Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Vol. 11. No. 1, 1998. pp 193 -211.

BAKER, JH. *An introduction to English legal History.* 3th Edition. Butterworths. London, 1990.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa.* J.M Bosch. Barcelona, 1994.

BARON, Marcia. “Gender issues in Criminal Law”. En: *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law.* (Deigh/Dolinko. Eds). Oxford University Press. UK, 2011. pp. 333- 402.

BAUMANN, Jürgen, WEBER, Ulrich und MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht A.T.* 10 Aufl. Verlag Ernst und Werner Giesecking. Bielefeld, 1995.

BEALE, Joseph. H. "Retreat for a murderous assault.". En: Harvard Law Rev. Vol. 16 Issue 8, 1903. pp. 567-582.

BECKEMPER, Katharina. "Tötung des Familientyrannen". En: JA. Heft. 2. 2004. pp. 99-104.

BERNER, Albert. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Tauchnitz. Leipzig, 1898.

BERNSMANN, Klaus. "*Entshuldigung*" durch Notstand. Carl Heymanns Verlag KG. Deutschland, 1989.

BILEFSKY, Dan. "Wife who fired 11 shots is acquitted of murder". New York Times. October 7, 2011. New York Edition. p. A1.

BOLAND, Beth I.Z. " Battered Women Who Act Under Duress.". En: New England Law Rev. Vol 28. 1994. pp. 603 - 636.

BORJA JIMÉNES, Emiliano. *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*. Tirant lo blanch. Valencia, 2002.

BOSCH- FIOL, Esperanza y **FERRER PÉREZ**, Victoria. "Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI". En: Psicothema. Vol. 24. No. 4. 2012. pp. 548 - 554.

BOVIN, Michelle. J and **WEATHERS**, Frank W. "Assesing PTSD symptoms.". En: *The Oxford handbook of Traumatic Stress Disorders*. (J. Gayle and Denise M. Sloan. Eds.). Oxford University Press. Oxford, 2012.

BRADFIELD, Rebeca. "Women Who Kill: Lack of Intent and Diminished Responsibility as the other <defences> to spousal homicide.". En: Current Issues in criminal justice. Vol 13. N0. 2. 2001. pp.143 -167.

BRANNAN, Tanya. "In defense of Barbara Sheehan". En: purpleberets.org. 2011. Consultado en línea en: http://www.purpleberets.org/barbarasheehan_trial.html

BROWNE, Angela. *When Battered Women Kill*. The Free Press. New York. 1987. Kindle Edition.

BUCHKREMER, Wiebke. *Präventive Verteidigung. Der präventive Defensivnotstand bei pflichtwidrigem Verhalten des Eingriffsopfers am Beispiel der Haustyrannenmordfälle*. Nomos. Deutschland, 2008.

BURKE, Alafair S. "Rational actors, self-defense, and duress: making sense, not syndromes, out of Battered Woman.". En: North Carolina Law. Rev. Vol 81. 2002. pp. 211 – 316.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "Partial Defences Due to Loss of control and Diminished Responsibility under Spanish Criminal Law." En: *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander Eds.) Ashgate. UK, 2011. pp. 341 -351.

- "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 959 - 1003 .
- "Lesiones". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 798 – 829.

CARBAJAL, Mariana. *Maltratadas: violencia de género en las relaciones de pareja*. Aguilar. Argentina, 2014.

CARLINE, Anna. "Women who kill thier abusive partners: From sameness to gender construction." . En: Liverpool Law Rev. No. 26, 2005. pp. 13-44.

CARRARA, Francesco. "Defensa pública y privada" En: *Derecho Penal*. Obra compilada y editada. (E. Figueroa Alfonzo. Comp.). Editorial Harla. México, 1993.

CASTIÑEIRA, María Teresa. "Legítima Defensa del honor y límites del derecho de defensa. (Comentario a la sentencia del 22 de enero de 1987). En: ADPCP. Fasc. 3. 1987. pp. 857 -869.

CEREZO DOMINGUEZ, Ana Isabel. *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.

CEREZO MIR, José. "La regulación del estado de necesidad en el código penal español". En: Estudios penales y criminológicos. No. 10. 1985-1986. pp. 53 -118.

- *Curso de derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito*. Tecnos. Madrid, 2005. p. 205.
- "Valor de acción y valor de resultado en las causas de justificación". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo. I. (C. García Valdés/ A. Cuerda Riezu/ M Martínez Escamilla/ R. Alcácer Guirao/ M. Valle Mariscal de Gante. Coords.). Edisofer. Madrid, 2008. pp. 743 -760.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Arrebato u obcecación*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

CHAN, Wendy. "A Feminist critique of self-defense and provocation in battered women's cases in England and Wales." . En: Women & Criminal Justice. Vol. 6. Issue 1, 1994. Pp. 39 -65.

CHIESA, Luis Ernesto. "Mujeres y legítima defensa: La experiencia Anglosajona." En: Revista Penal. No. 20. Julio, 2007. pp. 50 -57.

CLARKSON, C.M.V. *Understanding Criminal Law*. Sweet & Maxwell. London, 2001.

COBB, Neil and **GAUSDEN**, Anna. "Feminism, <Typical> Women, and losing control. En: Loss of self-control and diminished responsibility. Domestic, Comparative and International perspectives. (Redd/Bohlander. Eds.). Ashgate. UK, 2011. pp. 97 - 113.

COCA VILA, Ivó. "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo." En: InDret. 1/2011. pp. 1 -40.

COOK, Rebecca y **CUSSACK**, Simone. *Estereotipos de género. Perspectivas legales trasnacionales*. (A. Parra. Trad.). Profamilia. Bogotá, 2010.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "<<Restricciones>> jurisprudenciales al derecho de defensa: Legítima defensa y principio de legalidad". En: ADPCP. Fasc. 3. 1991. p. 903 - 932.

CÓRDOBA RODA, Juan. "De las circunstancias que eximen de responsabilidad penal." En: *Comentarios al Código Penal* (G. Rodríguez Mourullo/J. Cordoba Roda. Coords.). Ariel. España 1976. pp. 761 - 778.

- "Consideraciones sobre la legítima defensa". En: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo. I. (C. García Valdés/A. Cuerda Riezu/M Martínez Escamilla/ R. Alcácer Guirao/ M. Valle Mariscal de Gante. Coords.). Edisofer. Madrid, 2008.

CONNERTON, Kelly C. "The resurgence of the marital rape exception: The victimization of teens by their statutory rapists.". En: Albany Law Rev. No. 61. 1997. pp. 337 – 284.

CREACH, Donald.L. "Partially determined imperfect self-defense: The battered wife kills and tells why". En: Stanford Law Rev. No. 34. 1982. pp. 615 – 633.

CROCKER, Phyllis L. "The Meaning of Equality for Battered Women who kill men in Self-Defense.". En: Harvard Women's Law Journal. Vol 8, 1985. pp. 121 - 153.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

CUTLER, Jeffrey M. "Criminal Law- Battered Woman Syndrome: The killing of a passive victim – A perfect defense or a perfect crime? – State v. Norman. ". En: Campbell Law Review. Vol 11. Issue 2. Spring, 1989. pp. 263 -278.

DEMPSEY, Michelle Madden. "What counts as domestic violence? A conceptual analysis.". en: William and Mary Journal of Women and the Law. Vol 12. 2006. pp. 301 – 333.

DEVITT, E and **BLACKMAR**, C. *Federal Jury Instructions*. 3th. Edition. West Publishing Company. 1977.

DI CORLETO, Julieta. "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas". En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis. No. 5. Mayo de 2006. Consultado en línea en: www.academia.edu

DIAMOND, Gregory. "To have but not to hold: Can <resistance against kidnapping> justify lethal self-defense against incapacitated betterers?". En *Columbia Law Rev.* 102. April, 2002. pp. 729 – 733.

DIAZ GARCIA Y CONLLEDO, Miguel. *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. La Ley. Madrid, 2008.

DÍAZ- MAROTO Y VILLAREJO, Julio. "Amenazas y Coacciones". En: *Compendio de derecho penal (Parte especial)*. Vol. II. (Bajo Fernández M. Coord.). Editorial Centro de estudios Ramón Aceres. S.A. Madrid, 1998.

DÍAZ PALOS, Fernando. *La legítima defensa. (Estudio técnico jurídico)*. Bosch. Barcelona, 1971.

DIÉZ RIPOLLES, José Luis. "La categoría de la antijuridicidad en derecho penal" En: *ADPCP*. Fasc. 3. 1991. pp. 715 -790.

DOMINGUEZ LOPEZ, Esther. *La legítima defensa en el Derecho Romano con referencia a la dogmática moderna*. Dykinson. Madrid, 2012.

DORÉ, Laurie Kratky. "Downward Adjustment and the Slippery Slope: The use of duress in defense of battered offenders." En: *Ohio State Law Journal*. Vol 56. No. 3. 1995. Pp. 667 – 766.

DOWNS, Donald Alexander. *More than victims: Battered women, the syndrome society ad the law*. The University of Chigago Press. Chicago and London, 1996.

DOWNS, Donald Alexander and **GERSTMANN**, Evan. "A new framework for battered women: Self-defense and the necessity of the situation.". En: **DOWNS**, Donald Alexander. *More than victims. Battered women sybdrome, society and the law*. University of Chicago Press. Chicago- London. 1996. pp. 223 -250.

DRESSLER, Joshua. "Justifications and Excuses: A brief Review of the Concepts and the Literature". En: Wayne L.Rev. No. 33. 1987. pp.1155 – 1175.

