



LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE
VIOLENCIA DE GÉNERO



Trabajo de Fin de Grado - Grado en Derecho

Universidad del País Vasco -
Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU)

Trabajo realizado por AMAIA ARRARÁS JARA

Dirigido por JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Trabajo de Fin de Grado

Grado en Derecho. Facultad de Donostia - San Sebastián

Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV-EHU)



Índice

Abreviaturas	4
Resumen	5
I. Introducción	6
II. Del Derecho androcéntrico a una justicia en clave feminista: la necesaria perspectiva de género para el alcance de la igualdad efectiva	10
1. El androcentrismo del derecho y la justicia patriarcal	10
2. Un problema de dogmática penal	14
3. La necesaria perspectiva de género para el alcance de la igualdad efectiva	16
III. Entre la justificación y la exculpación. El Síndrome de la Mujer Maltratada (SMM)	22
1. Juicio de antijuridicidad vs juicio de culpabilidad	22
2. El marco de violencia de género como condicionante de la acción defensiva de la mujer maltratada	23
A) <i>El ciclo de la violencia conyugal</i>	24
B) <i>El Síndrome de la Mujer Maltratada (SMM)</i>	25
C) <i>Relevancia jurídico-penal del SMM</i>	27
IV. La legítima defensa en el Derecho penal español	28
1. Los requisitos de la legítima defensa	30
A) <i>Agresión ilegítima</i>	30
B) <i>Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión</i>	32
C) <i>Falta de provocación suficiente por parte del defensor</i>	34
D) <i>Aspecto subjetivo: voluntad de defensa</i>	34
2. Restricciones ético-sociales a la legítima defensa	35

3. Desestimación de la legítima defensa por los tribunales en los casos de muerte del tirano a manos de la víctima	35
A) <i>Falta de actualidad de la agresión</i>	36
B) <i>Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión</i>	40
C) <i>El ánimo de defensa</i>	41
4. Una alternativa agridulce: el miedo insuperable	42
V. Una adecuada reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa a la luz de una perspectiva de género: una propuesta personal	43
EXCURSO: la calificación de la conducta defensiva: <i>animus necandi</i> y alevosía	44
1. Un apunte previo sobre las restricciones ético-sociales a la legítima defensa.....	47
2. La actualidad de la agresión ilegítima	49
A) <i>Necesidad de la defensa como elemento informador del requisito de actualidad</i>	50
B) <i>La inminencia de la agresión: la importancia de los conocimientos especiales de la víctima</i>	51
C) <i>El maltrato habitual como delito permanente: la agresión Incesante</i>	54
D) <i>El cese de la agresión y la persistencia de la necesidad defensiva</i> ...	54
3. Necesidad racional del medio empleado	56
4. Elemento subjetivo de la defensa	58
VI. Legítima defensa putativa: la apreciación del error desde la perspectiva de la víctima	59
V. Conclusiones	60
Bibliografía	65
Jurisprudencia relevante	69

Abreviaturas

Art.: artículo(s)

CE: Constitución Española

CP: Código penal

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

FJ: Fundamento jurídico

Núm.: número

P.: página(s)

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

SMM: Síndrome de la Mujer Maltratada

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

Resumen

Bajo la aparente neutralidad de la institución de la legítima defensa, se esconden unos requisitos que, elaborados sobre un modelo de confrontación directa entre personas de igual fuerza física, convierten esta figura en inaplicable para las mujeres víctimas de violencia de género que acaban con la vida de sus agresores. El ambiente de opresión creado por el contexto de violencia cíclica y permanente y el impacto psicológico que ello tiene en la víctima, la conduce a ejecutar una acción defensiva aprovechando una situación no confrontacional donde el agresor se encuentra desprevenido o indefenso, o a utilizar medios defensivos de especial peligrosidad para compensar su situación de inferioridad física y poder asegurar el éxito de su defensa. Sin embargo, las especiales circunstancias que rodean la vida de estas mujeres, y en particular el síndrome de la mujer maltratada, únicamente han sido incluidas en la práctica judicial para apreciar un trastorno mental transitorio por el que aplicar la eximente de miedo insuperable. En el presente trabajo se propone una relectura de los requisitos de la legítima defensa que, a la luz de una necesaria perspectiva de género, proporcione una respuesta penal adecuada a aquellas mujeres que, no disponiendo de medios alternativos eficaces o exigibles de defensa, ejecutan su acción defensiva de la única forma y con los medios que su concreta situación les permite.

Palabras clave: Derecho Penal, legítima defensa, perspectiva de género, androcentrismo, violencia de género, maltrato, causa de justificación, actualidad de la agresión, necesidad de defensa, síndrome de la mujer maltratada.

I. Introducción

La legítima defensa, residuo de la venganza privada y de naturaleza protectora de los bienes jurídicos perturbados por terceros, fue introducida en el primer Código Penal español de 1822 tras su larga tradición histórica, convirtiéndola en un símbolo de orden jurídico que permite, no sin acotamientos y estrictos requisitos, desvirtuar la antijuridicidad inicial de un hecho típico convirtiéndolo en lícito y aprobado por el Ordenamiento jurídico¹.

Actualmente regulada en el artículo 20.4 del Código Penal (en adelante, CP)², localizado en el Capítulo II del Título I –dedicado a las causas que eximen de responsabilidad criminal– esta institución permite hoy impedir o repeler agresiones injustas contra bienes jurídicos únicamente personales³, tanto propios como ajenos, aglutinando en una única figura las tres variantes que de la misma preveía su regulación penal hasta la reforma de 1983 (legítima defensa propia, de parientes y de extraños).

De entre las causas de justificación que, conforme al derecho positivo, eximen total o parcialmente de responsabilidad criminal, el instituto de la legítima defensa ocupa un lugar de especial relevancia por su constante invocación en los procesos penales, así como por los numerosos debates que suscita dentro de la doctrina y la jurisprudencia. La propia naturaleza de esta figura, no exenta de opiniones doctrinales divergentes, permite hoy dotarla de un doble fundamento: «el aspecto individual, consistente en la necesidad de defensa del bien jurídico personal, esto es, en la necesidad para el Derecho de defender frente a la agresión ilegítima un bien jurídico personal en peligro [...], y el fundamento supraindividual, que estriba en la necesidad de defensa, afirmación y prevailecimiento del propio Derecho u orden jurídico frente a la agresión antijurídica que lo pone en cuestión»⁴.

¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 331.

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ Quedan fuera de la órbita de la legítima defensa los bienes jurídicos cuyo titular es la sociedad o el Estado. No obstante, autores como Zaffaroni o Díez Ripollés abogan por el replanteamiento de la institución a favor de su posible aplicación ante bienes jurídicos colectivos. Vid.: DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte General*, 5ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 306.

⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 397. En palabras del autor, «este aspecto supraindividual supone también la peculiaridad de que,

Sin embargo, el principio de prevalencia del Derecho no opera siempre y en todo caso, pues esta causal de justificación ha de ajustarse a los requisitos y principios que informan la institución, renunciando a cualquier apriorismo sistemático que conduzca a justificar toda conducta defensiva. Es en los delitos contra la vida y la integridad física donde prevalece la presencia de la legítima defensa, lo que explica el riguroso análisis que de los requisitos de la misma ha de hacerse para poder admitir la justificación de la conducta típica.

Para la estimación de una defensa personal justificada se requiere⁵, como principal elemento al que se subordinan los demás, la realidad de una agresión ilegítima que, poniendo en riesgo bienes jurídicos personales, justifique el empleo de medios defensivos para impedirlos, si bien éstos han de ser racionalmente proporcionados, y que el acometido no haya provocado la agresión.

Con todo, la parca regulación de la legítima defensa –condensada en un solo precepto de escasa extensión–, la vacilante jurisprudencia que la rodea y los contextos en los que es invocada la convierte en una causa de justificación que, a pesar de la claridad expositiva de su redacción, esconde una figura enormemente compleja. En efecto, la pluralidad de situaciones difusas y la tensión y el dramatismo que envuelven los casos en que es aducida, provocan que sus requisitos no siempre permitan concluir con facilidad cuándo una conducta queda cobijada bajo el paraguas de la legítima defensa. Ello requiere un exhaustivo examen de las circunstancias concretas en las que tienen lugar los hechos, donde elementos como la agresividad, los medios utilizados, la riña previa o la venganza pueden condicionar la aplicación de esta eximente.

No obstante, su interpretación por los órganos judiciales no sólo estriba en determinar el alcance de los requisitos de esta figura, sino en «una decisión política acerca de castigar o no ciertos actos que se intentan subsumir en esta causal de justificación. Ello agrega una indudable carga política a la discusión, que no la exime de estar en un

si se ejerce, la legítima defensa cumple una función de intimidación general de potenciales delincuentes y de prevalecimiento del Derecho, es decir, una *función de prevención general* similar a la de la pena», pp. 587-588.

⁵ Al amparo del artículo 20.4 del CP, está exento de responsabilidad criminal «el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirlos o repelerlos. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

permanente contacto con diversas realidades sociales, a las cuales se discute aplicar los efectos justificatorios de la institución»⁶.

Una de las problemáticas suscitadas en los últimos tiempos en relación a la aplicación de esta eximente radica en la errada interpretación que de los requisitos de la misma han venido realizado los tribunales en aquellos casos de mujeres víctimas de violencia de género que, en defensa de sus propias vidas, provocan lesiones o acaban con la vida de sus agresores tras ser sometidas, de forma continuada, a agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales.

El acto defensivo de la mujer que responde a una agresión actual de su pareja no parece generar discusión en torno a la aplicación de la eximente. Sin embargo, aquellos casos –los más habituales– en los que las mujeres matan a sus parejas agresoras en una situación sin confrontación, una interpretación simplista de la dogmática penal –ajena al contexto en el que es aplicado y de las particularidades de los sujetos implicados– conduce al procesamiento de las víctimas de violencia por entender inaplicable la eximente por la falta del requisito de actualidad de la agresión.

Asimismo, estas conductas defensivas a menudo ejecutadas aprovechando una situación en la que el agresor se encuentra desprevenido o indefenso, conducen a su calificación como asesinato por la aparente concurrencia de la agravante de alevosía. Una interpretación que parece mostrarse ciega al ambiente de opresión e intimidación constante creado por la habitualidad del maltrato que imposibilita una defensa exitosa durante la confrontación directa entre agresor y víctima, donde además juega un papel decisivo la mayor potencialidad física del maltratador.

Partiendo de la problemática planteada, y siendo conscientes de la dificultad existente para configurar en estos casos la legítima defensa en un primer nivel de análisis, se plantea en el presente trabajo una reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa a la luz de una perspectiva de género que atienda a las especiales circunstancias y padecimientos de la mujer maltratada como criterio necesario para justificar el marco no confrontacional en el que suele tener lugar la conducta defensiva, así como la utilización de medios especialmente lesivos en su ejecución.

⁶ VERA SÁNCHEZ, J. S., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, Nº 2, 2019, p. 263.

Para ello, la metodología empleada parte de un análisis de las causas que hacen subsistir esta problemática en la actualidad, que encuentra sus raíces en el imperialismo intelectual masculino impuesto como universal y que aún genera interpretaciones injustas que someten la realidad de las mujeres a una valoración androcéntrica de las normas penales, donde la fuerte sacralización de la dogmática penal impide dar respuesta a las reivindicaciones feministas que exigen adecuar el Derecho penal al marco de violencia conyugal.

Seguidamente, se realiza un somero estudio sobre la violencia de género desde una perspectiva psicológica, donde los importantes estudios de la Dra. Walker sobre este fenómeno permitan desentrañar los mecanismos, causas y consecuencias que colocan a la víctima de maltrato en una situación de especial vulnerabilidad.

De esta manera, el llamado «síndrome de la mujer maltratada» se convierte en la piedra angular de este estudio, en la medida en que permite dotar de base empírica al patrón de conducta al que responden las mujeres víctimas de violencia de género y, por ende, explicar por qué la mujer maltratada opta por defenderse de su agresor de manera distinta a la que tradicionalmente se exige para poder justificar, al amparo del art. 20.4 del CP, una conducta defensiva.

No obstante, las circunstancias particulares que rodean la defensa de una mujer maltratada frente a su agresor han pasado desapercibidas en la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, y así se trasluce del estudio que en el presente trabajo se realiza sobre las principales causas que llevan a los operadores jurídicos a negar la justificación de la conducta típica realizada por la mujer en su acción defensiva. A pesar de que el síndrome de la mujer maltratada se haya convertido en nuestro país en un importante elemento sobre el que fundar un trastorno mental transitorio de la víctima y, en consecuencia, una eximente de miedo insuperable, ello no proporciona una respuesta adecuada a la pregunta de si la mujer puede ver justificada su acción defensiva aun cuando la misma no se ajuste al esquema de confrontación directa entre personas de fuerzas similares sobre la que fue configurada esta causal de justificación.

Para responder a esta cuestión se realiza una propuesta reinterpretativa de los requisitos de la legítima defensa a la luz de una perspectiva de género, que toma como punto de partida la incorporación de las circunstancias concretas del hecho y las personales de la víctima en el criterio interpretativo que proporcione una valoración sobre

la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa en atención al contexto y las circunstancias en las que es aplicada.

De esta manera, la perspectiva de género demuestra ser el ingrediente fundamental para una adecuada reconsideración de los requisitos legales de la legítima defensa, que permita ajustarlos a la realidad de cada uno de los sujetos a los que se dirige el Derecho penal: hombres y mujeres cuyas respectivas características y distintas circunstancias implican también una distinta forma de ejercer su derecho de defensa.

II. Del Derecho androcéntrico a una justicia en clave feminista: la necesaria perspectiva de género para el alcance de la igualdad efectiva

1. El androcentrismo del derecho y la justicia patriarcal

La importante labor que el feminismo crítico del Derecho ha realizado en su continua lucha por visibilizar la discriminación de las mujeres en el mundo jurídico, ha permitido resquebrajar la coraza de objetividad, neutralidad y racionalidad que históricamente ha caracterizado a esta disciplina, desenmascarando los mecanismos –a la vista imperceptibles– con los que el Derecho contribuye a la construcción cotidiana del orden patriarcal mediante la reproducción de modelos de masculinidad y feminidad funcionales al sistema de dominación⁷.

El Derecho ha desempeñado un papel sustancial en el mantenimiento y refuerzo de las estructuras de desigualdad de género, no sólo mediante normas abiertamente discriminatorias⁸, sino también por medio de leyes que, bajo su aparente neutralidad,

⁷ En efecto, las distintas corrientes feministas identifican el Derecho como un instrumento del orden patriarcal que normaliza las conductas de hombres y mujeres, estableciendo estándares de privilegio masculino y subordinación femenina. Así: GARBAY MANCHENO, S., “El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica”, *Revista de Derecho*, N°. 29, Quito, 2018.

⁸ Como ejemplos de casos flagrantes de discriminación de las mujeres en nuestra legislación, pueden citarse: la «licencia marital», esto es, la autorización que las mujeres debían recabar de sus maridos para la realización de diversos actos de contenido jurídico y patrimonial, plasmada en los artículos 60 y ss. del Código Civil español hasta 1975, y en el ámbito penal, el «delito de adulterio», vigente hasta 1978, y el denominado «uxoricidio *honoris causa*», consistente en la exención o atenuación de la pena para el marido que matase a la esposa sorprendida en adulterio.

reflejan valores, estilos e ideologías netamente masculinas. En efecto, suprimir el trato diferenciado y discriminatorio⁹ de las mujeres del panorama legislativo no ha conllevado la eliminación del tinte misógino que adultera todas las instituciones, y en especial las normas y su aplicación judicial.

Las prácticas sociales, políticas e intelectuales que construyen el Derecho fueron desarrolladas casi exclusivamente por varones y, aunque superado el trato diferenciado entre mujeres y hombres sobre el papel, la discriminación de género se percibe hoy en la aplicación de normas –especialmente penales– que, pensadas para los hombres, son aplicadas de igual forma a las mujeres, quienes a menudo no encajan en el modelo tradicional en el que éstas fueron configuradas e imposibilita el acceso de las mujeres a un derecho penal en condiciones de igualdad con los hombres.

Ello reafirma la posición de LARRAURI¹⁰, en tanto en cuanto las normas «se aplican según una perspectiva masculina y toman como referencia a los hombres (blancos de clase media)» creando un «Derecho penal masculino» cuyas normas, aparentemente objetivas, esconden un punto de vista androcéntrico que coloca al hombre como sinónimo de humanidad¹¹, lo que provoca que en «el discurso jurídico que aparece como neutro, en unos casos, y favorecedor con las mujeres, en otros, subyazcan imaginarios y elementos simbólicos que mantienen intacto el orden de dominación patriarcal»¹².

De esta forma, el sesgo sexista del derecho trasciende sus contenidos normativos y provoca una aplicación del derecho que reproduce la versión social dominante¹³. Al

⁹ La existencia de normas discriminatorias llevó a las feministas críticas del Derecho a afirmar que «el derecho penal es sexista». Fruto de tales críticas, se produjo la reformulación y/o promulgación de leyes expresadas de forma neutral respecto al género.

¹⁰ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona (EUB), 1995, p. 12.

¹¹ En este sentido, GUTIÉRREZ-SOLANA, A. y OTAZUA ZABALA, G. “Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad”, en: *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, Universidad del País Vasco, 2021, p. 8: «Existe un derecho androcéntrico que organiza la sociedad con el hombre como sujeto de derechos y la mujer con la aspiración de lograr una situación similar a la del hombre. Así, la igualdad entre todas las personas se da cuando «persona» es sinónimo de hombre».

¹² GARBAY MANCHENO, S., “El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica”, ob. cit., p. 11.

¹³ GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género: ensayo jurídico a la luz de la Ley Integral L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y la Ley de Igualdad L.O. 3/2007, de 22 de marzo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 179.

respecto, FACCI¹⁴ afirma: «Una de las críticas más profundas que el feminismo, junto a otras corrientes de pensamiento contemporáneas, ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal se vincula con su falsa neutralidad; es decir, al hecho de que en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos, en la elaboración de normas se haga referencia genéricamente, al menos a partir del momento en que la igualdad se ha impuesto como principio universal, a un sujeto neutro, sin raza, ni sexo, ni clase social, etc. Este sujeto, por el contrario, tiene características precisas que se corresponden a las del grupo dominante, y tomarlo como modelo significa la exclusión o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos: de individuos de cultura y de religiones diversas de las dominantes, de clases subordinadas, de las mujeres».

Ello explica la difícil incorporación de la perspectiva de género a la interpretación del Derecho penal, que aún sigue cobijando la aplicación discriminatoria de sus normas bajo el paraguas del principio de igualdad. Sin embargo, la «parcialidad androcéntrica del derecho»¹⁵ impide una correcta aplicación de dicho principio, pues es precisamente el varón la figura de referencia utilizada para su aplicación. En efecto, el principio de igualdad se encuentra sesgado por la experiencia y los intereses masculinos, lo que hace poner en duda que la igualdad jurídica logre la emancipación de las mujeres en la medida en que ello exige una asimilación al varón¹⁶.

Tal y como apuntan los detractores del feminismo jurídico, «las normas no tienen género», y es precisamente la verdad de esta afirmación la que las convierte en un instrumento tan peligroso, pues la neutra redacción de las mismas induce al convencimiento de que el derecho es, *de facto*, igualitario. Sin embargo, semejante utopía esconde una aplicación de las normas penales altamente discriminatoria para la mujer, y la interpretación que de la institución de la legítima defensa realizan los tribunales en contextos en los que la mujer víctima de violencia de género acaba con la vida de su agresor, es un claro ejemplo de ello.

Las asunciones que rodean el comportamiento de la mujer en estos contextos, donde a menudo la acción defensiva se realiza en un marco no confrontacional y mediante

¹⁴ FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA, 2005, p. 29.

¹⁵ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del derecho” en: FRIES, L. y FACIO, A. (Comp.), *Género y Derecho*, La Morada, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999.

¹⁶ *Ibidem*, p. 26.

la utilización de instrumentos peligrosos, favorecen una interpretación y aplicación de la norma más gravosa para las mujeres debido al modelo de confrontación hombre/hombre sobre el que fueron elaborados los requisitos de la legítima defensa¹⁷, así como los indicadores jurisprudenciales que permiten diferenciar entre un delito de lesiones consumado y un delito de homicidio en grado de tentativa, y los elementos indiciarios de la agravante de alevosía.

Sin embargo, en el contexto descrito los sujetos activo y pasivo del delito no cuentan con fuerzas semejantes ni posibilidades de respuesta similares, sino que la menor fuerza física de la mujer maltratada exige valerse de medios menos directos y armas peligrosas para asegurar el éxito de la defensa, a diferencia de su pareja agresora, cuyas manos le son suficientes para acabar con la vida de la víctima¹⁸. Sin embargo, la aplicación rígida y formalista de la dogmática penal conduce a situaciones especialmente injustas para la mujer, pues la perspectiva masculina desde la que fueron creadas e interpretadas estas normas no se adecua al contexto de violencia continuada en el que han de ser aplicadas.

Asimismo, esta ausencia de perspectiva femenina en instituciones propias del Derecho penal tales como la legítima defensa, responde a los roles de género patriarcales históricamente asociados a las mujeres, cuya actual persistencia en las interpretaciones jurisprudenciales contribuye a crear una imagen de la mujer como ser pasivo y pacífico necesitado de protección, motivo por el cual el Derecho le niega la posibilidad de defenderse¹⁹. De esta manera, el Derecho se limita a proteger a las mujeres cuando encajan en el papel de «víctimas», arrebatándoles tal condición en el momento en que deciden defenderse de quien la somete a un continuo maltrato.

¹⁷ LAURENZO COPELLO, P. “En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas”, en: LUZÓN-PENA, D. M. y DE VICENTE REMESAL, J. *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Editorial Reus, Madrid, 2020, p. 733.

¹⁸ Vid.: LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 156.: «Uno de los indicadores que se adopta [para determinar si hay dolo de matar] es el arma utilizada. Se considera que si el arma es peligrosa ello es un indicio de que existía dolo de matar. De forma inadvertida 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».

¹⁹ En este sentido, vid.: MACAYA, L., *Esposas nefastas y otras aberraciones: el dispositivo jurídico como red de construcción de feminidad*, Dilettants, Barcelona, 2013, p. 113 y 114.

2. Un problema de dogmática penal

La teoría del delito, de metodología dogmática, consiste en identificar y sistematizar, a partir de los principios fundamentales del Derecho Penal en un ordenamiento determinado, los elementos necesarios para afirmar la existencia de un hecho delictivo y determinar su relativa gravedad. De este modo, la teoría del delito constituye un «sistema», una ordenación categorizada y secuenciada dirigida, como indica ZAFFARONI²⁰, «al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto».

La doctrina tradicional asegura la total objetividad que rodea la teoría del delito de nuestro derecho penal vigente, aquella que proporciona una interpretación jurídica fiel que garantiza la seguridad jurídica y permite alcanzar la justicia en casos concretos²¹. Sin embargo, la perspectiva masculina desde la que es interpretado el derecho penal, y con él la dogmática penal, conduce a una constante deshumanización de la respuesta judicial que a menudo prescinde del contexto en el que han de ser interpretadas las normas, lo que provoca que, en la práctica, la teoría del delito no siempre resulte suficiente para hacer justicia al caso analizado²².

La dogmática ha de ofrecerle al juez pautas precisas que sirvan para delimitar las decisiones correctas y evitar decisiones arbitrarias. Sin embargo, la fuerte sacralización de la dogmática penal opera como un obstáculo para reflexionar sobre la necesidad de dar un nuevo contenido a las categorías conceptuales de la teoría del delito tales como la legítima defensa, pues mantener incólumes sus postulados implica negar a las mujeres la posibilidad de ver justificada su conducta en aquellos contextos de violencia habitual donde la única defensa posible requiere ser ejecutada en una situación no confrontacional.

Si bien la forma de defenderse de muchas mujeres en estos contextos no responde al modelo sobre el que históricamente se configuraron los requisitos de esta eximente, la dogmática penal ha de ser enfocada desde un prisma igualitario, proporcionando, no una

²⁰ ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, México, Cárdenas, 1991. p. 333.

²¹ ROXIN, C. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008, p. 364-365.

²² LAURENZO COPELLO, P; SEGATO, R. L; ASENSIO, R.; DI CORLETO, J. y GONZÁLEZ, C., *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Serie cohesión social en la práctica, Colección EUROSOCIAL N° 14, Madrid, 2020, p. 19.

interpretación *ad hoc* para las mujeres, sino la adecuación de la misma al marco de violencia habitual en la que ha de ser aplicada.

Sin embargo, existe una creencia generalizada entre la doctrina y la práctica judicial, de que la teoría del delito es, por sí misma, autosuficiente, regida exclusivamente por principios propios de la lógica jurídica que la convierte en una ciencia hermética e impenetrable por los vaivenes ideológicos o valorativos que puedan darse, en un determinado momento histórico, en lo relativo a la aplicación concreta de una norma penal. De esta manera, la teoría del delito ejerce de parapeto frente a las críticas que puedan suscitar ciertas decisiones judiciales que la sociedad considera injustas.

Cierto es que la dogmática penal, «a través de un método pretendidamente científico, hace posible la determinación de la intervención penal, define sus conceptos y hace predecible la reacción punitiva, reduciendo de esta forma la arbitrariedad»²³. De esta manera, en las relaciones entre el Estado, titular del *ius puniendi*, y el ciudadano, la dogmática penal cumple una función primordial de garantía para este último, evitando la imprevisibilidad en la respuesta sancionadora del Derecho penal²⁴.

Sin embargo, y sin olvidar la importante función que la teoría del delito cumple en favor de la seguridad jurídica, convertirla en un escudo protector frente a la demanda que la sociedad realiza en busca de una justicia material supone rechazar una necesaria propuesta de permeabilidad de la dogmática penal a la realidad social de nuestro tiempo, lo que hace olvidar su auténtica función, que consiste precisamente en proporcionar adecuadas herramientas de interpretación de la ley penal, la cual ha de responder siempre al sistema de valores vigente en el momento en el que es aplicada.

Como afirma H.H. JESCHECK²⁵, la dogmática penal, como puente entre la ley y la práctica, sirve a una aplicación del Derecho penal por los tribunales igualitaria y en constante renovación, contribuyendo así en alto grado a la justicia. De este planteamiento se infiere que la dogmática penal, como instrumento interpretativo de las normas penales, no ha de convertirse en un sistema cerrado, sino que ha de entrar en diálogo con las

²³ SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “Interpretación penal en una dogmática abierta”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005. p. 1.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Ed., trad. J. L., Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 35.

realidades sociales que regula y que está llamada a satisfacer²⁶. De esta manera, habrá de ser la lógica material –esto es, los valores sociales presentes en un determinado momento– los que orienten la lógica jurídica.

Precisamente en la actualidad, la concatenación de decisiones judiciales polémicas que debilitan la igualdad formal de las mujeres exigen advertir las consecuencias del género en el derecho y en la justicia penal, allí donde las normas, los procedimientos y las instituciones jurídicas se presentan como neutrales tanto en sus formas teóricas como en sus aplicaciones²⁷. Ello requiere comenzar por deconstruir las normas y prácticas jurídicas históricamente asentadas sobre un derecho sexista y masculino que debilita la igualdad material, y reconsiderar su interpretación desde una perspectiva de género.