- "Battered women who kill their sleeping tormenters: Reflections on maintaining respect for human life while killing moral monsters. En: *Criminal Law Theories: Doctrines of the general part*. (Shutesand/Simester Eds.). Oxford University Press. Oxford- NYC. 2002. pp. 259-282. (A). (**zit: DRESSLER. (2002)A.)**)
- "Why keep the provocation defense?: Some reflections on a difficult subject. En: Minnesota Law Rev. No. 86. 2002. pp. 959 -1002. (**zit: DRESSLER. (2002)B.)**)
- *Understanding Criminal Law*. 4th. Edition. Lexis Nexis. USA 2006. (**zit: DRESSLER. (2006)A.)**)
- "Battered Women and Sleeping abusers: Some reflections.". En: Ohio State Journal of Criminal Law. Vol 3. 2006. pp. 457 - 471. (**zit: DRESSLER. (2006)B.)**)
- "Feminist (or "feminist") reform of Self-Defense Law: Some critical reflections.". En: Marquette Law Rev. No. 93. 2010. p. 1475 – 1492.
- *Understanding Criminal Law*. Lexis Nexis. 6th Edition. USA. 2012.

DRESSLER, Joshua and **GARVEY**, Stephen. *Cases and materials on Criminal Law*. 6th Edition. West. Thomson Reuters. USA, 2012.

DUBBER, Markus D. *Criminal Law: Model Penal Code*. Foundation Press. New York, 2002.

DUBBER, Markus D. and **KELMAN**, Mark G. *American Criminal Law: Cases, statutes and comments*. Thomson - West. New York, 2005.

DUTTON, Mary Ann. *Empowering and healing the Battered Woman: A Model for Assement and Interovention*. Springer Publishing Company. New York. 1992.

EASTEAL, Patricia. "Battered Women who kill: A plea of Self-defence.". En: *Women and the Law*. (Weiser /McKillop. Eds). Australian Institute of Criminology. Canberra,1993 pp. 37 - 47

EBER, Loraine Patricia. "The battered wife´s dilemma: To kill or to be killed." En: *The Hastings Law Journal*. Vol 32. 1981. pp. 896- 931.

EBERT, Udo. *Strafrecht*. A.T. 3. Aufl. C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2001.

ECHEBURÚA, Enrique , **AMOR**, Pedro J. y **DE CORRAL**, Paz. "Hombres violentos contra la pareja: trastornos mentales y perfiles tipológicos". En: *Pensamiento Psicológico*. Vol. 6, No. 13, 2009. pp. 27 -36.

EDWARDS, Susan. S.M. *Sex and gender in the legal process*. Blackstone. UK, 1996.

- "Descent into murder: Provocation´s structure. The prognosis for women who kill man who abused them.". En: *The Journal of Criminal Law*. No. 71. 2006 -2007. pp. 342 -361.

ELVIN, Jesse. "Killing in response to <Circustances of an extremely grave character>: Improving the law of homicide.". En: *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander Eds.) Ashgate. UK, 2011. pp. 135 -150.

ESCUDERO MORATALLA, José Francisco y **FRIGOLA VALLINA**, Joaquín.

“Circunstancias que atenuan la responsabilidad criminal (Capítulo III. Art. 21 CP). En: *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables*. (Ganzenmüller Roig/ Escudero Moratalla/ Frigola Vallina. Dirs.). Bosch. Barcelona, 2000. pp. 127 -186.

ESER, Albin. „<Heimtücke> auf höchsttrichterlichem Prüfstand: Chance einer Wende in der Mord . Rechtsprechung.“. In: JR. 1981. pp. 177 – 184.

ESTRICH, Susan. “Defending Women. Survey of the Book: Justifiable homicide: Battered women. Self Defense and the law. By: Cynthia Gillespie.” En: Michigan Law Rev. No. 88. 1990. pp. 1431 – 1439.

EWING, Charles Patrick. *Battered women who kill*. Lexington Books. USA, 1989.

- "Psychological Self- Defense: A proposed justification for Battered Women who kill.". En: Law and Human Behavior. Vol 14. No. 6, 1990. pp. 579 -584.

FASTEN, Ines. *Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit*. Verlag Dr. Kovač. Hamburg, 2011.

FELBER, Roland. *Die Rechtswidrigkeit des Angriffs in den Notwehrbestimmungen*. C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1979.

FERNÁNDEZ MONTALVO, Javier y ECHEBURÚA, Enrique. “Variables psicopatológicas y distorsiones cognitivas de los maltratadores en el hogar: un análisis descriptivo.”. En: Análisis y modificación de conducta. Vol. 23. No. 88. 1997. pp.152 – 180.

- "Trastornos de personalidad y psicopatía en hombres condenados por violencia grave contra la pareja.". En: Revista Psicothema. Vol. 20. No. 2. Año 2008. pp. 193 -198.

FERRER SAMA, Antonio. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Sucesores de Nogues. Murcia, 1946.

FINKELSTEIN, Claire O. "Self defense as Rational Excuse". En: University of Pittsburgh Law Rev. No. 57. 1996. pp. 621 -650.

FLETCHER, George. "Proportionality and the Psychotic Aggressor: A Vignette in Comparative Criminal Theory". En: Israel Law. Rev. No 8. 1973 pp. 367 - 390.

- "The individualization of excusing conditions." En: California Law Rev. Vol 57. 1974. pp. 1269-1310.
- "The right and the reasonable". En: Harvard. Law Rev. No. 98. 1985. pp. 949- 982.
- *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford University Press, New York - Oxford, 1998.
- *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press. USA, 2000.

FORELL, Caroline and **MATHEWS**, Donna M. *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man*. New York University Press. NY, 2001.

FREUND, Georg. *Strafrecht*. A.T. 2. Aufl. Springer. Deutschland, 2009.

FISHER, Karla, **VIDMAR**, Neil and **ELLIS**, Rene. "The culture of Battering and the Role of Mediation in Domestic Violence Cases.". En: Southern Methodist University Law. Rev. Vol 46. 1993. pp. 2117 -2174.

FRISTER, Helmut. *Strafrecht A.T.* 7 Aufl. C.H. Beck. München, 2015.

GARDNER, Jhon. "In Defence of Defences" En: *Offences and Defences: Selected Essays in Philosophy of Criminal Law*. NYC, 2007. pp. 77-89.

GARVEY, Stephen P. "Self-defense and the Mistaken Racist". En: New Criminal Law. Rev. 11. 2008. pp. 119 – 171.

GEERDS, Dehev. "Das Ende des Tyrannen" En: JURA. 6. 1992. pp. 321 – 324.

GEILEN, Gerd. "Notwehr und Notwehrexzeß" En: JURA. Heft. 4. 1981. pp. 200 -210.

GEYER. August. *Die Lehre von der Notwehr*. Mauke. Jena, 1857

GIL GIL, Alicia. *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*. Comares. Granada, 2002.

GIL RUIZ, Juana María, *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Dykinson S.L. Madrid, 2007.

GILLESPIE, Cynthia K. *Justifiable Homicide. Battered Women, Self- Defense, and the law*. Ohio State University PRes. Columbus, 1989.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la parte general del derecho penal español*. Universidad Complutense de Madrid. España, 1979.

- “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?”. En: *Estudios de derecho penal*. 3 Edic. Tecnos. Madrid. 1990. pp. 140 -161.
- “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el código penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria.”. En: *Estudios de derecho penal*. 3. Edic. Tecnos. Madrid, 1990. pp. 289 -305.
- “Justificación y exculpación en Derecho Penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En: *Justificación y exculpación en Derecho Penal. (Coloquio Hispano – Alemán de Derecho Penal)*. (A. Esser/ E. Gimbernat/W. Perron. Eds). Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1995. pp. 63 -71.

GIMENO REINOSO, Beatriz y **BARRIENTOS SILVA**, Violeta. “Violencia de género *versus* violencia doméstica. La importancia de la especificidad.”. En: *Revista venezolana de estudios de la mujer*. Vol 14. No. 32. 2009. pp. 27 - 42.

GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal: Parte general*. Civitas, Madrid. 1984.

GRAFF, Sunny. “Battered women, Dead Husbands: A Comparative Study of Justification and Excuse in American and West German Law.”. En: *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law. Rev.* Vol 10. No. 1. 1988. pp. 1 - 55.

GROPENGIEßER, Helmut. *Der Haustyrannenmord. Eine Untersuchung zur rechtlichen Behandlung von Tötungskriminalität in normativer und tatsächlicher Hinsicht*. Dunker & Humblot – Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Berlin, 2008.

GROPP, Walter. *Strafrecht. A.T.* 4 Aufl. Springer. Deutschland, 2015.

GÜNTHER, Hans Ludwig. "La clasificación de las causas de justificación en derecho penal.": En: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. (D. Luzón/S. Mir Puig. Coords.). Aranzadi. España, 1995. pp. 45 -65.

HALE, Matthew. *The history of the Pleas of the Crown. Vol 1.* Sollom Emlyn ed. England, 1778

HASDAY, Jill Elaine. "Contest and consent: A legal history of marital rape." En: *California Law Rev.* Vol 88. 2000. pp. 1373 – 1505.

HAVERKAMP, Rita. „Zur Tötung von Haustyrannen im Schlaf“. En: *GA*. 2006. pp. 586 -604.

HEFERMEHL, Hendrik. *Der verursachte entschuldigende Notstand. (§35Abs. 1 Satz. 2,1. Beispielsfall, StGB)*. Dissertation. Tübingen, 1980.