3. La necesaria perspectiva de género para el alcance de la igualdad efectiva

La teoría legal feminista o *Feminist Jurisprudence*²⁸ ha trabajado durante años en la visibilización de la histórica parcialidad androcéntrica que constituye la base de nuestro Derecho. Tanto OLSEN²⁹ como SMART³⁰ han señalado las distintas categorías de críticas feministas al derecho penal que responden, a su vez, a cada una de las estrategias

²⁶ En este sentido, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “Interpretación penal en una dogmática abierta”, ob. cit., p.2: «La dogmática, en este nuevo contexto, ya no cumpliría sólo una función de garantía orientada al proceso aplicativo del Derecho, sino también de adaptación del sistema jurídico a la realidad social, incidiendo tanto en nuevas posibilidades de comprensión e interpretación de la norma jurídica en el momento aplicativo desde una perspectiva social como en el proceso mismo de elaboración normativa, analizando de qué forma se satisfacen más adecuadamente las eventuales necesidades sociales en la respuesta punitiva frente a determinadas conductas. Todo ello, en última instancia, posibilita que la dogmática, además de su función garantista, proyecte una labor crítica y creadora del sistema de Derecho penal».

²⁷ HEIM, S. D., *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Didot, 2016, p. 94.

²⁸ Los distintos enfoques y propuestas de la teoría jurídica feminista hacen imposible definir esta concreta teoría del derecho. Sin embargo, parece existir un presupuesto común en torno al objetivo de «mostrar el tratamiento sesgado del derecho y promover una legislación que subsane la exclusión y garantice igualdad de oportunidades para varones y mujeres». Así lo indica COSTA, M., “El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX / Feminist Legal thought at the Turn of the 20th Century”. *Asparkia. Investigació Feminista*, (26), 2015, 35-49, p. 37.

²⁹ OLSEN, F. “El sexo del derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires: EUDEBA, 2001.

³⁰ SMART, C. “La mujer del discurso jurídico”, 1992, en: LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, Madrid, siglo XXI, 1994.

feministas que han surgido para combatir la discriminación jurídica de las mujeres en los diversos contextos históricos.

Fruto de las reivindicaciones de la primera etapa³¹, las mujeres ven reconocidos sus derechos en pie de igualdad con los hombres y pasarán a estar aparentemente protegidos por la igualdad formal consagrada tanto en los ordenamientos internos como en el *corpus* jurídico internacional, donde la igualdad entre mujeres y hombres se eleva a la categoría de principio inexcusable. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1 y 2), el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el CEDH³² en su artículo 14, y la propia Constitución española (artículo 14) y algunos estatutos de autonomía.

Sin embargo, la multiplicidad de formulaciones en pos de la igualdad no resulta suficiente para la construcción de un marco jurídico garantista del pleno disfrute de todos los derechos de forma igualitaria, como parece afirmarse desde una perspectiva puramente iuspositivista³³. En este sentido, no puede negarse la extraordinaria capacidad de las normas jurídicas de impulsar avances en la humanidad y en las relaciones y derechos de mujeres y hombres. Con todo, tampoco puede olvidarse que el reconocimiento de una igualdad entre sexos que no venga de la mano de un cambio estructural, convierte la aplicación de las normas en un perfecto campo de juego para la opresión de las mujeres³⁴.

En efecto, el derecho, en tanto institución jurídica, se cuestiona ya no por la mala o incorrecta aplicación de las normativas legales –formalmente igualitarias– sino por su

³¹ Esta primera categoría de críticas jurídicas, denominada *reformista*, «ubica aquellas posiciones que señalan que el derecho no es racional, objetivo, ni universal, pues históricamente se ha evidenciado que la regulación legal referente a las mujeres ha estado encaminada a la negación del reconocimiento de sus derechos o a la restricción en el ejercicio de los mismos, aspectos que denotan claramente una ausencia de objetividad y racionalidad». Vid.: GARBAY MANCHENO, S., “El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica”, *Revista de Derecho*, N.º. 29, Quito, 2018, p. 7.

³² Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³³ GUTIÉRREZ-SOLANA, A. y OTAZUA ZABALA, G. “Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad”, ob. cit., p. 7.

³⁴ NICOLÁS, G., “Feminismos, concepto sexo-género y Derecho” en: SÁNCHEZ, A. y PUMAR, N. (eds.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ube, Barcelona, 2013, pp. 28-31.

sesgo masculino³⁵, y esa es precisamente la crítica que desde el feminismo jurídico radical se ha venido realizado en pro de una reinterpretación de las normas penales más adecuada a la realidad social de las mujeres, donde fenómenos como la violencia de género –y en general todo asunto en el que la mujer se vea afectada por razón de su género– permitan ajustar la dogmática penal a las necesidades de las mujeres.

Abordar el Derecho penal desde una perspectiva de género –y siguiendo la estela marcada por la *Feminist Jurisprudence* o feminismo jurídico– supone identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión histórica de las mujeres como punto de partida para exigir, no un trato igual ante la ley³⁶, sino un trato acorde con las circunstancias y contextos que rodean la vida de las mujeres, hasta ahora invisibilizadas por el monopolio de la perspectiva masculina en la interpretación de las normas.

La perspectiva de género permite corregir el sesgo androcéntrico en el que han sido edificados los sistemas de conocimiento y proporcionar una perspectiva verdaderamente universalista, integradora e inclusiva y cumplir con la exigencia del principio de igualdad y no discriminación. Ello requiere abordar la igualdad desde un nuevo punto de partida que acepte las diferencias existentes entre ambos sexos y proporcione, en consecuencia, respuestas adecuadas a la realidad de cada uno de ellos.

Una de las metodologías a incorporar consiste en la «reconstrucción, como método de análisis, de los conceptos supuestamente neutros para demostrar su verdadera naturaleza androcéntrica, así como para visibilizar las relaciones de poder que oculta»³⁷. Sin embargo, los estudios de género en el mundo jurídico no se dirigen solamente a denunciar la hegemonía masculina en el Derecho y revalorizar la perspectiva femenina, sino a un cambio profundo, de naturaleza epistemológica, de las estructuras y categorías del conocimiento³⁸.

³⁵ COSTA, M., *Feminismos Jurídicos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.

³⁶ Como se indica en: LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p.166: «El “trato igual” ante la ley no elimina la desigualdad real existente. En consecuencia, decir que “a la mujer se la tratará como al hombre” no supone evidentemente que se la trate igual».

³⁷ FACIO, A. “Hacia otra teoría crítica del derecho” en: FRIES, L. y FACIO, A. (Comp.), *Género y Derecho*, ob. cit., p. 19.

³⁸ FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. Ob. cit., p. 30.

Cierto es que ello conlleva una ruptura en la lógica positivista que caracteriza la formulación y aplicación de las normas jurídicas. Precisamente por este motivo, los detractores del feminismo han acusado a la teoría legal feminista de convertir el Derecho en un instrumento al servicio de las exigencias de las mujeres. Sin embargo, abordar el derecho penal desde una mirada de género, lejos de significar un trato benévolo para la mujer, propone la aplicación de reglas sustantivas y procedimentales que expresen valores, intereses, objetivos y modalidades de acción que contemplen las experiencias y necesidades de las mujeres³⁹.

Incluir la perspectiva de género en la interpretación de las normas penales responde a una exigencia del principio de igualdad y no discriminación y a los estándares constitucionales de respeto a los derechos fundamentales que actualmente siguen siendo vulnerados en la medida en que los operadores del derecho no reparan en el contexto cultural, político, económico y social originariamente desigualitario.

El error consiste en creer que las mujeres alcanzan una real y efectiva igualdad en el momento en que conquistan el acceso a los mismos derechos que los hombres y son tratadas igual que los varones. Este planteamiento, que constituiría la base ideológica del feminismo de la primera mitad del siglo XX, supone rechazar como factores de discriminación y opresión los roles y las características que tradicionalmente han sido atribuidas al sexo femenino y que aún en la actualidad determinan los caracteres psicológicos, sociales y culturales que las diferencia del género masculino. En efecto, las mujeres se encuentran atravesadas por una desigualdad histórica que aún las hace vulnerables a la discriminación y la violencia por razón de su género, lo que las enfrenta a una realidad del todo distinta a la de los hombres.

La supuesta igualdad de género en el Derecho, de la que tanto se vanaglorian los contemporáneos estados democráticos, se convierte en una falacia en el momento en que asume sin cuestionamiento que la desigualdad se combate incluyendo a las mujeres en las normas, pues ello supone obligarlas a encajar en un derecho con moldes masculinos que en muchas ocasiones no proporciona una respuesta adecuada a la realidad femenina. Como indica ÁLVAREZ RODRÍGUEZ⁴⁰, «si la Ley quiere realmente ser igualitaria no

³⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁰ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., *Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2019, p. 18.

solo no puede ni debe tratar igual a hombres y mujeres, sino que debe tratarles de forma diferente para obtener resultados de igualdad. Y eso sólo se consigue atacando la Ley en su estructura, no de forma falsamente igualitaria en el contenido».

En efecto, el principio de igualdad y no discriminación, tal y como lo ha formulado y consolidado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), requiere que «situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y situaciones diferentes no sean abordadas de la misma manera, salvo justificación objetiva»⁴¹. De la misma manera, el Tribunal Constitucional (TC) español hace hincapié en la necesidad de que el legislador no trate a todos los individuos de la misma manera⁴², sino que sea capaz de tratar de forma diferente aquellas situaciones que son distintas en la vida real⁴³. Así, el artículo 9.2 de la CE se convierte en un correctivo del principio de igualdad formal del artículo 14 CE mediante la exigencia un mínimo de desigualdad formal en aras a conquistar la igualdad sustancial⁴⁴.

Sin embargo, y pese al notable esfuerzo normativo, la desigualdad material ha superado los límites de la igualdad formal. Ello resulta especialmente notorio en la práctica judicial, donde la estricta interceptación dogmática de determinadas instituciones pretende llevar la igualdad formal hasta sus últimas consecuencias, aunque ello suponga desconocer las diferencias existentes entre hombres y mujeres y proporcionar un trato igual a quienes, en definitiva, son desiguales.

El Derecho penal, en palabras críticas de LARRAURI⁴⁵, es «un instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dotar de mayor poder a las

⁴¹ Vid., por ejemplo: Sentencia TJUE, *Advocaten voor de Wereld VZW vs Leden van de Ministerraad*, Caso C-303-05, p. 56.

⁴² En efecto, sean cuales sean los rasgos comunes o distintivos, el trato ha de ser igualitario, y es precisamente el principio de igualdad el encargado de fijar cuándo está justificado establecer las diferencias en las consecuencias normativas y cuándo no. Así.: ARROYO VARGAS, R, “La igualdad: un largo camino para las mujeres”, en CAICEDO TAPIA, D., y PORRAS VELASCO, A. (ed.), *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ecuador, 2010, p. 425.

⁴³ CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 84, 1994, p. 275.

⁴⁴ Fundamentalmente, las SSTC 114/1983, de 6 de diciembre [RTC 1983\114] (FJ 2); 98/1985, de 29 de julio [RTC 1985\98] (FJ 9), y 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988\19] (FJ 10).

⁴⁵ LARRAURI, E. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Trotta, 2007, p. 19.

mujeres», y la incorporación de una perspectiva de género permite combatir la impartición de una justicia patriarcal contraria a los principios de igualdad y no discriminación enunciados en ordenamientos internacionales, estatales y autonómicos.

Para ello, se propone incorporar el prisma de género en la construcción de la teoría del delito, en sus elementos y presupuestos, con el objeto de añadir al juicio de antijuridicidad y culpabilidad las particularidades que puedan rodear la interpretación de la ilicitud de hechos delictivos cometidos por mujeres, hasta ahora realizada de manera descontextualizada. Ello resulta vital, en la medida en que los factores de género –como pueda ser la violencia habitual a la que se encuentra sometida la mujer– pueden constituir la base explicativa de su conducta infractora.

La importancia de la perspectiva de género se hace especialmente patente en la construcción de los requisitos de la figura de la legítima defensa, donde una posible reconsideración de los requisitos legales ajustados al universo de maltrato habitual en el que están insertas las mujeres permitiría dar fin a la obligación que hoy día tienen las mujeres de enfrentarse cara a cara con su agresor si quieren ver su conducta legalmente justificada.

De esta manera, se permite corregir la falsa imagen de un tratamiento penal más benigno hacia las mujeres víctimas de violencia de género, que en el caso de aquellas que acaban con la vida de sus parejas violentas consistiría en prescindir de algunos de los requisitos de la causa de justificación para poder eximir las de pena o atenuar, en su caso, su responsabilidad⁴⁶.

Lejos de un trato benévolo, incluir la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de la figura de la legítima defensa –y del resto de normas penales– supone ajustar sus requisitos «al universo de sujetos al que se dirige el Derecho penal, que son hombres y mujeres⁴⁷ con sus respectivas características y circunstancias y sus distintas

⁴⁶ LAURENZO COPELLO, P. “En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas”, en: LUZÓN-PEÑA, D. M. y DE VICENTE REMESAL, J. “*Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*”, ob. cit., p. 734.

⁴⁷ OLIVARES BARRIOS, C. A., y REYES FÁEZ, A. F., *De víctima a victimaria: defensa de la mujer parricida en el contexto de violencia intrafamiliar. Un estudio desde la jurisprudencia chilena*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Chile, Chile, 2019, p. 18.: «La perspectiva de género se traduce en la correcta incorporación de las dos realidades a nuestro ordenamiento jurídico y, en virtud de que la ausente en la actualidad es la femenina, la tarea que se nos presenta para este fin es reposicionar e involucrar a la mujer en las diversas aristas de la sociedad moderna».

formas (y posibilidades) de ejercer su derecho de defensa»⁴⁸, sin que ello sea considerado una cuestión de magnanimidad de los jueces, sino una condición necesaria para la correcta impartición de la justicia.