HEINRICH, Bernd. *Strafrecht. A.T.* 3 Aufl. Kolhammer. Deutschland, 2012.

HELLER, Kevin Jon. "Beyond the reasonable man? A sympathetic but critical assessment of the use of subjective standars of reasonableness in Self- Defense and Provocation cases." En: *American Journal of Criminal Law*. Vol 26. No. 1. 1998. pp. 1- 120.

HERRING, Jonathan. *Criminal Law*. 7th edition. Palgrave - Macmillan. UK, 2011. (zit: **HERRING**. (2011)A).

- "The serious wrong of domestic abuse and the loss of control defence." En: *Loss of control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International perspectives*. (Reed./Bohlander. Eds.). Ashgate. UK, 2011.

(zit: HERRING. (2011)B).

- *Criminal Law. Text, cases and materials*. 6th ed. Oxford University Press. U.K., 2013.

HILGENDORF, Eric und **VALERIUS**, Brian. *Strafrecht. A.T.* 2 Aufl. C.H. Beck. München, 2015.

HILLENKAMP, Thomas. *Vorsatztat und Opferverhalten*. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1981.

- „In tyrannos –viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen“. En: FS. Für Koichi Miyazawa, (Köhne. Coord). Nomos. Deutschland, 1995. pp. 141 -158.
- „Anmerkung zum BGH Urteil vom 25.03.2003.“. En: JY. 2004. pp. 48 -52.

HOLTON, Richard and **SHUTE**, Stephen. “Self-control in the modern provocation defence”. En: Oxford Journal of Legal Studies. No. 27, 2007. pp. 49 – 73.

HOLTWORTH-MUROE, Amy y **STUART**, Gregory L. “Typologies of male batterers: Three sibtypes and the differences among them”. En: Psychological Bulletin. Vol 116. No. 3. 1994. pp.476 -497.

HORDER, Jeremy, “Sex, violence, and sentencing in domestic provocation cases.”. En: Criminal Law Rev. 1989. pp. 546 – 554.

- *Provocation and responsibility*. Clarendon Press. Oxford, 1992

- "Killing the passive abuser: A theoretical defence. En: *Criminal Law Theories: Doctrines of the general part*. (Shutesand/Simester Eds.). Oxford University Press. Oxford- NYC. 2002.

HRUSCHKA, Joachim. "Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?". En: NJW. 1980. pp. 21 -23.

HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Tecnos. España, 1981.

HWANG, Ho- Won. *Die Provokation bei Notwehr*. Centaurus Verlag. Herbolzheim, 2003.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*. COMARES. Granada, 1999. (zit: **IGLESIAS RÍO**. (1999)A.)

- *Perspectiva histórico – cultural y comparada de la legítima defensa*. Universidad de Burgos. Burgos, 1999. (zit: **IGLESIAS RÍO**. (1999)B.)

JAKOBS, Günther. *Strafrecht A.T.* 2 Auf. W de G. Berlin – New York, 1993.

JÄGER, Christian. *Examens-Repetitorium Strafrecht A. T.* Augl.6. C.F. Müller. Hamburg, 2013.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Segunda edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1961.

JIMÉNEZ DIAZ, María José. "Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable.". En: *Estudios penales sobre violencia doméstica*. (Lorenzo Morillas Cueva. Coord.) ER. Madrid, 2002.

JOHNSON, Michael. "Patriarchal terrorism and common couple violence: Two forms of violence against women". En: *Journal of Marriage and the Family*. No. 57. 1995. pp. 283 -294.

- "Domestic Violence: It's not about gender – Or is it?". En: *Journal of Marriage and family*. No. 67. 2005. pp. 1126 – 1130.

JORGE BARREIRO, Agustín. "Delitos contra la libertad". En: *Comentarios al Código Penal*. (G. Rodríguez Mourullo. Dir./A. Jorge Barreiro. Coord.). Civitas. Madrid, 1997. pp. 460 – 502.

KAUFMAN, Withley R.P. "Self-defense, imminence, and the battered women.". En: *Criminal law conversations*. (Robinson/Garvey/Kressker. Ed(s).). Oxford University PRes. Oxfrod, 2009. pp.407 -426.

KASPAR, Johannes. *Strafrecht. A.T.* 1. Aufl. Nomos. Deutschland, 2015.

KIEFNER, Martina. *Die provokation bei Notwehr (§32 StGB) und Notstand (§34 StGB)*. Dissertation. Gießen, 1991. p. 12.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. B.T. Teil I.* 7 Aufl. Nomos. Deutschland, 2015.

KLEINHERNE, Philipp Christoph. *Garantenstellung und Notwehrrecht. Zugleich ein Beitrag zum Entstehen und Erlöschen von Garantenstellungen*. P.L. Academic Research. Göttingen, 2013.

KRAUSE, Joan H. "Distorted reflections of Battered Women who kill: A response to Professor Dresller." En: *Ohio State Journal of Criminal Law*. Vol. 4. 2007. pp. 555-572.

- "Imminence reconsidered: Are battered women different?." En: *Criminal*

Law Conversations. (Robinson/Garvey/ Kressler Ed.). Oxford University Press. 2009. pp. 420 -422.

KRESSLER FERZAN, Kimberly. "Defending imminence: From battered women to Iraq." En: Arizona Law. Rev. No. 46. 2004. pp. 213 -262.

KIENAPFEL, Diethelm, **HÖPFEL**, Frank und **KERT**, Robert. *Strafrecht A.T.* 14 Aufl. Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung. Wien, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. "Acerca de la génesis de la fórmula <<el derecho no debe ceder ante el injusto.>>". En: *La antijuridicidad en derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa.* (M. Pawlik, U. Kindhäusser, J. Wilenmann, J. Mañalich. Coords.). B de F. Buenos Aires, 2013. pp. 65 -98.

KOSS, Mary P. *et al.* *No save haven: Male violence against women at home, at work and in the community.* American Psychological Association. Washington D.C., 2002.

KOTISWARAN, Prabha. "Feminist approaches to Criminal Law." En: *The Oxford Handbook of Criminal Law.* (Dubber/Hörnle. Eds.). Oxford University Press. UK, 2014. pp. 59 – 83.

KREY, Volker und **ESSER**, Robert. *Deutsches Strafrecht. A.T.* 5. Aufl. Verlag W. Kohlhammer. Deutschland, 2012.

KÜHL, Kristian. "Angriff und Verteidigung bei der Notwehr (I)". En: JURA. 1993. pp. 57 – 69.

- *Strafrecht A.T.* 7 Aufl. Vahlen, München, 2012.

KÜPER, Wilfried und **ZOPFS**, Jan. *Strafrecht*. B.T. 9. Aufl. C.F. Müller.Heidelberg, 2015.

LaFAVE, Waine R, *Criminal Law*. 9th Edition. West, USA, 2010.

LA FOND. Jhon. "The case for Liberalizing the Use of Deadly Force in Self Defense". En: Puget Sound Law Review. Vol 6. 1983. pp. 237 -280.

LAURENZO COPELLO, Patricia. "La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal.". En: RECPC. No. 7 -8. 2005. pp. 1 -23.

LEE, Cynthia. "Reasonable provocation and Self-Defense. Recognizing the Distinction Between Act Reasonableness and Emotion Reasonableness." En: *Criminal law conversations*. (Robinson/Garvey/Kressker. Ed(s).). Oxford University Press. Oxford, 2009. p. 427 - 432.

LEVERICK, Fiona. *Killing in Self-Defence*. Oxford University Press. Oxford - NY, 2006.

LIPPMAN, Matthew. *Contemporary Criminal Law: Concepts, Cases, and Controversies*. 2nd Edition. Sage. USA, 210.

LARRAURI, Elena. "Causas de justificación: criterios de identificación.". En: **HASSEMER**, Winfried y **LARRAURI**, Helena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Tecnos. Madrid, 1997. pp. 49 -126 (zit: **LARRAURI**. (1997)A.)

- *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta. Madrid, 1997. (zit: **LARRAURI**. (1997)B.)

- “Género y Derecho Penal”. Conferencia dictada en el marco del Seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas”, realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica. Consultado en línea en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_interin_teres/ponencia%20elena%20larrauri.pdf.
- “Violencia doméstica y legítima defensa: un caso de aplicación masculina del derecho.”. En: *Mujeres y sistema penal. Violencia Doméstica*. Editorial BdeF. Buenos Aires, 2008. pp 41 -94. (zit. LARRAURI. (2008)A.)
- “¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?. En: *Mujeres y sistema penal. Violencia Doméstica*. BdeF. Buenos Aires, 2008. pp. 95 132. (zit. LARRAURI. (2008)B.)
- “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia ... y algunas respuestas del feminismo oficial”. En: *Género, violencia y derecho*. (P. Laurenzo/M.L. Maqueda./A. Rubio. Coords.) Editores del Puerto. Buenos Aires, 2009. pp. 249-261.

LLOBET ANGLI, Mariona. “Amenazas y chantaje”. En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp.871 -890.

LLORIA GARCÍA, Paz. “Delitos contra la libertad (1): Detenciones ilegales y secuestros.”. En: *Derecho Penal. Parte Especial. Vol 1. La protección penal de los intereses jurídicos personales*. (J. Boix. Dir.). Iustel. Madrid, 2010. pp. 199 -223.

LÓPEZ GARCIA, Elena. “La figura del agresor en la violencia de género: Características personales e intervención.”. En: *Papeles del psicólogo*. No. 88. Septiembre, 2004. pp. 1-5.

LOOS, Fritz. "Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación". (E. Mallarino. Trad.) En: ZIS. 5, 2009. pp. 257 – 265.

LOUE, Sana. *Intimate partner violence. Societal, Medical, Legal and Individual Responses.* Plenum Publishers. USA, 2001.

LOVELESS, Janet. "Domestic violence, coercion and duress". En: Criminal Law Rev. Vol. 2. 2010. pp. 93 -108.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa.* Segunda edición. B. De F. Buenos Aires, 2006.

- *Lecciones de derecho penal: parte general.* Segunda edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2016.

MACKAY, R.D., COLMAN, Andrew M. and THOMTON, Peter. "The Admissibility of expert Psychological and Psychiatric testimony". En: *Analysing Witness Testimony: A Guide for Legal Practitioners and other professionals.* (Heaton-Armstrong/Sheperd/Wolchover. Eds.). Blackstone Press Limited. Greit Britain, 1999. pp. 321 -334.

MACKINNON, Catherine. "Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory." En: SIGNS: Feminist Theory Vol. 7, No. 3, 1982. pp. 515-544

- "Feminism, Marxism, Method, and the State: Towards feminst jurisprudence". En: SIGNS: Journal of Women in Culture and Society. No. 8. 1983. pp. 635–658.

- *Feminism unmodified discourses on life and law.* Harvard University Press. Londres. 1987.

MAGALDI, María José. *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Editorial Bosch. España, 1976. p. 29.

MAGUIGAN, Holly. "Battered women and self defense: Myths and misconceptions in current reform proposals". En: University of Pennsylvania Law Rev. No. 2. Vol. 140. Diciembre de 1991. pp. 379 - 486.

MAHONEY, Martha R. "Legal images of Battered Women: Redefining the issue of separation". En: Michigan Law Rev. No. 90. 1991. pp. 1 - 94.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. (S. Sentis Meledo. Trad.). EDIAR editores. Buenos Aires, 1949.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma.". En: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñoz*. Arazandi. Navarra, 2001. pp. 1515 - 1531.

MARK, Heike. *Häusliche Gewalt gegen Frauen. Ergebnisse einer Befragung niedergelassener Ärztinnen und Ärzte*. Tectum Verlag. Marburg, 2001.

MARTIN, Gian. *Defensivenotstand unter besonderer Berücksichtigung der <<Haustyrannentötung>>*. Schuttlhess. Basel. 2010

MARTÍN LORENZO, María. *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 2009.

MARTÍNEZ GARAY, Lucia. *La imputabilidad penal concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

- “Arrebato, obcecación u otro estado pasional”. En: *Memento práctico. Penal.* (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 437 – 440.

MASLOW COHEN, Jane. “Regimes of private tyranny> What do they mean to morality and for the criminal law?.”. En *University of Pittsburgh Law. Rev.* Vol. 57. 1996. pp. 757 - 808.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela. *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.* Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

MATT, Holger und RENZIKOWSKY, Joachim. *Strafgesetzbuch Kommentar.* Franz Vahlen. Munich, 2013.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal.* (Córdoba Roda. Trad.). Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

MAURACH, Reinhart und ZIPF, Heinz. *Strafrecht. A.T.* T1. C.F. Müller Juristischer Verlag. Heidelberg, 1987.

MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD. *Strafrecht BT.* Teilband 1. 9 Aufl. C.F. Müller. Heidelberg, 2003.

MAYORDOMO RODRIGO, Virginia. *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar.* Universidad del país Vasco. Bilbao, 2003.

McCOLGAN, Allen. “In defence of Battered Women who kill”. En: *Oxford Journal of legal Studies.* Vol. 13. No. 4 1993. pp. 508 -529.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 10 Edic. Reppertor. Barcelona, 2016.

MITCHELL, Barry. "Loss of Self-Control under the Coroners and Justice Act 2009: Oh no!". En: *Loss of control and diminished responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander. Eds.). Ashgate. UK, 2011. pp. 38 -50.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Bosch. España, 2001.

- "Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: Un difícil desafío para la teoría del delito.". En: *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. No 74. Mayo-agosto 2008. pp. 113 - 144.
- "Desigualdades penales y violencia de género". En: *AFDUAM*. No. 13. 2009.
- "La legítima defensa en el derecho penal". En: *RJUAM*. No 25. Año 2012. pp. 19-48.
- "Causas de inexigibilidad". En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 294 -301. (**zit: MOLINA FERNÁNDEZ. (2016)A**)
- "Legítima Defensa". En: *Memento Práctico Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 186 -202. (**zit: MOLINA FERNÁNDEZ. (2016)C**)

MORA, Antonio y **SANTANA** Txema. "Un hombre mata a su ex pareja de 36 años en Sevilla". En: Diario El País. 9 de diciembre de 2015.

Consultado en línea en: http://politica.elpais.com/politica/2015/12/09/actualidad/1449654633_959532.html

MORRIS, Oisín. *Die normative Restriktion des Heimtücke begriffes auf Basis der Teilverwirklichung von Rechtfertigungsgründen*. Duncker & Humblot. Berlin, 2010.

MORSE, S.J. "The Misbegotten Marriage of Soft Psychology and Bad Law: Psychological Self-Defense as a Justification for Homicide" En: Law & Human Behavior, Vol 14. No 6, 1990. pp. 595 – 618.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "¿"Legítima defensa" putativa?. Un caso límite entre justificación y exculpación.". En: Estudios penales y criminológicos. No. 15. 1990 -1991. Pp. 265 -288.

- "Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa.". En: Revista penal, no. 24. Julio de 2009. pp. 122 – 134.

MUÑOZ CONDE, Francisco y **GARCIA ARÁN**, Mercedes. *Derecho penal: Parte General*. Sexta edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2004.

MUÑOZ CUESTA, Javier. "Estados pasionales". En: *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995*. (Muñoz Cuesta. Coord.) Aranzadi. Navarra, 1997.

MURDOCH, Jefdreya B. "Is imminence really necessity?. Reconciling traditional self- defense doctrine with the battered women syndrome. En: Northern Illinois University Law Rev. No. 20. 2000. pp. 191 -218.

NINO, Carlos Santiago. *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*. Tercera reimpresión. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2005

NORRIE, Alan. "The Coroners and Justice Act 2009- partial defences to murder (1) Loss of control". En: *Criminal Law Rev.* Vol 4, 2010. Pp. 275 -289.

NOURSE, Victoria. "Passion's Progress: Modern law reform and the provocation defense". En: *The Yale Law Journal*. Vol 106. 1997. pp. 1331-1448.

- "Self- defense and subjectivity." En: *University of Chicago Law. Rev.* No. 68. 2001. pp. 1235 – 1308.

- "Reconceptualizing Criminal Defenses." En: *University of Pennsylvania Law. Rev.* Vol 151. 2003. pp. 1691 -1746.

- "After the reasonable man: Getting over the subjectivity objectivity question.". En: *New Criminal Law Rev.* No. 11. 2008. pp. 33-50.

- "Self –Defense". En: *The Oxford Handbook of Criminal Law*. (Dubber/Hörnle. Eds.) Oxford University Press. Oxford- NYC, 2014. pp. 607 -628.

O'DONOVAN, Katherine. "Defences for Battered Women Who kill". En: *Journal of Law and Society*. Vol.18. No. 2 . 1991. pp. 219 – 240.

OGLE, Robbin S. y **JACOBS**, Susan. *Self-defense and battered women who kill. A new framework*. PRAEGER. USA, 2002. Kindle edition.

O'LEARY, K. Daniel. "Psychological Abuse: A variable deserving critical attention in domestic violence.". En: *Violence and Victims*. Vol. 14. No. 1. 1999. pp. 3 -23.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier. Barcelona, 2001.

- “La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: Tratamiento del denominado <<Haustyrann>>. En: CDPC. Segunda época. No. 82. Enero de 2004. pp. 205 -221.

ONECHA SANTAMARÍA, Carlos. “La atenuante de arrebató u obcecación”. En: Boletín de información. No. 1120. 1978. pp. 7 -16.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 6. Aufl. Wde G, Berlin, 2000.

- *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*. 6. Auf. Berlin, 2002.
- „Heimtückemord unter außergewöhnlichen Umständen/Haustyrannen-Fall”. En: NsTZ. 2004. pp. 142 -144.

PALERMO, Omar. *La legítima defensa. Una revisión normativista*. Hammurabi. Argentina, 2007.

PAWLIK, Michael. *Der rechtfertigende Notstand*. WdeG.Berlín – Ney York, 2002.

- “El estado de necesidad defensivo justificante dentro de los derechos de necesidad”. (H.D. Orozco López. Trad.). En: En: Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. XXXIV. No. 96. Universidad Externado de Colombia. Enero –junio de 2013. (zit: **PAWLICK**. (2013)A.)

- “La legítima defensa según Kant y Hegel”. En: *La antijuridicidad en derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*. (M. Pawlik, U. Kindhäuser, J. Wilenmann, J. Mañalich. Coords.). B de F. Buenos Aires, 2013. pp. 3 – 64. (zit: PAWLICK. (2013)B.)

PENDLETON, Hibi A. “A critique of the rational excuse defense: A reply to Finkelstein”. En: *University of Pittsburgh Law Rev.* No. 57. 1996. pp. 651 – 676.