III. Entre la justificación y la exculpación. El Síndrome de la Mujer Maltratada (SMM)

1. Juicio de antijuridicidad vs juicio de culpabilidad

Los casos de violencia de género en los que la mujer acaba con la vida de su agresor han generado en el ámbito jurídico-penal intensas discusiones en lo relativo al análisis de la antijuridicidad y culpabilidad a realizar en estos contextos, en función de la apreciación de la eximente de legítima defensa (o de estado de necesidad) o, por el contrario, la concurrencia de alguna causa de exculpación que impida responsabilizar a la mujer de la acción cometida.

Las causas de justificación, tales como la legítima defensa, se hacen hueco en la teoría del delito ocupando el escalón que separa la tipicidad de la antijuridicidad⁴⁹; aquella que permite aseverar que no toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico ha de ser necesariamente contraria a Derecho –esto es, injusta, ilícita o antijurídica–, proporcionando una respuesta penal adecuada a aquellos actos subsumibles en el supuesto de hecho de un tipo delictivo que, por razones políticas, sociales y jurídicas se encuentran justificados y exentos de responsabilidad penal.

Por su parte, la culpabilidad compone la cuarta categoría del sistema del delito, cuya presencia es necesaria para la declaración de responsabilidad penal. En el juicio de

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Vid.: ROJO ARANEDA, M. G. “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVI, 2013, p. 461: «La antijuridicidad se define generalmente así: «Es la contradicción que debe existir entre una conducta típica realmente acontecida en el mundo del ser y el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto». Es este un Juicio de valor objetivo, una comparación que se realiza entre dos elementos reales, por una parte la conducta típica, lo que alguien hizo y que se encuentra dentro del algún tipo penal, y por el otro lado el Ordenamiento Jurídico tomado en su conjunto. Si de ésta comparación objetiva entre estos dos elementos reales, porque tan real es la conducta típica como el ordenamiento Jurídico, surge que hay contradicciones entre lo hecho por el individuo y lo ordenado por el derecho, quiere decir que existe antijuridicidad, que la conducta es antijurídica, que es contraria a derecho y que corresponde, finalmente, establecer si existe a su respecto o no el cuarto elemento del delito: la “culpabilidad”».

atribución de la culpabilidad por el hecho cometido se ven implicados tres elementos esenciales: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad por el hecho cometido y la exigibilidad de un comportamiento distinto. En efecto, tal y como afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁵⁰: «La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma sólo pueden darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido y se encuentra en una situación en la que pueda regirse, sin grandes esfuerzos, por ella».

La distinción entre ambas sedes⁵¹ en el presente trabajo no es una cuestión baladí, en la medida en que la no apreciación de la eximente de legítima defensa implica calificar la conducta realizada por la mujer maltratada contra su agresor como antijurídica y, por ende, injusta.

La realidad de la práctica judicial, tanto española como extranjera, conduce a afirmar que es en el juicio de culpabilidad donde acostumbra los tribunales a eximir a la mujer maltratada, total o parcialmente, de responsabilidad criminal, debido a una exigente interpretación de los requisitos de la legítima defensa que la hace inalcanzable para las mujeres maltratadas, pues impide encajar dentro de los límites trazados por el artículo 20.4 del CP una defensa realizada en una situación no confrontacional o donde existe una aparente desproporción entre la agresión ilegítima y los medios empleados para impedir o repelerla.

2. El marco de violencia de género como condicionante de la acción defensiva de la mujer maltratada

Las normas penales, así como su interpretación y aplicación, no pueden mostrarse ajenas al contexto en el que han de ser aplicadas, pues es precisamente este el que ha de determinar el juicio de antijuridicidad o culpabilidad que deba realizarse, en la medida en

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 383-384.

⁵¹ Sobre las diferencias entre las causas de justificación y de exculpación, véase: HRUSCHKA, J., “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVII, 2004, p. 6.: «”Justificación” significa para Gentz que un hecho que prima facie se presenta como antijurídico deja de serlo después de un ulterior análisis. “Ausencia de justificación” significa que el hecho que después de un primer análisis es antijurídico, sigue siéndolo cuando se examina más detenidamente. Por el contrario, la «exculpación» presupone la comprobación de la previa contrariedad a Derecho del hecho, incluyendo su ausencia de justificación».

que el marco en el que se comete la acción típica ha de condicionar la valoración sobre la concurrencia de una posible causa de justificación o, en su caso, de exculpación.

La violencia de género se presenta como un factor único y primordial de la conducta realizada por aquellas mujeres que matan a sus parejas agresoras, pues constituye un acto defensivo frente a continuas agresiones sufridas. Asimismo, este entorno de violencia habitual a la que se encuentran sometidas presenta unos caracteres propios que provocan una gran afectación psicológica en la mujer maltratada y que han acostumbrado a ser considerados en la determinación de su culpabilidad.

A) El ciclo de la violencia conyugal⁵²

De los estudios realizados en los libros *The Battered Women* (1979) y *The Battered Woman Syndrom* (1984) por la psicóloga americana Lenore Walker, se desprende que la violencia de género, lejos de tratarse de casos aislados, responde a un esquema recurrente común, protagonizado por una espiral de ciclos repetitivos compuestos por tres fases consecutivas: «acumulación de tensión», «explosión de la violencia» y «calma y reconciliación».

En una primera fase de «acumulación de tensión» o «*tension building*»⁵³, acontece un aumento gradual de la tensión en la pareja, donde el maltratador expresa insatisfacción y hostilidad y suceden actos de «violencia menor y abuso verbal»⁵⁴, al mismo tiempo que el agresor la somete a un control económico y emocional severo. Con el objeto de calmar al agresor –pues considera que su comportamiento regula la conducta de su pareja–, se muestra comprensiva, agradable, pasiva, sumisa y se esfuerza por agradar al maltratador. De esta manera, la víctima consigue una aparente calma que reafirma su convicción idealizada de que puede controlar a ese hombre, si bien la tensión sigue aumentando hasta

⁵² Al respecto, cabe aclarar que las fases de violencia son susceptibles de variar en su duración e intensidad, sin que el carácter imperceptible de alguna de ellas en casos concretos haga desconocer el carácter cíclico del fenómeno.

⁵³ WALKER, L, *The Battered Women*, Perennial Library, Harper & Row Publishers, New York, 1979, p.59.

⁵⁴ LARRAURI, E.; VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 24.

que la mujer «ya no puede atenuar las reacciones de ira de su agresor y la tensión entre ambos se vuelve insoportable»⁵⁵.

En una segunda fase⁵⁶ («*the acute battering incident*»), explosiona la tensión previamente acumulada, desatando una rabia descontrolada por parte del agresor que ocasiona graves actos violentos (insultos, gritos, humillaciones y amenaza seguidos de palizas) que en ocasiones genera una intervención policial. La víctima, desamparada y aterrorizada, queda paralizada por el dolor, entrando en un colapso emocional –de duración aproximada entre veintiocho y cuarenta y dos horas– donde afloran síntomas de depresión, indiferencia e impotencia.

El agresor finalmente cesa en su conducta de violencia extrema y esta desemboca en una reducción de la tensión, donde se da comienzo a una fase de calma y reconciliación o «*loving contrition*»⁵⁷ –también denominada «*luna de miel*»– en la que el hombre se responsabiliza de lo sucedido y cambia su actitud hacia la víctima por miedo a perderla (realiza «actos de arrepentimiento, demandas de perdón y promesas de buscar ayuda externa»⁵⁸), pues ésta se encuentra vencida y sin esperanzas. Ante el positivo cambio del agresor, la mujer se llena de esperanza y convencimiento de que su pareja no volverá a golpearla, si bien la tensión comienza a acumularse, dando paso a la primera fase⁵⁹.

B) El Síndrome de la Mujer Maltratada (SMM)

Tras el estudio realizado por la Dra. Walker con 400 mujeres víctimas de maltrato, el carácter cíclico de la violencia presente en estos contextos demuestra generar un trastorno patológico de adaptación al mismo que provoca un patrón de conducta y una serie de síntomas afines a todas las mujeres maltratadas conocido bajo el término «Síndrome de la mujer maltratada».

⁵⁵ DAUDIRAC, M. *Aplicación de la legítima defensa en situaciones de violencia conyugal. Comparación de los sistemas jurídicos español y francés*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad Autónoma de Barcelona, 2020, p. 26.

⁵⁶ WALKER L., *The Battered Women*, ob. cit., p. 26.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁸ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 24.

⁵⁹ GOLDMAN, A. *Maltrato de la mujer*, 2008 (dispone en: <https://www.fundacionmf.org.ar/files/viole.pdf>; última consulta 04/06/2021).

Como subcategoría del trastorno de estrés postraumático, este síndrome genera un estado patológico de dependencia y de impotencia que impide a la mujer maltratada responder de forma efectiva a episodios de violencia por miedo a una nueva agresión. Su aparición es producto del maltrato sufrido, donde la exposición a palizas (contusiones, hematomas, conmociones cerebrales, fractura de huesos, abortos espontáneos, cuchilladas, quemaduras, etc.) y la violencia sexual, psicológica y económica juegan un papel fundamental.

La vorágine de humillaciones, amenazas, insultos, agresiones físicas y constante control por parte de su agresor provoca en la víctima episodios de ansiedad, depresión, pesadillas invasivas, recuerdos intrusivos, baja autoestima, confusión, pasividad extrema, disociación, perturbaciones en sus relaciones interpersonales y aislamiento social, así como un fuerte sentimiento de culpa y un extremo apego a su agresor. En este estado de cosas, la mujer maltratada experimenta síntomas de evitación y banalización del maltrato que, como mecanismo instintivo de protección, provocará una idealización del maltratador, la minimización o denegación del peligro, la disociación y la supresión de los sentimientos de ira contra el agresor, llegando a justificar la conducta de este para culpabilizarse a sí misma.

Esta deficiencia emocional genera en la víctima la pérdida de su capacidad para controlar su voluntad y defenderse frente a las agresiones padecidas, lo que impide que la mujer rompa el ciclo de la violencia y abandone al maltratador, o lo denuncie y busque ayuda; por cuanto los episodios frecuentes de maltrato la imposibilitan para ello, ya que no logra ver una posibilidad clara de escapar a esta situación de violencia y termina por considerarse condenada a padecerla. Conocido como «indefensión aprendida» o «*learned helplessness*»⁶⁰, este estado emocional, junto al denominado «síndrome de Estocolmo doméstico»⁶¹ permite dar explicación al desarrollo de sentimientos afectivos por parte de la mujer maltratada hacia su agresor, y la capacidad de la mujer de adaptarse a la situación violenta para proteger su propia integridad.

⁶⁰ WALKER, L. *The Battered Woman Syndrome* en: HOTALING, G., FINKELHOR, D., KIRKPRATICK, J. y STRAUS, M. (eds), “*Family abuse and its consequences*”, London, Sage, 1988, págs. 143-144.

⁶¹ También denominado “Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica”, se identifica con el resultado de un proceso reactivo en la víctima ante la situación traumática, con el objeto de proteger su propia integridad. Vid.: MONTERO GOMEZ, A, “Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica”, *Clínica y Salud*, vol. 12, nº1, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, págs. 12-13.

C) Relevancia jurídico-penal del SMM

Los estudios científicos que aportan pruebas empíricas sobre el patrón de conducta al que responden las mujeres víctimas de violencia de género adquieren una importancia trascendental en la valoración de las causas de justificación y exculpación, en la medida en que los factores que ocasionan el síndrome de la mujer maltratada, así como los efectos psicológicos de ésta, explican las condiciones en las que víctima ejecuta la acción defensiva.

El recurso al síndrome de la mujer maltratada no sólo ha sido acogido por tribunales extranjeros⁶². También en España⁶³ ha existido cierta tendencia a su consideración en orden a determinar la concurrencia de la eximente, completa o incompleta, de trastorno mental transitorio del artículo 20.1 del CP, si bien se rechaza como base para la causa de justificación de legítima defensa.

Este síndrome explica la situación de apego que muestra la víctima con respecto a su agresor y los motivos por los que es incapaz de abandonar el entorno violento, lo que permite dar portazo a los sorprendentes cuestionamientos que los tribunales han solido realizar en estos casos, tanto en lo relacionado a su permanencia en el hogar (así, la SAP Burgos de 9 de abril de 2007⁶⁴, donde a pesar de apreciar legítima defensa incompleta, se rechaza la concurrencia de miedo insuperable en la víctima por su voluntaria permanencia con el agresor, que hace descartar una situación de continuo miedo y temor hacia su esposo), como en lo relativo a la exigibilidad de una conducta distinta de la víctima. En este sentido, la SAP Las Palmas, de 28 de mayo de 2008⁶⁵, donde se reprocha a la víctima haber podido actuar de forma distinta marchándose del lugar de los hechos o avisando a las autoridades.

Sin embargo, y a pesar de los efectos favorables que pueda tener la inclusión del síndrome de la mujer maltratada en el razonamiento jurisprudencial para eximir o atenuar la responsabilidad de la víctima, lo cierto es que no proporciona una solución del todo

⁶² Así, la Corte Suprema de New Jersey en *State v. Kelly*, 1984 (disponible en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-178-0.html>; última consulta 12/05/2021), y la sentencia *R. v. Lavallee* de la Corte Suprema de Canadá, 1990 (disponible en: <http://scccsc.lexum.com>; última consulta 12/05/2021).