PEÑA- WASAFF, Silvia. *Der Entschuldigende Notstand*. Dissertation. Tübingen, 1979.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. “¿Qué puede hacer el Derecho Penal contra la violencia de género?.” En: *DEBATE*, publicación de la Asociación Democrática Progresista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 2. 2008. pp. 3-4.

- *Estudios sobre el delito de asesinato*. BdeF. Madrid, 2014.
- “Alevosía” En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. P. 455 – 459. (zit: PEÑARANDA. (2016)A).
- “Asesinato”. En: *Memento práctico: Penal*. (Molina Fernández. Coord.). Francis Lefebvre. Madrid, 2016. pp. 748 -772. (zit: PEÑARANDA. (2016)B).

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa?”. En: *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*. Tomo II. (E. Montealegre Lynett. Coord.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007. pp. 77-93.

PERRON, Walter. “Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes). En: *Justificación y exculpación en Derecho Penal. (Coloquio Hispano – Alemán de Derecho Penal.)*. (A. Esser/ E. Gimbernat/W. Perron. Eds). Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid, 1995.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del <<Common Law>>*. Comares. Granada, 2002.

PIZARRO BELEZA, Teresa. “Legítima Defensa e Género Feminino: Paradoxos da << Feminist Jurisprudence>>?”. En: *Revista crítica de Ciencias sociales*. No. 31. 1991. pp. 143 -159

POSADA MAYA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Tomos I y II. Editorial Ibañez –Universidad de los Andes. Bogotá, 2015.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal*. Vol 1. Séptima edición. Mateu Cromo. Madrid. 1988.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht A.T. im Spiegel der Rechtsprechung*. 2. Aufl. Nomos. Deutschland, 2011.

QUINTANAR DÍEZ, Manuel. *La eximente de miedo insuperable*. ENDERSA, Madrid. 1998.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho penal: Parte General*. PONS. Barcelona. 1989.

RAGUÉS i VALLÉS, Ramon. “Delitos contra la libertad”. En: *Lecciones de derecho penal*. 4. Ed. Atelier. Barcelona, 2015. pp. 95 -114.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. "Boys rules applied to non- boy fights: algunos aspectos discriminatorios del reasonable man standard en el common law". En: *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*. (P. Faraldo. Dir(a). Y A. Iglesias. Coord). Comares. Granada, 2010. pp. 43 -51.

RAMSEY, Carolyn. B. "Provoking Change: Comparative Insights on Feminist Homicide Law Reform.". En: *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 100. Issue 1. 2010. pp. 33- 108.

RATNAPALA, Suri. *Jurisprudence*. Cambridge University Press. UK, 2009.

REBOLLO VARGAS, Rafael. "Detenciones ilegales y secuestros". En: *Derecho penal español parte especial. (I)*. (J Álvarez García. Dir./ A. Manjón Cabeza - Olmeda/ A. Ventura Püschel. Coords.). Tirant lo blanch. Valencia, 2011

REED, Alan and **WAKE**, Nicola. "Sexual Infidelity Killings: Contemporary Standardisations and Comparative Stereotypes.". En: *Loss of Control and Diminished Responsibility. Domestic, Comparative and International Perspectives*. (Reed/Bohlander Eds.) Ashgate. UK, 2011. pp.115 - 133.

REDONDO ILLESCAS, Santiago y **ANDRES PUEYO**, Antonio. "Perfil y tratamiento de maltratador familiar". En: *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*. No. 30. 2004. pp. 25 -36.

REICHENBACH, Peter. „Die Rechtsfolgenlösung des BGH als Weg zur schuldangemessenen Strafe beim Mord". En: *JURA*. 2009. pp. 176- 183.

RENGIER, Rudolf. "Anmerkung zum BGH Urteil vom 2.8.1983". En: *NStZ*. 1983. pp. 21 -23.

- „Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? – Zur Tötung von (schlafenden) Familientzrannen.“. En: NStZ. 2004. pp. 233-240.
- *Strafrecht. A.T.* 7 Aufl. C.H. Beck. Nördlingen, 2015. (zit: **RENGIER.** (2015)A).
- *Strafrecht. B.T. II.* 16. Aufl. C.H. Beck. München, 2015. (zit: **RENGIER.** (2015)B).

RENZIKOWSKI, Joachim. *Notstand und Notwehr*. Duncker & Humblot. Berlin, 1994.

REQUEJO CONDE, Carmen. *La legítima defensa*. Tiran lo blanch. Valencia, 1999.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. 3 Edic. Temis. 2005.

- *El delito de tentativa*. Tesis doctoral inédita. 2014. Consultado en línea en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663676/reyes_alvarado_yesid%20tesis.pdf?sequence=1.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *La Antijuridicidad*. 3 Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1981.

RICHARDS, David. A.J. “Self-Defense and relations of domination: Moral and legal perspectives on battered women who kill.”. En: University of Pittsburgh Law. Rev. No. 57. 1996. pp. 461- 475.

RIPSTEIN, Arthur. “Self- Defnse and equal protection”. En: University of Pittsburgh Law Rev. No. 57. 1996. p. 685 -724.

RIVAS VALLEJO, María del Pilar y **BARRIOS BAUDOR**, Guillermo. *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Thomson - Aranzadi. Navarra, 2007.

ROBINSON, Paul H. "Criminal law defenses: A systematic analysis.". En: Columbia Law. Rev- Vol 82. No. 2 March. 1982. pp.200-291.

- *Criminal Law defenses*. West Group. USA, 1984. Volúmenes 1 y 2.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *La legítima defensa real y putativa en la doctrina del Tribunal Supremo*. Civitas. Madrid, 1976.

- "Todavía sobre el carácter subsidiario y el ámbito de aplicación de la legítima defensa". En: *Estudios jurídicos. Homenaje al profesor Alfonso Otero*. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 1981. pp. 769 - 779.
- "Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad". En: *Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor Antón Oneca*. Ediciones Universidad de Salamanca. España, 1982.
- "De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal". En: *Comentarios al Código Penal*. (G. Rodríguez Mourullo. Dir./A. Jorge Barreiro. Coord.). Civitas. Madrid, 1997.

ROSEN, Cathryn Jo. "The excuse of self-defense: correcting a historical accident on behalf of battered women who kill." En: The American University Law. Rev. Vol 36. No. 11. 1986. pp. 11- 56.

ROSEN, Richard. "On self-defense, imminence, and battered women who kill their batterers. En: North Carolina Law. Rev. No. 71. January. 1993. pp 371 - 411.

ROTSCH, Thomas. „Die Tötung des Familientyrannen: heimtückischer Mord? – eine Systematisierung aus aktuellem Anlass. En: Jus 2005. pp. 12 -18.

ROXIN. Claus. „Die provozierte Notwehrlage“. In: ZStW. 1963.

- „Über den Notwehrexzeß“. In: F.S. für Schaffstein. Verlag Otto Schwartz & Co. Göttingen, 1975. Pp. 105 -127. **zit. ROXIN**. (1975).
- "Die „sozialethischen Einschränkungen“ des Notwehrrechts. – Versuch einer Bilanz - “. In: ZStW. 1981. pp. 68 -104. **zit. ROXIN**. (1981). (= "Las <<restricciones ético-sociales" al derecho de legítima defensa. (Intento de balance)". (Gómez Benítez. Trad.) En: CDPC. No. 17. 1982. pp 297 - 324. **zit. ROXIN**. (1982).
- Von welchen Zeitpunkt an ist ein Angriff gegenwärtig und löst das Notwehrrecht aus?". In: GdS für Zong Uk Tjong. (H. Jescheck/J.Kim/H. Nishihara/ H. Schreiber. Coords.). Seibundo Verlag. Tokio, 1985. pp. 137- 148. **zit. ROXIN**. (1985).
- „Anmerkung zum BGH urt. 3.2.1993 – 3 StR 356/92 “. In: NStZ. 1993. pp. 335 y 336. **zit. ROXIN**. (1993).
- *Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito.* (Luzón/Díaz y García Conlledo/de Viente Remesal. Trad.). Civitas. Madrid, 1997. **zit. ROXIN**. (1997).
- *Strafrecht. A.T.* 4. Aufl. C.H. Beck. München, 2006. **zit. ROXIN**. (2006).

ROZELLE, Susan.D. "Controlling passion: Adultery and the provocation defense." En: Rutgers Law Journal. Vol 37, 2005. pp. 197 -233.

RIES, Christian. „Sozialethische“ Begründungen für Einschränkungen der Notwehr". Ponencia presentada en el seminario: „Die Bedeutung der Philosophie für strafrechtliche Grundlagenprobleme“ en el semestre de verano de 1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen. Consultado en línea: http://www.jura.uni-tuebingen.de/kuehl/mat_ss99.htm.

RINGELMANN, Christoph. „Mord an der Grenze von Unrecht und Schuld. Der Haustyrannenmord zwischen Unrecht. Schuld und Strafe“. En: *Grenzen des rechtfertigenden Notstands*. (M.Mona/K. Seelmann. Coords.). Schulthess. Basel, 2006. pp. 203 -216.

SACKETT, Leslie A. and **SAUNDERS**, Daniel G. "The impact of different forms of psychological abuse on battered women". En: Violence and Victims. Vol. 14. No. 1. 1999. pp. 105 -117.

SAGAW, Shirley. "A hard case for feminism: *People v. Goetz*.". En: Harvard Women's Law Journal. Vol 10. 1987. pp. 253 -273.

SAINZ CANTERO, José A. "Las causas de inculpabilidad en el Código Penal español (El principio de no exigibilidad)". En: RGLJ. No. 214. 1963. pp. 52 y ss.

- *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en derecho penal*. Universidad de Granada. Granada, 1965.

SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías. *Derecho penal español*. Tomo I. Reus. Madrid, 1945.

SANGERO, Boaz. *Self- Defence in Criminal Law*. Hart Publishing. Oxford-Portland, Oregon, 2006.

SANGHVI, Rohit and **NICOLSON**, Donald. "Battered women and provocation: the implications of R. Ahluwalia.". En: Criminal Law Rev. 1993. pp. 728 -738.

SCHRAMM, Edward. *Ehe und Familie im Strafrecht. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung*. Mohr Siebeck. Tübingen, 2011.

SCHLECHTRIEM, Bernd. *Das Mordmerkmal der Heimtücke und die lebenslange Freiheitsstrafe*. Dissertation. Köln, 1986.

SCHÖNKE/SCHRÖDER. *StGB. Kommentar*. 29. Aufl., C.H. Beck, München, 2014. **zit: SCHÖNKE/SCHRÖDER/(Autor del apartado)**. (2014).

SCHMITT-LERMANN, Hans. *Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 357. Breslau – Neukirch, 1935.

SEBOK, Anthony J. "Does an objective theory of Self-Defense demand too much?." En: University of Pittsburgh. Law. Rev. No. 57. 1996. Pp. 725 – 755.

SEEBERG, Rouven. *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess*. Peter Lang. Göttingen, 2004

SEELMAN, Kurt. *Strafrecht A.T.* 7 Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag. Basel, 2012.

SELIGMAN, Martin. E.P. *Helplessness: On Depression, Development and Death*. W.H. Freeman. San Francisco, 1975.

SHAFFER, Martha. "R.V. Lavalley: A review essay". En: Ottawa Law Rev. Vol 22. No. 3. 1990. pp. 607 -624.

SHEEHY, Elizabeth. *Defending Battered Women on Trial. Lessons from the Transcripts*. UBC Press. Canadá, 2014.

SHEPARD, Melanie. "Feminist practice principles for social work intervention in wife abuse". En: *AFFILIA: Journal of Women and Social Work*. Vol 6. No. 2. 1991. pp. 87 -94.

SHNEIDER, Elizabeth. **M** and **JORDAN**, Susan. "Representation of Women Who Defend Themselves in Response to Physical or Sexual Assault". En: *Women's Rights Law Reporter*. Vol 4. 1978.

SCHNEIDER, Elizabeth M. "Equal rights to trial for women: Sex bias in the law of self-defense". En: *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review*. Vol. 15. 1980. pp. 623 – 647.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Die Haustyrannentötung im Justizkulturvergleich". En: *FS für Hans-Heiner Kühne zum 70 Geburtstag*. (Esser/Gunther/Jäger/Mylonopolus/Öztürk. Coords.). C.F. Müller. Deutschlan, 2013. p. 815 – 821.

SCHOPP, Robert F, **STURGIS**, Bárbara and **SULLIVAN**, Megan. "Battered women syndrome, expert testimony and the distinction between justification and excuse". En: *University of Illinois Law Rev*. No. 1. 1994. pp. 45 -113.

SHOOP, Robert F. *Justifications defenses and just convictions*. Cambridge University Press. Cambridge, 1998.

SCHUMANN, Heribert. „Notwehr gegen Unterlassen?“. In: *F.S für Friedrich Dencker zum 70 Geburtstag*. Mohr Siebeck. Tübingen, 2012. pp. 287 -305.

SCHNEIDER, Ursula. „Der Haustyrann und die Reform der Tötungsdelikte – ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht.“. En: NStZ. 2015. pp. 64 – 69.

SHULHOFER, Stephen J. "The gender question in Criminal Law." En: Social Philosophy and Policy: Crime, Culpability and Remedy. Vol 7. Issue 2. Spring, 1990. pp. 105 - 137.

SMART, Carol. "La mujer del discurso jurídico." En: *Mujeres, Derecho penal y criminología*. Elena Larrauri (Comp.). Siglo XXI editores. México – España. 1994. pp. 167 .177.

SMITH, J.C. *Justification and excuse in Criminal Law*. Stevens and Sons. London, 1989.

STAHL, André. *Notwehr gegen Unterlassen*. Nomos. Deutschland, 2015.

STANGL, Benedikt. „Verhältnismäßige Notwehr“. Verlag Dr. Kovač. Hamburg, 2013.

STARK, Evan. *Coercive Control*. Oxford University Press. New York. 2007. Kindle Edition.

STECK, Peter. "Gewaltdelinquenz". En: *Handbuch der Rechtspsychologie*. (R. Volbert/M.Steller. Eds.). Hogrefe. Göttingen, 2008. pp. 28 -37.

STRATENWERTH, Günter und **KUHLEN**, Lothar. *Strafrecht*. A.T. 6 Aufl. Verlag Franz Vahlen. München, 2011.

STRATENWERTH, Günther. *DP. PG. I. El hecho punible*. (Cancio M/Sancinetti. Trad.). Thomson- Civitas. Madrid, 2005.

STRAUS, Murray A, "Measuring Intrafamily conflict and violence: The conflict Tactics (CT) Scales. En: *Journal of Marriage and the family*. Vol. 41. No. 1. 1979. pp. 75 - 88.

STREET, Amy E and **ARIAS**, Ileana. "Psychological Abuse and Posttraumatic Stress Disorder in Battered Women: Examining the roles of Shame and Guilt.". En: *Violence and Victimis*, Vol 16. No. 1. 2001. pp. 65 -78.

SUÁREZ LÓPEZ, José María. "Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica." En: *Estudios penales sobre violencia doméstica*. (Lorenzo Morillas Cueva. Coord.) ER. Madrid, 2002. pp. 239 -264.

SUAREZ, Tania. "La mujer que mató a su marido con una pesa dice que lo golpeó por miedo." Martes 23 de noviembre de 2010. Diario: La opinióncoruña.es.

Consultado en línea.
<http://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/11/23/mujer-mato-marido-pesa-dice-legolpeo-miedo/441575.html>

SUPPERT, Hartmut. *Studien zur Notwehr und <<notwehrähnlichen Lage*". Ludwig Röhrscheid Verlag. Bonn, 1973.

TAYLOR, L.J. "Provoked reason in men and wSomen: Heat of passion, manslaughter and imperfect self-defense". En: *U.C.L.A. Law Rev.* No. 33. 1986. pp. 1679 - 1675.

THOMPSON, Michael. "Aquinas, Locke and Self defense." En: *University of Pittsburgh Law Rev.* No. 57. 1996. pp. 677 - 684.

TRAPERO BARREALES, María A. *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*. Comares. Granada, 2000

- *El error en las causas de justificación*. Tirant lo blanch. Valencia, 2004.
- “Los elementos subjetivos en las causas de justificación: Una propuesta de interpretación a debate”. En: *La justificación penal: Balance y perspectivas*. (J.C. Carbonell Mateu Dir. L. Martínez Garay. Coord.). Tirant lo blanch. Valencia, 2008. p. 87 -99.

TRECHSEL, Stefan. “Haustyrannen <<mord>> - ein Akt der Notwehr?” En: KritV. F.S. für Hassemer zum 60 Geburtstag. 2000. pp. 183 -191.

TYSON, Danielle. *Sex, Culpability and the defence of Provocation*. Routledge. London and New York. 2013. Kindle Edition

VARONA GÓMEZ, Daniel. “La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica.”. En: **LARRAURI**, Elena y **VARONA**, Daniel. *Violencia doméstica y legítima defensa*. EUB. Barcelona, 1995. pp. 89 -144.

- *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Comares. Granada, 2000.
- “El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria?. Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia. En: RDPC. Segunda época. No. 7, 2001.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. “La eximente incompleta de legítima defensa”. En: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Vol. 1. Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho. España, 1993. pp. 453 -476.

VAN RIENEN, Rafael. *Die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts*. Nomos. Baden, 2009.

VENESY, Barbara A. "State v Stewart: Self-Defense and Battered Women: Reasonable perception of danger or license to kill." En: Akron. Law. Rev. Vol 23. No. 1. 1989. pp. 89-104.

VON HEINTSCHEL- HEINEGG, Bernd. *StGB Kommentar*. 2. Aufl. C.H. Beck. München, 2015. **zit: VON HEINTSCHEL- HEINEGG,/(Autor del apartado).** (2015).

VON SCHERENBERG, Carl – Friederich. *Die sozialethische Einschränkungen der Notwehr*. Peter Lang. Deutschland, 2009.

VON SCHIRACH, Ferdinand. *Culpa*. Salamndra. Madrid, 2012. pp. 53 -55.

VOß, Almuth. *Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse*. Duncker & Humblot. Berlín, 2013.

VILLANUEVA FERNÁNDEZ, Concepción. "El concepto de agresión en una sociedad sexista". En: *Violencia y sociedad patriarcal*. (U. Maquiera y C. Sánchez. Comps.). Ed. Pablo Iglesias. Madrid, 1990. pp. 55 -66.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna. "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal.". En *Revista de Derecho*. Vol XXIII – No. 2. Diciembre de 2010. pp. 149 -174.

WALKER, Leonnore. *Battered Women*. 1979. Kindle edition, HarperCollins e-books-2009.

- *The Battered woman syndrome*. Springer publishing company. New york. 1984.
- *The battered woman syndrome. (with research associates)* 3. Ed. Springer. USA, 2009. Kindle Edition
- "Battered Women Syndrome and Self – Defense". En: Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. Vol. 6. No. 2. 2012. pp. 321 -334.