⁶³ Así, STS de 30 de septiembre de 1993 (RA 1993/7020); STS de 1 de octubre de 1991 (RA 1991/6874).

⁶⁴ SAP Burgos de 9-04-2007 (JUR/2007/560).

⁶⁵ SAP Las Palmas de 28-05-2008 (JUR/2008/243459).

satisfactoria, pues su inclusión en el juicio de culpabilidad deja abierta la posibilidad de imponer a la víctima de maltrato medidas de seguridad tales como su internamiento en un centro psiquiátrico, si bien en la medida en que concurra peligrosidad criminal.

Además, lo que ha de exigirse a la jurisprudencia en estos casos es un redimensionamiento en el análisis de los requisitos de la legítima defensa, adecuado al contexto de violencia habitual de la que es víctima la mujer que pretende defenderse. Ahora bien, una exención total o parcial de la responsabilidad basada únicamente en una enajenación mental, en palabras de LARRAURI⁶⁶, «oscurece el debate fundamental, esto es, si en esta situación de malos tratos la mujer podía defenderse. La cuestión a dilucidar es si su respuesta es o no razonable considerando todas las circunstancias del caso y el contexto en el que se produce».

Lo que se propone desde algunos sectores feministas, y a la luz de una necesaria perspectiva de género, es incorporar el síndrome de la mujer maltratada a la construcción de un marco de legítima defensa adecuado para las mujeres víctimas de violencia de género, donde la situación no confrontacional en la que tienen lugar los hechos no impida la apreciación del requisito de actualidad de la agresión, en la medida en que la víctima «aprende a prever los episodios violentos»⁶⁷ y reconoce los síntomas de una agresión inminente.

IV. La legítima defensa en el Derecho penal español

La legítima defensa, como causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta típica, ocupa un lugar de especial relevancia en nuestro Derecho penal en la medida en que proporciona al ciudadano una herramienta para protegerse, de forma legalmente justificada, frente a agresiones a bienes jurídicos personales. Así lo indicaría el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 1023/2010, de 23/11/2010⁶⁸: «la legítima defensa es una causa de justificación, fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante».

⁶⁶ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 26.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁸ STS nº 1023/2010, de 23/11/2010 (Rec. nº 2597/2009). En idénticos términos, la STS 614/2004, de 12 de mayo de 2004 (Rec. nº 2466/2002), y la STS 794/2003, de 3 de Junio de 2003 (Res. 794/2003), entre otras.

Esta eximente de responsabilidad criminal permite realizar actos típicos como reacción racionalmente proporcionada a una agresión injusta⁶⁹ no finalizada, aunque sometida a específicos requisitos cuya importancia, a la hora de valorar su concurrencia, será distinta en función del carácter esencial o no esencial de los mismos.

Esta institución, al igual que toda causa de justificación, cuenta con elementos objetivos (esto es, las circunstancias y la forma en que el legislador prevé la realización de la acción para poder ser justificada), así como un elemento subjetivo que consiste «en que el sujeto sepa, sea consciente de que se dan los elementos objetivos (...), es decir, que el autor conozca esa situación e, incluso, cuando así se exija, que tenga las tendencias subjetivas especiales que exige la ley penal para justificar su acción»⁷⁰.

Los requisitos que rodean esta causa de justificación (agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor), contemplados en el artículo 20.4 del CP, han sido continuamente abordados por la jurisprudencia desde 1947, año en que el Tribunal Supremo aportaría una definición geométrica donde quedarían perfectamente encuadrados los tres principales requisitos exigidos para contar con el amparo de esta eximente⁷¹: «[la legítima defensa] es como un triángulo que tiene por base la “agresión ilegítima” y por lados la “falta de provocación suficiente” por parte de quien se defiende y la “necesidad racional del medio empleado” para impedir la o repelerla, y si cualquiera de estas dos líneas laterales aparece desdibujada y no destaca su perfil, queda imperfecta esta figura geométrica y no se producen los efectos de la responsabilidad inherente a las transgresiones de orden penal»⁷².

Esta definición resulta enormemente clarificadora, en la medida en que coloca el requisito de la agresión ilegítima en la base de una figura triangular, lo que la convierte en el requisito esencial de esta causa de justificación, cuya no concurrencia implica automáticamente la no apreciación de la eximente, completa o incompleta⁷³.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 345.

⁷⁰ Ello implica que «sólo pueda actuar en legítima defensa quien sabe que se está defendiendo». Así: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 334.

⁷¹ BARRAGÁN MATAMOROS, L., *La legítima defensa actual*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 8.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1947. Visto en: BARRAGÁN MATAMOROS, L., *La legítima defensa actual*, ob. cit.

⁷³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 333: «En la legítima defensa es preciso que el sujeto se defiende contra una agresión antijurídica (elemento subjetivo

Como indica la STS, de 24 de septiembre de 1992⁷⁴: «para la apreciación de la legítima defensa en todas sus manifestaciones, completa e incompleta, ha de contarse con el elemento básico de la agresión ilegítima, cuya indispensabilidad y presencia son absolutas, factor desencadenante de la reacción del acometido, explicativa de su actuación defensiva e impregnante de la juridicidad de su proceder».

1. Los requisitos de la legítima defensa

A) *Agresión ilegítima*

El requisito esencial de la legítima defensa se corresponde con una agresión dolosa⁷⁵ que ponga en peligro bienes jurídicos personales⁷⁶ y que ha de ser necesariamente antijurídica (esto es, ilegítima), tanto en su aspecto formal como material. No obstante, para que se configure una agresión no es necesario que se produzca el daño al bien jurídico; basta con un intento de agresión, por lo que es posible ejercer acciones defensivas contra tentativas idóneas.

Asimismo, la agresión ha de ser real, pues no basta que quien se defiende crea que existe una agresión: esta ha de existir necesariamente. No obstante, la «defensa putativa» podría conducir a una causa de exculpación por error de prohibición, de ser éste invencible, o una atenuación de la pena en el caso de ser vencible (cfr. art. 14.3 CP).

A efectos del presente trabajo, cobra especial relevancia el subrequisito de *actualidad* de la agresión ilegítima que, a pesar de no estar previsto por el Código Penal⁷⁷, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial le hace tomar un carácter de condición esencial para la apreciación de la eximente. En efecto, este requisito de naturaleza temporal marca el lapso de tiempo en el que ha de tener lugar la agresión para que la conducta defensiva

esencial) y que, entre otros requisitos, lo haga de manera proporcionada (elemento objetivo no esencial). Lógicamente, sólo podemos plantearnos la presencia de un elemento no esencial (proporcionalidad de la defensa respecto de la agresión) si el elemento esencial existe (agresión)».

⁷⁴ STS de 24 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7255] (FJ 2).

⁷⁵ El ataque al bien jurídico ha de ser necesariamente intencional. Ante una conducta imprudente no cabe legítima defensa, aunque sí el estado de necesidad.

⁷⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 398.

⁷⁷ A diferencia de otros países, el requisito de «actualidad de la agresión» no se exige en el Código Penal español, si bien se deduce de la referencia conjunta a la agresión y la defensa, y así lo ha reconocido constante jurisprudencia. Vid.: STS 92/1998, de 29 de enero; STS 1412/1999, de 6 de octubre; STS 1270/2009, de 16 de diciembre, entre otras.

sea efectivamente legítima. No obstante, la actualidad no se corresponde única y exclusivamente con «agresiones en curso», sino con todo momento en el que el peligro que crea la agresión ilegítima haga la defensa precisa e inaplazable en la medida en que una posterior defensa corra el riesgo de convertirse en insegura o ineficaz⁷⁸. Precisamente por ello, «la agresión seguirá siendo actual mientras subsista el peligro de lesión o ulteriores lesiones»⁷⁹.

Así, respecto al inicio de la agresión, no se requiere que haya comenzado a producirse, sino que bastará con su inminencia en la medida en que la acción defensiva ha de ser útil para repeler la agresión. No obstante, asimilar la inminencia con la actualidad no resulta tarea fácil, pues, en palabras de QUINTERO⁸⁰, «(...) no cabe defensa frente a la agresión “que se podía producir en un futuro”. Así, una “agresión anunciada” puede constituir amenazas, pero en todo caso lo cierto es que no justifica la inmediata y violenta necesidad de defenderse, pues si media tiempo, existen otros modos de proteger los bienes jurídicos amenazados». En efecto, la legítima defensa preventiva⁸¹ no se basa en una agresión, sino en una predicción, y no la hace constitutiva de una defensa legítima⁸².

De esta manera, la acción defensiva puede realizarse mientras exista una situación de defensa, «que se extiende desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos»⁸³.

La agresión en curso, aquella que está teniendo lugar en esa específica situación espacio-temporal es la que menos dificultades interpretativas plantea. Sin embargo, en ocasiones lo difícil es determinar si en el momento en que la víctima se defiende de la agresión, esta seguía «en curso» o, por el contrario, ya había cesado. No obstante, «la

⁷⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 404.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 524.

⁸¹ «Esta defensa preventiva puede ser el resultado de un error de prohibición por parte de la persona que “se anticipó sin motivo a la aparición de actos que pudieran hacer pensar una hipotética e improbable agresión (...), por lo que no puede ampararse bajo la legítima defensa llamada putativa» [SAP de Barcelona, Sala de lo Penal, Núm. 471/2016 de 14 de junio de 2016, FJ 2 (Rec. 127/2016)].

⁸² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 349.

⁸³ ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar, 2002, p.623.

reacción defensiva posterior al ataque puede entrar en la legítima defensa si va ligada a éste cronológicamente (*unidad de suceso*)»⁸⁴, mientras que las reacciones muy posteriores habrán de tratarse al margen de la eximente.

Por último, y de especial relevancia en los contextos de violencia de género, existe una «agresión continua» cuando la lesión a los bienes jurídicos se extiende en el tiempo, de modo que los ataques moderados prolongados en el tiempo generan un peligro constante para los bienes jurídicos. Esto ocurre con los delitos permanentes, donde la situación antijurídica se reitera en el tiempo y la víctima, ante una constante necesidad de defensa, «puede ampararse en la legítima defensa en cualquier momento de su cautiverio»⁸⁵.

B) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Nuestro Código Penal exige un segundo requisito que se manifiesta de dos maneras: por un lado, en la necesidad de defensa frente a una agresión, y por otro, en la utilización de medios necesarios para impedir o repeler esta. Mientras que la primera vertiente requiere una necesidad material abstracta (necesidad de ejercer una acción defensiva), la segunda vertiente hace referencia a la racionalidad de los medios empleados para repelerla, esto es, que la acción defensiva concreta que se realiza sea, en definitiva, necesaria. Así, estas ideas de necesidad y racionalidad despliegan su eficacia sobre dos cuestiones⁸⁶: «*que sea necesario defenderse y que sea racionalmente necesario emplear aquel medio defensivo*»⁸⁷.

Aunque ambas dimensiones giren en torno a una idea de «defensa» (una genérica y otra concreta sobre los medios utilizados), doctrinal y jurisprudencialmente son evaluadas de distinta manera. Así, es idónea toda aquella defensa que sea suficiente para detener de inmediato y de manera permanente el ataque, lo cual será analizado desde el

⁸⁴ QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., p.525.

⁸⁵ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte General*, ob. cit., p. 310.

⁸⁶ En esta misma línea, vid.: BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HOMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal Volumen II.*, Madrid: Trotta, 1999, p. 128: «El requisito debe entenderse en un doble sentido que no sólo limita el medio, sino la defensa misma. Este requisito implica, en primer lugar, la necesidad racional de la defensa misma y, en segundo lugar, la necesidad racional del medio».

⁸⁷ (*Sic*). QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, ob. cit., p. 533.

punto de vista de la utilidad de la acción defensiva. Sin embargo, la racionalidad se evalúa desde una idea de proporcionalidad, pues se requiere que la concreta defensa no incurra en exceso con respecto a la agresión que se pretende impedir o repeler, y que se emplee el medio menos lesivo de los disponibles. En efecto, «el comportamiento defensivo ha de ser el estrictamente necesario para impedir o rechazar la agresión»⁸⁸.

Para determinar la necesidad de la acción, tal y como indica BACIGALUPO⁸⁹, es necesario tener en cuenta las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la acción de defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño.

Así, la racionalidad es, en ocasiones, entendida en clave de proporcionalidad⁹⁰, pues aquella excluye las defensas que, por excesivas en relación a la magnitud de la agresión inicial, carezcan de posibilidades de legitimación⁹¹. En consecuencia, la racionalidad implica que la defensa no sea absurdamente lesiva frente a la agresión originaria.

Como indica ZAFFARONI⁹², «en las situaciones concretas en que deba resolverse si la antijuridicidad de la agresión justifica la desproporción con la lesión inferida, la racionalidad es el principio correctivo que debe proporcionar la respuesta, que siempre es equívoca cuando se la denomina tolerancia o se la desvía erróneamente hacia la ponderación de males del estado de necesidad. Si se entiende la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera, casi indignante, entre el mal que se evita y el que se causa, sin perjuicio de precisar las particularidades de la fórmula en supuestos especiales, cabe reconocer que se dispone de un criterio mucho más preciso que los generalmente usados».

⁸⁸ DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte General*, ob. cit., p. 311.

⁸⁹ BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal*, Tercera Reimpresión, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 126.

⁹⁰ Vid.: ROA AVELLA, M., “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante”, *Nova et Vétera*, Vol. 21, N°. 65, 2012, p. 54: «El concepto de la racionalidad excluye aquellas defensas que por tornarse excesivamente desproporcionadas frente a la magnitud de la agresión inicial carezcan de posibilidades de legitimación. Podría afirmar en consecuencia que la racionalidad viene a ser la medida con la que se determina la proporcionalidad».

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pp. 612-613.