WASIK, Martin. "Cumulative provocation and domestic violence". En: Criminal Law Rev. 1982. pp. 29 – 37.

WEAVER, Zachary L. "Florida's <Stand your ground> law: The actual effects and the need for clarification". En: Miami Law Rev. No. 63. 2008 -2009. pp. 395 – 430.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. (Fontán Balestra. Trad.). Roque de Palma editor. Buenos Aires, 1956.

WELKE, Wanja Andreas. „Der <<Haustyrannen-mord>> in deutschen Straftatsystem". En: ZRP. 2004. pp. 15 -20.

WESSELS, Johanes und **HETTINGER**, Michael. *Strafrecht B.T.* 1.Aufl. 32.C.F. Müller Verlag. Heidelberg, 2008.

WESSELS, Johannes, **BEULKE**, Werner und **SATZGER**, Helmut. *Strafrecht. A.T.* 43 Aufl. C.F. Müller. Deutschland, 2013.

WILDMAN, Stephanie and **DONOVAN**, Dolores. "Is the Reasonable Man Obsolete?: A Critical Perspective on Self-Defense and Provocation" En: Loy. L. A. Law. Rev. No. 14. 1980. pp. 435 - 468.

WILLOUGHBY, M.J. "Rendering each woman her due: Can a Battered Women claim self-defense when she kills her sleeping batterer?". En: University of Kansas Law. Rev. No. 38. 1989. pp. 169 – 192.

WHITMAN, James. "En la legítima defensa y la venganza. Entre el contrato social y el monopolio de la violencia.". (Beade, G. Trad.). En: Revista Nueva Doctrina Penal. No. 1, 2008. pp. 157 – 207.

WILDMAN, Stephanie. "Ending male privilege: Beyond the reasonable woman." Reviewed Work: *A Law of Her Own: The Reasonable Woman as a Measure of Man* by Caroline A. Forell, Donna M. Matthews. En: Michigan Law Rev. No. 6 Vol 98. 2000. pp. 1797-1821.

WILLIAMS, Glanville.. *Textbook of Criminal Law*. 2nd Edition. Stevens & Sons. London, 1983.

WÖSSNER, Marion. *Die Notwehr und ihre Einschränkungen in Deutschland und in den USA*. Duncker & Humblot. Berlin, 2006.

YEO, Stanley. "The role of gender in the law of provocation.". En: Anglo America Law Rev. No. 26, 1997. pp. 431 – 460.

- *Unrestrained killing and the law. Provocation and excessive self-defense in India, England and Australia*. Oxford University Press. Calcuta, Chennau, Mumbai, 1998.

ZORN, Alexandra. *Die Heimtücke im Sinne des §211 Abs.2 StGB - ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal?*. Duncker & Humblot. Berlin, 2013.

ZWIEHOFF, Gabriele. *Die provozierte Tötung. Zur Tatbestandsqualität der*

Provokationsvariante des §213 StGB. Nomos. Deutschland, 2001.

Münchener Kommentar Strafgesetzbuch. (W. Joecks und K. Mießbach. Coords.). Verlag C.H. Beck. München, 2003. **zit.:** *MüKo.* (2003)

Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. (U. Kindhäuser. Coord.) 6 Auflage. Nomos. Deutschland, 2015. **zit.:** *NK.* (2015)

American Psychiatric Association. *DMS 5.* American Psychiatric Publishing. Washington –London. 2013.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. 8. Aufl. Carl Heymanns Verlag. Deutschland, 2012. (**zit.:** *SK- StGB.* (2012))

Leipziger Kommentar StGB. (H.Laifhütte/R. Rissing-van Sann/ K. Tidemann. Coords.) 12 Aufl. De Gruyter Recht. Berlin, 2015. **zit.:** *LK.* (2015).

III Informe Internacional: Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación. Instituto de Estudios sobre Violencia Centro Reina Sofía de la Universidad Internacional Valenciana (VIU). 2010.

JURISPRUDENCIA:

- **España:**

STSe. del 30 de mayo de 1973.

STSe. del 26 de marzo de 1980.

STSe. del 29 de septiembre de 1984. 1932/1984

STSe. del 13 de abril de 1987.

STSe. del 30 de noviembre de 1990 .

STSe. del 29 de junio de 1990. No. 5064/1990.

STSe. del 21 de septiembre de 1992.

STSe. del 30 de marzo de 1993. 2124/1993.

STSe. del 22 de junio de 1993.

STSe. del 26 de abril de 1999. 673/1999.

STSe. del 24 de octubre de 2000. 1382/2000

STSe. del 14 de diciembre de 2001.

STSe. del 7 de mayo de 2002.

STSe. del 13 de diciembre de 2002. 2067/2002

STSe. del 4 de febrero de 2003. 149/2003

STSe. del 6 de febrero de 2003. 172/2003.

STSe. del 12 de julio de 2004. 900/2004.

STSe. del 26 de enero de 2005. 64/2005

STSe. del 22 de diciembre de 2005. STS. 7824/2005,

STSe. del 13 de octubre de 2005. 6110/2005.

STSe. del 8 de agosto de 2007.

STSe. del 19 de noviembre de 2007. 937/2007.

STSe. del 19 de diciembre de 2007. 1089/2007

STSe. del 9 de julio de 2007. 798/2009

STSe. del 23 de febrero de 2010. 140/2010.

STSe. 2 de abril de 2010.

STSe. del 16. abril de 2010. 1963/2010.

STSe. del 22 de abril de 2010 360/2010.

STSe. del 09 de julio de 2010.

Sentencia del TSJ. Galicia. Sede A. Coruña. Del 4 de marzo de 2011. 2085/2011

STSe. Del 4 de marzo de 2011.

STSe. del 20 de marzo de 2012. STS 2132/2012.

STSe. del 14 de julio de 2014.

STSe. del 6 de octubre de 2014. 4224/2014.

STSe. del 6 de octubre de 2014. 645/2014.

STSe. del 30 de diciembre de 2014. 5526/2014.

STSe. del 2 de febrero de 2015. 677/2015.

STSe. del 11 de junio de 2015. 2757/2015.

- **Alemania:**

Sentencia del *BGH* del 22.9.1956 – GSSt 1/56, BGHSt 9.

Sentencia del *BGH* del 2.12.1957 – GSSt 3/57, BGHSt 11.

Sentencia del *BGH* del 1.08.1961. 1 StR. 197/61. NJW. 1962. Pp. 308 y 309.

Sentencia del *BGH* del 1 de junio de 1965. GA. 1967. pp. 113 -114.

Sentencia del *BGH* del 12. 07. 1966. 1 StR 291/66. NJW. 1966. pp. 1823 -1825.

Sentencia del *BVerfG* del 21 de junio de 1977.

Sentencia del *BGH* del 15.5. 1979. -1 StR 7//9. NJW. 1979. pp. 2053 - 2054.

Sentencia del *BGH* del 25.11.1980 - 1 StR 563/80. NStZ. 1981. p. 138.

Sentencia del *BGH* del 19. 05. 1981 – GSSt 1/81, BGHSt 30.

Sentencia del *BGH*. 2.8.1983. NStZ 1983. p. 20

Sentencia del *BGH* del 11.01.1984 - 2 StR 541/83. JZ. 1984. pp. 529 - 530.

Sentencia del BGH del 30.10.1986 – StR 505/86

Sentencia del BGH del 25.09.1990. NStZ. 1991 p. 31 y ss.

Sentencia del BGH del 11.09.1995 - 4 StR 294/95. NStZ 1996. p. 29.

Sentencia del BGH del 22.11.2000 - 3 StR 331/00 JZ 2001. p.664 – 667.

Sentencia del LG de Offenburg del 24.07.2002 – 1 Ks 2 Js 550/02. StV. 2003. pp 671 -675.

Sentencia del BGH del 12. 02.2003. – 1AtR 403/02. NStZ. 2003. pp. 425 -428.

Sentencia del BGH. 25. 03. 2003. 1 StR 483/02. NJW. 2003.

Sentencia del OLG de Naumburg del 24.04.2013 - 2 Ss 58/12 NStZ. 2013 p. 718.

Sentencia del BGH. del 24. 07. 2003. 3. StR 153/03. NJW. 2003. pp. 3212 - 3214.

Sentencia del BGH. 23. 11. 2004. - 1StR 331/04. NStZ 2205. pp. 154-155.

Sentencia del BGH. Del 9.8.2005. 1 Str, 99/05. NStZ. 2006. pp. 152 y 153.

Sentencia del BGH del 25.04.2013 - 4 StR 551/12. NJW. 2013 p. 2133.

- **Estados Unidos:**

Nelson v. State, 181 N.E. 448. (Ohio. Ct. App. 1932).

Oklahoma Criminal Court of Appeals. *Easterling v. State*. 267. P.2d. 185. Oka. Crim App. (1954.).

Supreme Court of Washington. *State v Elis*, 30 Wash. 369, 70. (1902).

Supreme Court of Tennessee. *Kress v. State*. Cfr: *Kress v. State*, 144 S.W.2d 735. (1940).

Supreme Court of California, *People v. Berry*, 18 Cal. 3d 509, 134 Cal. Rptr. 415, 556 P. 2d. 777 (1976).

Commonwealth V. Klein. 372 Mass. 823. (1977)

Supreme Court of Washington. *State. v. Wanrow*, 88 Wash. 2d 221, 559 P. 2d 548. (1977).

Supreme Court of Illinois. *People v. Mulcahey*. 381N-E 2d 254. (1978).