No existe, en consecuencia, una forma abstracta, objetiva y general de valorar la racionalidad de la defensa, pues ello dependerá de la concreta situación, lo que exige que el juicio de racionalidad haya de ser apreciada *ex ante* conforme a la situación personal y circunstancias en que se encontraba el defensor en el momento de defenderse. Se trata, en definitiva, de un concepto necesariamente abierto y que tendrá que ser acotado por el juez en el momento de la apreciación de los hechos⁹³.

C) Falta de provocación suficiente por parte del defensor

Falto de una definición legal, este requisito exige que quien ejerce la acción defensiva no haya generado o colaborado suficientemente⁹⁴ a la agresión ilegítima, ya sea de forma voluntaria o imprudente. Según MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN⁹⁵, la agresión provocada intencionalmente para después invocar la legítima defensa (*actio illicita in causa*), conlleva una manipulación del agresor y, por consecuencia, un abuso del derecho. Así, la impunidad buscada de propósito para matar o lesionar a alguien es una perversión del derecho defensa o un abuso del mismo y no puede ser cubierta por esta causa de justificación.

D) Aspecto subjetivo: voluntad de defensa

El ánimo de defensa, requerido por la doctrina mayoritaria, impone a quien se defiende la exigencia de obrar en conocimiento de las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse o *animus defendendi*⁹⁶. Así, este aspecto subjetivo opera en un doble sentido: por un lado, conocimiento o conciencia de la agresión, y por otro, la intención de defenderse.

Respecto del conocimiento se ha señalado que quien acomete a otro sin darse cuenta de que está protegiendo un bien jurídico, no actúa en legítima defensa, pues el azar no lo puede beneficiar⁹⁷. No obstante, no se requiere que la defensa constituya el único

⁹³ BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HOMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal. Volumen II*. ob. cit., p. 129.

⁹⁴ Solamente cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se excluye la apreciación de legítima defensa.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 351.

⁹⁶ BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal*, ob. cit., p. 127.

⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HOMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal. Volumen II*. ob. cit., p. 132.

motivo de la acción defensiva, pues pueden converger otros sin que anule el aspecto subjetivo para la apreciación de la eximente.

2. Restricciones ético-sociales a la legítima defensa

Las conductas defensivas han sufrido limitaciones y restricciones en determinadas situaciones que, sin estar consagradas en la ley, reciben el nombre de restricciones «*praeter legem*». En relación a nuestro tema de estudio, resulta de especial interés las limitaciones surgidas en el ámbito de las relaciones familiares, especialmente entre matrimonios, cuyo fundamento teórico se encuentra en el deber de protección entre parientes que coloca a los miembros de la familia en una posición de garante.

La importancia de estas limitaciones juegan un papel fundamental en el caso de mujeres víctimas de violencia que acaban con la vida de sus agresores, en la medida en que han permeado en exceso el requisito de la necesidad de la defensa, exigiendo a la mujer renunciar a determinados medios de defensa y abandonar el domicilio en lugar de enfrentarse a su agresor.

3. Desestimación de la legítima defensa por los tribunales en los casos de muerte del tirano a manos de la víctima

La apreciación de la eximente de legítima defensa en los contextos de violencia de género donde la mujer acaba con la vida de su agresor ha generado intensos debates doctrinales y jurisprudenciales en relación a la interpretación que de esta figura habría de hacerse para proporcionar una solución más ajustada a la realidad de las víctimas. Sin embargo, ante las dificultades teóricas y prácticas que presenta esta figura, en la mayoría de los casos resulta inaplicable a ojos de los tribunales españoles por la inconcurrencia de sus requisitos, lo que esconde una profunda inadecuación de esta institución al esquema de violencia conyugal en el que tienen lugar los hechos.

Como indica LARRAURI⁹⁸, los argumentos utilizados para negar esta eximente por parte de los tribunales son la actualidad de la agresión, la falta de necesidad racional del medio empleado, y en el aspecto subjetivo, la falta de voluntad de defensa. Ello se debe a que la posición en la que se encuentra la mujer maltratada poco o nada tiene que

⁹⁸ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 31.

ver con el arquetipo de «agresión ideal» sobre la que fueron construidos los requisitos de la legítima defensa, por lo que una aplicación simplista y descontextualizada de esta figura donde se pasen por alto los motivos por los que la mujer se ve obligada a defenderse en una situación no confrontacional o valiéndose de medios peligrosos para asegurar el éxito de su defensa, conducen, no sólo a la inaplicación de la figura por la inconcurrencia de los requisitos de actualidad y racionalidad del medio empleado, sino a la calificación de la conducta como «asesinato alevoso» y la subsiguiente condena a desorbitadas penas de prisión.

No obstante, en este apartado también se hará una breve referencia a la aplicación, por parte de los tribunales españoles, de la eximente de miedo insuperable como forma de alcanzar, de forma alternativa a la legítima defensa, una exención, total o parcial, de la responsabilidad penal de las mujeres maltratadas.

A) Falta de actualidad de la agresión

El requisito de actualidad de la agresión se configura como básico y necesario para apreciar la eximente, tanto en su forma completa como incompleta, y consiste, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1994⁹⁹, «en la conducta humana que crea un peligro real y objetivo, con potencia de dañar, actual o inminente e ilegítimo, mediante el acometimiento o ataque físico, serio e intenso, que viene a autorizar la reacción defensiva necesaria»¹⁰⁰.

Este requisito se ha convertido en un obstáculo insalvable para la aplicación de la legítima defensa dada la situación no confrontacional en la que habitualmente la mujer maltratada ejecuta la acción defensiva. Aunque este requisito ampare agresiones inminentes, en estos casos se plantea el problema de si la agresión resulta lo suficientemente próxima en el tiempo en la medida en que esta eximente no legitima defensas frente a ataques futuros. Así, en numerosas sentencias¹⁰¹, se rechaza el requisito

⁹⁹ STS de 12 de julio de 1994 [RJ 1994, 6362].

¹⁰⁰ Así, entre otras muchas: SSTS 14 mayo [RJ 1985, 2480], 10 junio [RJ 1985, 2980], 30 octubre [RJ 1985, 5073] y 27 diciembre 1985; 30 enero, 3 marzo, 11 abril y 16 y 23 diciembre 1986; 17 febrero 1987; 22 enero [RJ 1988, 439], 22 marzo, 19 abril 24 junio y 10 y 29 octubre 1988; 29 septiembre 1989; 12 junio [RJ 1991, 4694] y 15 octubre 1991; 20 enero, 16 marzo, 3 y 24 abril, 29 mayo, 17 julio y 24 septiembre 1992, y 4 febrero [RJ 1993, 863] y 5 [RJ 1993, 1844] y 8 marzo 1993 [RJ 1993, 2376].

¹⁰¹ Entre ellas, SAP Sevilla de 17-03-2008 (JUR/2008/369609), SAP Islas Baleares de 24-09-2008 (JUR/2009/94481), SAP Las Palmas de 15-07-2011 (JUR/2011/330787), SAP Barcelona de 26-10-2011 (JUR/2011/396707), SAP Madrid de 30-01-2013 (ARP/2014/275), SAP Alicante de 2-04-2013 (JUR/2013/119186), SAP Alicante de 17-04-2013 (JUR/2013/278118), SAP Islas Baleares de 11-11-2013

de agresión actual o inminente y objetiva, pues a pesar de resultar probado el maltrato habitual, la concreta situación en la que tienen lugar los hechos no presentaba, a juicio del tribunal, una efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En muchas ocasiones, la conducta de la mujer maltratada es encajada en la figura de «legítima defensa preventiva», la cual «no se basa en una agresión, sino en una predicción»¹⁰², lo que conduce a una automática denegación de la eximente por cuanto se carece del requisito esencial de esta causa de justificación. En estos casos, se pasan por alto los efectos acumulativos de la violencia repetida y la predicción de repetición de la violencia en el futuro¹⁰³ (la cual no sólo comprende agresiones físicas sino también psicológicas), que habrían de convertir la agresión ilegítima en una agresión permanente y, susceptible, por tanto, de ser repelida en cualquier momento.

Esta problemática se hace patente en la SAP de La Coruña 2/2010, de 1 de diciembre de 2010¹⁰⁴, donde a pesar de reconocerse el maltrato habitual («*En el curso de este matrimonio, el fallecido sometió a la acusada y a su hija a continuos malos tratos físicos y psíquicos*»), se considera que este no resulta suficiente para la existencia de una agresión ilegítima por cuanto ese día el maltratador no la agredió físicamente; únicamente le profirió amenazas. Además, la forma en que la mujer ejerce su acción defensiva (estando su marido «*acostado en la cama*») conduce al tribunal a condenar a la mujer a quince años de prisión por un delito de asesinato alevoso, en su modalidad sorpresiva¹⁰⁵, con la circunstancia agravante de parentesco, a pesar de que resulte probada la clara diferencia de fortaleza física entre la acusada y su marido (con la incidencia que ello

(ARP/2013/1260), SAP Tarragona de 8-07-2014 (JUR/2015/9922), SAP Madrid de 17-07-2015 (ARP/2015/908), SAP Barcelona de 17-11-2015 (ARP/2016/175), SAP Málaga de 30-05-2016 (ARP/2016/1065), STS de 3-06-2016 (RJ/2016/2747), SAP Las Palmas de 13-06-2016 (ARP/2016/1157), SAP Ciudad Real de 12-09-2016 (ARP/2016/1043), SAP Madrid de 7-10-2016 (JUR/2016/254491), SAP Barcelona de 14-10-2016 (JUR/2017/25577).

¹⁰² MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 350.

¹⁰³ DAUDIRAC, M. *Aplicación de la legítima defensa en situaciones de violencia conyugal. Comparación de los sistemas jurídicos español y francés*, ob. cit., p. 37.

¹⁰⁴ SAP A Coruña núm. 2/2010, de 1 de diciembre (ARP 2011\220)

¹⁰⁵ *Ibidem*, FJ 1: «La concurrencia de esta circunstancia agravatoria se ha inferido de las propias manifestaciones de la acusada, que, como resulta del acta número 2 de las sesiones del juicio, reconoció que su esposo estaba "tranquilo, en la cama, no pensaba, su marido no gritó". Esta declaración de la acusada permite apreciar que la víctima, cuando fue agredida, estaba desprevenida, y, por ende, la existencia de esta alevosía sorpresiva, manifestación que, además, resulta coincidente, como expone el Jurado, con el hecho de que el fallecido no presentaba heridas de defensa».

podría tener en la realización de la conducta defensiva cuando el agresor se encontraba desprevenido).

Cabe citar, igualmente, la SAP de Barcelona núm. 21/09/1999¹⁰⁶, donde se rechaza la aplicación de la eximente de legítima defensa debido a la falta de actualidad de la agresión ilegítima, puesto que la mujer, sometida a continuos malos tratos físicos, le clava a su marido un cuchillo en el abdomen en la creencia de que éste se disponía a agredirla al acercarse a ella tras haberle proferido numerosos insultos. Una vez más, no se tuvo en cuenta la existencia de agresiones previas hacia la víctima, las cuales habrían podido producir en la mujer una necesidad de defenderse ante una agresión que, por su experiencia, creía inminente.

En los mismos términos se pronunciaron el Tribunal Superior de Justicia de Galicia¹⁰⁷ y el Tribunal Supremo¹⁰⁸ ante los recursos presentados por la condenada, descartando que las amenazas por parte del agresor hacia la mujer previas a acción defensiva pudieran provocar una necesidad racional y objetiva de defensa. Estas sentencias son un claro ejemplo de cómo los Tribunales acostumbran a identificar la agresión con actos puramente físicos¹⁰⁹, pasando por alto las amenazas u otros comportamientos similares que permiten a la víctima prever con antelación un episodio violento.

Por otro lado, la actualidad de la defensa no sólo se pone en cuestión en situaciones no confrontacionales, sino también cuando la agresión actual ya ha cesado. Estos casos, que plantean grandes dificultades probatorias, conducen a considerar el acto defensivo como una venganza o represalia y, por ende, no justificado. Sin embargo, en el caso de mujeres maltratadas que optan por defenderse, resulta frecuente el aprovechamiento de una interrupción momentánea en la agresión ilegítima para ejecutar la conducta defensiva (por ejemplo, cuando el marido se resbala, está de espaldas, se le cae el arma, etc.), lo que conduce a calificar la conducta como «legítima defensa excesiva» y, además, extensiva, impidiendo la apreciación de esta eximente, tanto completa como incompleta¹¹⁰.

¹⁰⁶ SAP de Barcelona de 21 septiembre 1999 (ARP 1999\3488).

¹⁰⁷ STSJ Galicia de 4-03-2011 (ARP/2011/695).

¹⁰⁸ STS de 11-10-2011 (RJ/2011/7068).

¹⁰⁹ También se dan casos en los que se rechaza la habitualidad del maltrato por ser éste únicamente psicológico y no físico. Vid.: SAP Ciudad Real de 12-09-2016 (ARP/2016/1043).

¹¹⁰ Así lo establece constante jurisprudencia. Vid.: STS núm. 972/2001, de 28 de mayo (FJ 2) [RJ 2001\4571] y STS núm. 1270/2009, de 16 de diciembre (FJ 3) [RJ 2010\307], entre otras.

Ello se justifica en la falta del requisito esencial de esta eximente, en tanto que el exceso extensivo supone, como indican la STSJ de Canarias, núm. 10/2006 de 17 octubre¹¹¹ y la STS 554/2007, de 21 de junio¹¹², una ausencia de «*necessitas defenssionis*» o necesidad de defensa.

En estos casos, se aprecia un corte o cesura en el circuito acción agresiva-reacción defensiva y, por tanto, una falta de unidad del acto exigido por la doctrina entre la agresión y la defensa, lo que provoca la pérdida del carácter justificante de la acción defensiva por parte de la mujer maltratada. Ejemplo de ello lo encontramos en la STS núm. 2089/1993 de 30 septiembre¹¹³, donde el tribunal sentenciador descarta la apreciación del requisito de actualidad de la agresión ilegítima en la medida en que la mujer aprovecha que su marido ha tropezado y se encuentra en el suelo para golpearle en la cabeza con la pala con la que previamente le había golpeado el agresor.

Por último, cabe citar la STS 1015/1997, de 9 de julio¹¹⁴, por cuanto proporciona una interpretación más ajustada al contexto de maltrato del que es víctima la mujer. En este caso, queda probado que el maltratador sacó un revólver 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», efectuando un total de cinco disparos de los cuales cuatro alcanzaron al marido, produciéndole la muerte, tras lo cual la acusada se dirigió a comisaría a contar 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. Sin embargo, la eximente de legítima defensa fue descartada en la medida en que «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»¹¹⁵. Sin embargo, el Tribunal Supremo estableció la existencia de la injusticia de

¹¹¹ STSJ de Canarias 10/2006 de 17 octubre (FJ 1) [ARP 2007\42].

¹¹² STS núm. 544/2007, de 21 de junio de 2007 (FJ 1) [RJ 2007\4750].

¹¹³ STS núm. 2089/1993 de 30 septiembre de 1993 (FJ 2) [RJ 1993\7020].

¹¹⁴ STS núm. 1015/1997, de 9 de julio de 1997 [RJ 1997\5749].

¹¹⁵ *Ibidem*, FJ 5.

la amenaza, y realizó un análisis del contexto en que se desarrollaron los hechos, indicando que en este caso «la única posibilidad de la acusada fue, no sólo el arrebato sorpresivo del arma, sino su uso»¹¹⁶ concluyendo con la apreciación de la eximente de legítima defensa.

B) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión

Otro de los habituales motivos por los que la jurisprudencia tiende a no apreciar la legítima defensa radica en los medios empleados por la mujer víctima de maltrato para impedir o repeler la agresión¹¹⁷, si bien, en este caso, queda abierta la posibilidad de una eximente incompleta. Este aspecto tiende a elucidar si la mujer maltratada actuó de forma proporcional a la agresión sufrida, teniendo en cuenta la utilización de armas peligrosas de las que normalmente se valen estas mujeres para su defensa, lo que en ocasiones también le proporciona al tribunal elementos para determinar el ánimo de matar o de lesionar.

Este requisito, basado en el principio de menor lesividad¹¹⁸, supone una exigencia para la mujer maltratada que se defiende, pues implica que, de entre los medios a su alcance para impedir o repeler la agresión, deberá elegir el medio menos lesivo, siempre y cuando éste resulte seguro y suficiente para el éxito de la defensa. En este sentido, la STS 967/2011, de 23 de septiembre (FJ 1)¹¹⁹ y la STS 500/2013, de 12 junio (FJ 2)¹²⁰, establecen que «(...) para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho».

Este requisito habrá de ser valorado y apreciado por el juez de forma objetiva y *ex ante*, tal y como exige la STS 470/2005, de 14 de abril (FJ 3)¹²¹, debiendo el juzgador

¹¹⁶ *Ibidem*, FJ 6.

¹¹⁷ Implica un juicio de proporcionalidad entre los instrumentos y riesgos de la agresión, y los medios y comportamientos defensivos.

¹¹⁸ Vid.: JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 368; e IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999, pp. 191, 201 y ss.

¹¹⁹ STS núm. 967/2011, de 23 de septiembre [RJ 2011\6716].

¹²⁰ STS núm. 500/2013, de 12 junio [RJ 2013\5227].

¹²¹ STS núm. 470/2005, de 14 abril [RJ 2005\4355].

colocarse en la posición del agredido en el momento en que se inicie o sea inminente la agresión, y apreciando las circunstancias en las que tiene lugar (medios posibles de defensa, intensidad y velocidad de la agresión, características del agresor, etc.). No obstante, este requisito no suele apreciarse por el tribunal con base en los medios peligrosos que utilizan las mujeres maltratadas para asegurar el éxito de su defensa, sin atender a su menor potencialidad física, la cual les impide enfrentarse en condiciones de igualdad con su agresor y les exige valerse de tales medios.

En este sentido, la SAP Burgos de 9-04-2007 (FJ 3)¹²² expresa: «es evidente que existe una agresión ilegítima del fallecido a la acusada, que justifica una actitud de defensa de ella, pero también lo es la desproporción del medio defensivo empleado para repelerlo, pues frente al ataque con las manos de su marido reacciona utilizando un cuchillo».

Asimismo, la SAP Vizcaya núm. 74/2012, de 17 de octubre¹²³ descarta la aplicación completa de la eximente en la medida en que la mujer en vez de repeler la agresión de su marido con las manos «como reacción inmediata más natural»¹²⁴, acude a la cocina a coger un cuchillo para clavárselo a su marido. Por último, la SAP Santa Cruz de Tenerife núm. 382/2007, de 28 de mayo (FJ 3)¹²⁵ indica que «(...) la acusada, aunque creyó que se tenía que defender de su marido, ya que en otro caso la iba a agredir y posiblemente matar, al disponer su defensa por medio de tal cuchillo incurrió en su exceso o desproporción»¹²⁶.

C) El ánimo de defensa

En el aspecto subjetivo, resulta recurrente rechazar el ánimo de defensa de la mujer maltratada, especialmente en aquellos casos en los que el acto defensivo se produce en una situación sin confrontación (por ejemplo, cuando el marido duerme) que induce al juzgador a pensar que actúa, no con la intención de defenderse, sino con móvil de

¹²² SAP de Burgos núm. 15/2007, de 9 de abril [ARP/2007/560].

¹²³ SAP de Vizcaya núm. 74/2012, de 17 de octubre [JUR/2014/165237].

¹²⁴ *Ibidem*, FJ 3.

¹²⁵ SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 382/2007, de 28 mayo [JUR 2007\287174].

¹²⁶ Finalmente, concluye el Jurado (FJ 3) en que «la realización del delito ha concurrido la eximente de legítima defensa incompleta, y la eximente incompleta de miedo insuperable (...), basándose el Jurado en las declaraciones de los psicólogos y médicos forenses, señalando el Jurado que la acusada temía por su vida por la reiteración de las habituales amenazas de su marido quien frecuentemente le decía "que iba a ir a su funeral" y los malos tratos recibidos periódicamente y durante largo tiempo».

venganza por los maltratos sufridos, ya que «contra agresiones pasadas la agresión deja de ser defensa para convertirse en venganza» (SAP Orense núm. 74/2002 de 18 junio¹²⁷; SSTs 30-1-86¹²⁸ y 15-10-91¹²⁹).

4. Una alternativa agridulce: el miedo insuperable

En España ha sido una constante la utilización de esta figura como medio para eximir, total o parcialmente, de responsabilidad a aquellas mujeres maltratadas cuyos actos defensivos no parecen encajar en el esquema de la legítima defensa por falta de requisitos esenciales. Esta eximente, prevista en el art. 20.6º del CP, requiere que el miedo sea serio, real e inminente¹³⁰ y el requisito objetivo que dicho miedo sea *insuperable*, esto es, «superior a la exigencia media de soportar males y peligros»¹³¹.

Esta figura se ha mostrado una alternativa más factible que la legítima defensa, pues no exige la existencia objetiva de la agresión, sino únicamente la creencia razonable, por parte de la mujer maltratada, de la presencia de un mal amenazante. No obstante, la apreciación de esta figura, en tanto que causa de exclusión de culpabilidad y no de justificación de la conducta, no excluye la antijuridicidad del hecho.

No cabe duda de la importancia de esta eximente en los contextos de mujeres que dan muerte a su maltratador, pues en muchas ocasiones les exime de pena, total o parcialmente, cuando la legítima defensa se muestra inalcanzable. Sin embargo, esta alternativa se muestra insuficiente en tanto en cuanto se aleja del debate fundamental que desde hace años vienen planteando ciertos sectores feministas, pues esta problemática no encuentra su solución en evitar, vía exculpación, una pena de prisión para las mujeres que matan a sus agresores, sino en adaptar la institución de la legítima defensa a estos casos para que las mujeres maltratadas puedan ver justificada su defensa.

¹²⁷ SAP de Orense núm. 74/2002, de 18 junio (FJ 2) [JUR 2002\202534].

¹²⁸ STS de 30 enero 1986 (FJ 1) [RJ 1986\203].

¹²⁹ STS de 15 octubre 1991 (FJ 3) [RJ 1991\7110].

¹³⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 419.

¹³¹ *Ibidem*.

V. Una adecuada reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa a la luz de una perspectiva de género: una propuesta personal

Existe una imperiosa necesidad de reconocer la existencia de una situación estructural de discriminación hacia las mujeres no sólo en leyes específicas, sino en el Ordenamiento jurídico en su conjunto, con el objeto de modular y adaptar la rigidez y el rigorismo de determinadas instituciones del Derecho penal donde las realidades de las mujeres aún resultan fuertemente invisibilizadas¹³².

Como ya se expuso anteriormente, la violencia de género doméstica se encuentra rodeada de específicas causas, consecuencias, síntomas y síndromes que afectan la salud física y mental de las mujeres maltratadas, lo que exige una especial valoración de la concurrencia de causas de exclusión de su responsabilidad criminal, especialmente de la legítima defensa, adaptadas al contexto de violencia habitual en el que están inmersas las víctimas y sin que ello suponga una aplicación benevolente de esta institución. En efecto, no se pretende quitar objetividad a su marco aplicativo, sino realizar una interpretación con perspectiva de género que permita reconocer el especial escenario en que es aplicada, pues una mujer maltratada que acaba con la vida de su agresor no es una «mujer media» cualquiera, sino una mujer en un específico escenario¹³³.

Así, con base en la interpretación androcéntrica con la que acostumbra ser aplicada esta causal de justificación y los obstáculos dogmáticos con los que se enfrenta (relacionados, principalmente, con los requisitos de actualidad y racionalidad del medio empleado), las reflexiones que a continuación se realizan están encaminadas a proporcionar una base interpretativa sólida sobre la que sustentar una correcta aplicación de la legítima defensa en los contextos de violencia de género donde las mujeres maltratadas acaban con la vida de sus agresores.

¹³² MARTÍNEZ LEGUÍZAMO, D.A., *La legítima defensa desde la perspectiva de género*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad del Azuay, Ecuador, 2019, P. 43.: «Por esta razón cabe recalcar la necesidad urgente de que los administradores de justicia logre concientizarse sobre los contextos de violencia y subordinación generalizada de las mujeres, para que puedan realmente hacer un análisis desde una perspectiva de género teniendo en cuenta la posición de la mujer y logrando realmente entender sus necesidades».

¹³³ ROA AVELLA, M., “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante”, *ob. cit.*, p. 62.

EXCURSO: la calificación de la conducta defensiva: *animus necandi* y alevosía

Una mayoritaria jurisprudencia, así como parte de la doctrina, tienden a apreciar el dolo de matar o «*animus necandi*» en aquellas conductas defensivas ejecutadas por víctimas de maltrato frente a su agresor, descartando la mera intención de lesionar o «*animus laedendi*» en atención al arma utilizada y el área del cuerpo afectada. La propia naturaleza subjetiva de este elemento entraña una especial dificultad en su determinación por parte del juzgador, quien, regido por los parámetros jurisprudenciales del Tribunal Supremo, habrá de ser considerada la relación previa entre agresor y agredido; el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión (lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante); el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; la repetición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto [STS núm. 500/2019 de 24 octubre, (FJ 3). RJ 2019\4194]¹³⁴.

Sin embargo, sostener la existencia del dolo de matar en el arma utilizada y la zona del cuerpo afectada no parecen criterios adecuados para el caso de mujeres maltratadas que matan a sus agresores. Este razonamiento, creíble en situaciones confrontacionales hombre/hombre, pierde plausibilidad cuando quien se enfrenta a un hombre es una mujer sometida a continuos maltratos. Con ello, no se pretende hacer prescindibles estos criterios en el contexto planteado –por cuanto pueden resultar, en muchos casos, clarificadores–, sino complementarlos con un análisis de las circunstancias de estas mujeres, cuya menor fuerza física las obliga irremediabilmente a utilizar armas de grandes proporciones (aun cuando su intención sea meramente lesionar¹³⁵) para conseguir repeler las agresiones de su maltratador y asegurar así el éxito de su defensa.

¹³⁴ En iguales términos, las SSTs. 57/2004 de 22-1-2004 (RJ 2004, 1118); 10/2005, de 10-1 (RJ 2005, 1818); 140/2005, de 3-2 (RJ 2005, 2193); 106/2005, de 4-2 (RJ 2005, 1887); y 755/2008, de 26-11 (RJ 2008, 7134).

¹³⁵ Téngase en cuenta que las acciones defensivas de la mujer acostumbra a ser siempre calificadas de homicidio, independientemente de la consecución del resultado, a diferencia de las agresiones ejecutadas por hombres, donde la no consumación del delito acostumbra a ser un indicador de ausencia de dolo, en tanto que se parte de la consideración de que «si el hombre hubiese querido verdaderamente matarla, lo

Por otro lado, también resulta recurrente la apreciación de la agravante de alevosía en las conductas de las mujeres víctimas de violencia de género que acaban con la vida de su agresor en una situación no confrontacional, en la medida en que existe un aprovechamiento de la situación de indefensión en la que se encuentra el maltratador.