Supreme Court of North Dakota, *State of North Dakota v. Janice Leidholm*. 334 N.W. 2d 811 (1983).

Supreme Court of Wisconsin. *State v. Felton*. 110 Wis.2d 485 329 N.W.2d 161 (1983).

Supreme Court of Wyoming. *Jahnke v. State*, 682 P2d 991. Wyo. (1984).

Appellate Division of the Supreme Court of the State of New York, Fourth Department. *People v. Emick* 103 A.D.2d 643 (1984). November 7, 1984.

Supreme Court of New Jersey. *State of New Jersey v. Gladys Kelly*, 97 N.J. 178; 478 A.2d 364. (1984).

United States Court of Appeals. *United States v. Contento -Pachón*. 723 F 2.d. 691. (1984).

Court of Appeals of New Mexico.. *State v. Branchal*, 684 P.2d 1163 (1984).

Corte Suprema de Kansas. *State v. Hundley*, 236 Kan. 461, 467-68, 693 P.2d. (1985).

Court of Appeals of New York. *People v. Goetz*, 497 N.E 2d. 41, 52. (NY. 1986).

Court of Appeals of New York. *People v. Mc Manus*. 67 N.Y. 2d. (1986)

Court of Appeals of New Mexico. *State v. Gallegos*. 1986-NMCA-004, 104 N.M. 247, 719 P.2d 1268 (Ct. App. 1986)

Supreme Court of Kansas, *State v. Hodges*. 239 Kan. 63 716 P. 2d. 563. (1986).

Supreme Court of the United States. *Martin v. Ohio*. 480 U.S. 228, 107 S.Ct. 1098. (1987).

Supreme Court of Indiana. *Whipple v. Indiana*. 523. N.E. 2d. 1363,1366. Ind. (1988).

Supreme Court of Kansas, *State, v. Stewart, Appellee*. 763 P.2d 572 (1988).

Court of Appeals of North Carolina, April 5, 1988. *State of North Carlina v. Judy Norman*. 366 S.E. 2d 586 (1988) 89 N.C. App 384.

Supreme Court of North Carolina. *State of North Carolina v. Judy Norman*. No. 161PA88. April 5, (1989).

Court of Appeals of California. *People v. Aris* 215 Cal.App.3d 1178, 264 Cal. Rptr. 167. (1989).

Court of Appeals of Maryland. *Girouard v. State*. 321 Md. 532, 583 A.2d 718. (1991).

United States Court of Appeals. *United States v. LaFleur*, 971 F.2d 200 (1991).

Appellate Court of Illinois, *People v. Beasley* 622 N.E. 2d 1236 (1993) 251 Ill. App. 3d 872. 190 Ill Dec 919. (1993).

Supreme Court, Queens County. *People v. Rossakis*. 159 Misc.2d 611 (1993).

Court of Appeals of Alaska *Ha v. State*. 892. P.2d. 184. (1995).

State v. Gartland 149 NJ 456,694 A.2d 564 (1997).

United States Court of Appeals. *US. V. Haynes*. 143 F 3d. 1089,1090. (7th. Cir. 1998).

State v. Niemeyer, 252 Conn. 917, 744 A.2d 437 (1999).

District Court of Appeals of Florida. *Hunt v. State*, 753 So. 2d 609 (2000)

Supreme Court of Minnesota, *State v. Glowacki*. 630. N.W. 2d 392 (Minn. 2001).

Missouri Court of Appeals. *State v. Habermann*, 93 S.W.3D. 835 MO. CT. APP. (2002).

Supreme Court of California. *People v Steele*, 27 Cal. 4th 1230, 120 Cal Rptr, 2d. 432, 47 P.3d 225 (2002).

Supreme Court of California. *People v. Anderson*. 28 Cal. 4th 767, 122 Cal Rptr.

2d. 587, 50 P- 3d 368. (2002).

Court of Special Appeals of Maryland. September 13, 2004. *State of Maryland v. Barbara Ann Peterson*. 857 A.2d 1132 (2004) 158 Md. App. 558.

Supreme Court of Rhode Island. *State v. Amarilis Urena*. 899 A.2d 1281 (2006).

Supreme Court of the State of New York. County of Queens, Jury Trial. *People v. Bárbara Sheehan*. Indictment No. 1124/08. October 6th. 2011.

- **Reino Unido:**

Vaughan v Menlove [1837] 132 ER 490 .CP

R. v. Duffy [1949] 1 All ER 932n. .

Julien [1969] 1 WLR 839

McInnes, 55 Cr App R 551 [1971].

R v Davies [1975] 1 QB 691.

DPP for Northern Ireland v Lynch [1975] AC 653.

Camplin, [1978] 2. All ER 168.

Graham. [1982] 1 All Er.

Howe [1987] 2 WRL 568.

Beckford [1988] AC 130 Privy Council.

R. v Kiranjit Ahluwalia, [1993] 96 Cr. App. R. 133

R v. Emery [1993] 14 Cr. App. R. (S.). 394

R v Clegg 1995 1 AC 482. House of Lords.

R v Humphreys [1995] 4 All ER 1008 Court of Appeal.

Owino [1995] Crim LR 743.

R v. Humphreys, [1995] a All ER 1008.

R v Thornton (2). [1996] 1 WLR 1174

Luc Thiet Thuan [1997] AC 131 Privy Council (Appeal from Hong Kong).

Baker and Wilkins. [1997] Crim LR 487 (CA).

R v Bowen [1997] 1 WLR 372.

R v Burstow [1997] UKHL 34 House of Lords.

R v Smith (Morgan) [2000] 3 WLR 654 House of Lords.

R. v. Martin. [2001]. 2 WLR 1 Court of Appeal.

Walker [2003] EWCA Crim 1837.

Antar [2004] EWCA 2708.

Attorney - General for Jersey v. Holley [2005] UKPC 23.

Hasan [2005] UKHL 22.

R v. A. [2012] EWCA Crim 434

Safi [2003] EWCA Crim 1809.

Dawes [2013] EWCA Crim 322.

R v GAC [2013] EWCA Crim 1472

- **Australia:**

McKay [1957] ALR 648.

Howe [1958] 1000 Clr 448.

Kontinnen. [1992] CrimLJ#16/360. SC. South Australia. March 26 1992.

South Australia Court of Criminal Appeal. *R v. R.* [1981] 28 SARS 321.

Supreme Court of Australia. *The Queen v. Runjanjic. The Queen v. Kontinnen.* Nos. 226 and 227 of 1991. Judgment no 2951. 56 SASR 114 [1991] SASC 2951 (1991).

- **Canadá:**

Supreme Court of Canada. *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852.

Court of Appeal for Ontario. *R v. Craig*. 2011. ONCA 142.

- **India:**

Supreme Court of India *Nanavati v State* AIR 1962 SC 605. 1959.

- **Israel:**

District Court. 29/94. *The State of Israel v. Buchbut* PM (1995) (1) 272.

Supreme Court of Israel. *Buchbut v. The State of Israel*. ca 6353/94 pd 49 (3) 647. (1995)

- **Nueva Zelanda:**

Court of Appeal of New Zeland. *The Queen v. Epifania Suluape*. CA 249/01. 27 March 2002.

- **Colombia:**

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 11 de Abril de 2002. Radicado 14731

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 285/97. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

LEGISLACIÓN E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

Model penal code and commentaries. American Law Institute. Philadelphia, Part. I. General Provisions. 1985. Part. II. Definition of specific crimes. 1980.

Código Penal español

Código Penal alemán. *StGB*.

Código Penal colombiano.

The Crimes Amedment Act 1982. New South Wales – Autralia.

Coroners and Justice Act 2009 – Reino Unido.

Homicide Act 1947 – Reino Unido.

Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Declaración de Beijing de 1995.

United Nations Declaration on the Elimination of Violence against Women. 1993.

PÁGINAS DE INTERNET CONSULTADAS:

- http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926144037&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m3=1259924822888.
- <http://www.elmundo.es/espana/2014/12/08/54856d88ca47415d4b8b456e.html>.
- http://www.purpleberets.org/barbarasheehan_trial.html
- http://www.jura.uni-tuebingen.de/kuehl/mat_ss99.htm.
- <http://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/11/23/mujer-mato-marido-pesa-dice-legalpeo-miedo/441575.html>
- www.academia.edu

- <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es>
- http://politica.elpais.com/politica/2013/10/08/actualidad/1381230528_971096.html
- “La mujer asesinada en Prosperidad iba a presentar una demanda de separación”.
<http://www.20minutos.es/noticia/1398380/0/mujerasesinada/prosperidad/separarse/#xtor=AD-15&xts=467263>
- <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=10>
- <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>.
- http://politica.elpais.com/politica/2015/12/09/actualidad/1449654633_959532.html
- “De once puñaladas mató a su expareja en Cúcuta”. En: Periódico el Universal. 9 de Octubre de 2015.
<http://www.eluniversal.com.co/colombia/cucuta/de-once-punaladas-mato-su-expareja-frente-su-hija-en-cucuta-208136>
- Comunicado de prensa del Presidente Hollande referente a la concesión del indulto parcial a Jacqueline Sauvage, Consultado en línea: <http://www.elysee.fr/communiqués-de-presse/article/jacqueline-sauvage/>
- “Anulan pena de muerte a mujer que mató a su marido tras meses de maltrato”. En: Periódico El Espectador. Junio 24 de 2014. Consultado en línea en: <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/anulan-pena-de-muerte-una-mujer-mato-su-marido-tras-mes-articulo-500137>