Frente al marco de pena previsto para el delito de homicidio básico del artículo 138.1 del CP (de diez a quince años de prisión), la concurrencia de alevosía convierte la conducta en una acción constitutiva de asesinato (art. 139.1.1ª del CP), para el que se prevé una pena considerablemente mayor que oscila entre los quince y los veinticinco años de prisión. Conforme al art. 22.1 del CP, existe alevosía cuando el autor emplee en la ejecución «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».

La rígida aplicación de este precepto en los contextos de muerte del maltratador a manos de su víctima conduce a la calificación de asesinato de esta clase de conductas por el modo «cauteloso y taimado»¹³⁶ en que la mujer procede a ejecutar su acción, pues por alevosía se entienden las emboscadas, acecho, sorpresa, armas peligrosas, veneno, desvalimiento de la víctima (que esté dormida, ebria, de espaldas, etc.), que son precisamente los medios o situaciones en los que la víctima de maltrato acostumbra a acabar con la vida de su agresor.

Sin embargo, la búsqueda, por parte de la víctima de maltrato, de una situación de debilidad o indefensión de su agresor, deriva de la necesidad de evitar un enfrentamiento directo con este, pues sólo el aprovechamiento de una situación de desvalimiento o indefensión circunstancial del maltratador permite compensar la situación de inferioridad de partida en la que se encuentra la víctima¹³⁷ y poder defenderse con éxito. En efecto, la interpretación de este agravante exige en estos casos una concreta contextualización y asumir que no puede castigársele de forma agravada al autor de un hecho por la utilización

hubiese conseguido». Esta interpretación resulta especialmente gravosa para la mujer, pues no sólo determina el dolo de matar, sino también la falta del requisito de necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión, pues «la mujer mata y el marido no pretendía matarla, sino solo apalizarla». Vid.: LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit. p. 16.

¹³⁶ STS de 29 de junio de 1990 (FJ 7) [RJ 1990/7306].

¹³⁷ En este sentido, PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, Buenos Aires, B de F, 2014, señala que la alevosía, tal y como es definida en la mayoría de los casos por la jurisprudencia, parece diseñada para penalizar la respuesta de los débiles y los sometidos frente al abuso, la violencia y la brutalidad.

de un medio que requiere necesariamente para poder llevar a cabo el tipo básico del delito. En efecto, como indica a este respecto LARRAURI¹³⁸: «la alevosía sólo tiene sentido cuando existe la alternativa entre realizar el hecho o realizarlo de forma tal que se asegure su ejecución, esto es, cuando frente a dos posibles formas de matar, se opta por la más segura». Sin embargo, la disyuntiva en la que se encuentra la mujer en el contexto planteado no reside en acabar con la vida de su agresor con o sin alevosía, sino la de matar con alevosía o no matar a su maltratador.

Así, lo que aquí se propone no es impedir la aplicación de la agravante a las mujeres maltratadas que matan a sus agresores siempre y en todo caso. En efecto, no se pretende una contextualización genérica que dé por hecho que la única forma de defensa de la víctima de maltrato es la utilización de medios peligrosos, sino una concreta contextualización de las circunstancias del caso, donde, tras analizar, mediante un juicio *ex ante*, las circunstancias personales de víctima y maltratador, sus respectivas condiciones físicas y psicológicas, así como la relación de dominación existente entre la víctima y el agresor¹³⁹, permitan concluir si la mujer maltratada tuvo una mínima posibilidad de elección entre matar a su agresor con o sin alevosía.

De esta manera, si del análisis de las circunstancias concretas se desprende que sin el uso de medios alevosos la muerte del tirano hubiera sido posible, aunque menos probable, la conducta habría de ser calificada de asesinato, pues la utilización de dichos medios cumple la función de facilitar o asegurar la muerte del maltratador¹⁴⁰.

Sin embargo, de aparecer la muerte *ex ante* como imposible o casi-imposible sin el uso de medios alevosos, habrá de descartarse el agravante en aplicación del art. 67 del CP¹⁴¹, en la medida en que actuar con medios alevosos resulta inherente al delito, sin la

¹³⁸ LARRAURI PIJOAN, E., “Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del Derecho Penal”, ob. cit., p. 23.

¹³⁹ PÉREZ MANZANO, M., “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 34, 2017, p. 51. (Recuperado a partir de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/7731>).

¹⁴⁰ La propuesta de aplicación de la agravante de alevosía en estos casos se deriva del hecho de que la mujer maltratada tuvo la posibilidad de elegir entre todos los medios disponibles la forma en que matar a su agresor, y eligió la forma que más aseguraba su ejecución.

¹⁴¹ Art. 67 del CP: «Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse».

conurrencia de los cuales no habría podido la mujer maltratada matar a su marido y repeler la agresión, actual o inminente¹⁴².

En definitiva, con esta propuesta se intenta dejar intactos los elementos indiciarios de alevosía y no desvirtuar su naturaleza en favor de una interpretación más benigna para las mujeres maltratadas que, ante múltiples posibilidades de elección, deciden matar alevosamente, al mismo tiempo que se permite proteger y proporcionar una respuesta penal más adecuada a aquellas mujeres que, careciendo de posibilidades de elección, la única forma de impedir o repeler la agresión de su maltratador es optar por la utilización de medios tradicionalmente constitutivos de alevosía, pero que en el presente caso, y en la medida en que ésta constituye la única alternativa para la mujer, sería inaplicable.

1. Un apunte previo sobre las restricciones ético-sociales a la legítima defensa

Antes de comenzar con la reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa, conviene aclarar que a la mujer maltratada no ha de imponérsele, con base en el deber de garante que el Derecho penal establece en los casos de relaciones familiares estrechas, una exigencia de asunción de riesgos o un deber especial de escapar de la agresión ilegítima proveniente de su marido o pareja.

Estas limitaciones de la legítima defensa, de gran arraigo en Alemania, requieren de un deber de solidaridad mutua¹⁴³ entre el agresor y el agredido, exigiéndole a este último que busque el medio más suave posible para repeler la agresión, incluso si ello implica algún tipo de riesgo (leve) para su integridad¹⁴⁴. Ello excluye el derecho de

¹⁴² «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». Vid.: CORREA FLOREZ, M^a C., *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, p. 384.

¹⁴³ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 53.

¹⁴⁴ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2^a Ed, trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 488-489.

defensa necesaria entre esposos¹⁴⁵ en la medida en que el amenazado debería eludir la agresión o recurrir al medio más suave¹⁴⁶.

Sin embargo, exigir a las mujeres maltratadas una obligación semejante contribuye al mantenimiento de ese círculo de violencia en el que se encuentran inmersas, toda vez que se les arrebató la posibilidad de defenderse legítimamente frente a agresiones injustas. Ello, en palabras de DI CORLETTO¹⁴⁷, «refuerza las falsas concepciones sobre la violencia doméstica y constituye una invitación a preguntar qué debía haber hecho la mujer para finalizar el vínculo».

En esta área, uno de estos mitos consiste en afirmar que, si quisiera, la mujer podría abandonar el hogar, y que si no lo hace es porque no quiere o porque «no le importa ser maltratada»¹⁴⁸. Ejemplo de ello lo encontramos en la antes citada SAP Burgos 15/2007, de 9 de abril (JUR/2007/560), donde se rechaza la eximente de miedo insuperable porque la mujer, víctima de continuos maltratos, continuaba voluntariamente la convivencia con su agresor, lo que hace rechazar la apreciación de ese continuo miedo y temor hacia su esposo.

Sin embargo, en la medida en que esta clase de restricciones por razón de parentesco colocan a la mujer maltratada en una situación aún más vulnerable, cabe afirmar, con base en la postura de ROXIN, que tal relación de solidaridad cesa en el momento en que existe una relación previa de carácter conflictivo como es el caso de los malos tratos o lesiones graves continuadas. En efecto, la legítima defensa no puede mantenerse incólume en el caso de las mujeres maltratadas que matan a sus agresores, ya que «no se le puede exigir a ella el deber que su pareja ha desatendido previamente, y «por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse»¹⁴⁹. En consecuencia, la

¹⁴⁵ DI CORLETTO, J. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, N° 5, 2006, p. 5. (Recuperado a partir de: https://www.academia.edu/15523740/Mujeres_que_matan_Leg%C3%ADtima_defensa_de_las_mujeres_golpeadas; última consulta 6/6/2021).

¹⁴⁶ BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 230.

¹⁴⁷ DI CORLETTO, J. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, ob. cit., p. 5.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz, García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 652.

teoría alemana sobre la limitación de la legítima defensa no es predicable respecto de aquellas situaciones en las que la mujer víctima de continuos maltratos acaba con la vida de su agresor, con razón de un clima de violencia que se muestra incompatible con cualquier clase de deber de protección de la víctima hacia su maltratador¹⁵⁰.

2. La actualidad de la agresión ilegítima

El maltrato habitual tanto físico como psicológico al que se encuentra sometida la mujer por parte de su marido o pareja no plantean dudas sobre el hecho de que tales actos constituyen una agresión ilegítima, subsumida en un delito contra la integridad moral del artículo 173.2 del CP en concurso, en su caso, con el delito de maltrato ocasional del art. 153 del CP o de lesiones del art. 147 CP.

Sin embargo, el requisito de actualidad de la agresión plantea difíciles problemas en orden a estimar justificada la conducta defensiva de la mujer maltratada, pues la defensa tiende a producirse por sorpresa o aprovechando la situación de indefensión o desvalimiento del maltratador (cuando se encuentra de espaldas, dormido, etc.) ante la imposibilidad física de la mujer de ejecutar la conducta con éxito en un cuerpo a cuerpo con su agresor.

En efecto, la mujer en estos casos se encuentra con la necesidad de defenderse de manera distinta para la que en un principio fue configurado el requisito de actualidad de la agresión, lo que requiere una reinterpretación del mismo en la medida en que concebir su aplicación únicamente para situaciones de lucha o contienda¹⁵¹ «implica hacerla inservible para las mujeres y limitarla a los hombres que sí pueden defenderse en el momento inmediato en el que se está produciendo el ataque»¹⁵².

¹⁵⁰ LAURENZO COPELLO, P. “En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas”, en: LUZÓN-PENA, DIEGO MANUEL y DE VICENTE REMESAL, JAVIER. “*Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*”, ob. cit., p. 735.

¹⁵¹ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 32.: «Exigir que el ataque sea actual (en el sentido de que “está sucediendo”) equivale, como advirtió el Tribunal Supremo americano (...), a condenar a la mujer a “murder by instalment” (asesinato a plazos)».

¹⁵² *Ibidem.*: «El requisito de “actualidad de la agresión ilegítima” formulado de manera neutral y aplicado de forma objetiva, convierte en inaplicable la legítima defensa para eximir de responsabilidad a la mujer autora».

A) Necesidad de la defensa como elemento informador del requisito de actualidad

La primera propuesta que aquí se realiza parte de la necesidad de aportar a las mujeres maltratadas una vía interpretativa adecuada del requisito de actualidad que no les exija someterse de manera obligatoria a una confrontación directa con su agresor para ver aplicada la eximente. De esta manera, la actualidad de la agresión quedaría sometida a la necesidad defensiva de la víctima, quien podrá defenderse legítimamente aun habiendo cesado el ataque o anticipándose al próximo, pues carece de sentido obligar a la víctima a esperar a que el ataque se esté consumando para que pueda reaccionar legítimamente en defensa de sus bienes (de ahí que el art. 20.4 del CP no sólo justifique la defensa orientada a repeler la agresión, sino también a *impedirla*), especialmente cuando dicha espera colocaría a la mujer maltratada en una situación en la que la defensa sería ya imposible o ineficaz¹⁵³.

La alternativa interpretativa que aquí se expone no tiene por objeto sustituir el requisito de la actualidad de la agresión por la necesidad de la defensa de la mujer maltratada, sino convertir a esta última en un elemento informador del primero, en la medida en que permite proporcionar a las mujeres víctimas de maltrato que acaban con la vida de sus parejas agresoras una respuesta más afín a la naturaleza misma de la legítima defensa.

En efecto, esta institución goza de un fundamento protector de los bienes jurídicos perturbados por terceros, por lo que en atención a los fines de esta figura resulta más adecuado entender que el requisito de actualidad no exige propiamente una agresión que se esté produciendo en ese mismo instante, ni tampoco una agresión inminente en el sentido de que vaya a tener lugar prontamente. Así, se propone negar la sustantividad propia del requisito de actualidad –téngase en cuenta que ni siquiera se encuentra previsto en nuestro Código Penal, como sí lo está la necesidad de la defensa–, y subordinarlo a la necesidad de la defensa como un elemento que sirva para precisarla.

El requisito de actualidad comprende la agresión que se está produciendo, la inmediatamente anterior y la incesante¹⁵⁴. Descartada la primera opción –en la medida en

¹⁵³ PÉREZ MANZANO, M., “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, ob. cit. 54.

¹⁵⁴ LARRAURI, E., y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit. 33.

que en los contextos planteados las mujeres maltratadas tienden a defenderse en situaciones no confrontacionales—, la inminencia ha ocupado hasta ahora un papel fundamental en la determinación de la actualidad.

Lo que aquí se plantea no es eliminar el requisito de la inminencia de la agresión, pues, en efecto, esta sigue siendo un elemento esencial para considerar «actual» la agresión ilegítima (y, por tanto, justificada la conducta defensiva). Sin embargo, la importancia de la inminencia ya no radicará en su carácter de condición *sine qua non* para apreciar la actualidad de la agresión, sino como un elemento indicador de la necesidad de defensa de la mujer maltratada, la cual permite apreciar la actualidad de la agresión. De esta manera, una agresión inminente conllevará siempre una necesidad defensiva —en la medida en que dicha necesidad no sólo surge cuando se están lesionando los bienes jurídicos vida o integridad física de la mujer maltratada, sino cuando estos aún no se han lesionado y simplemente se han puesto en peligro— si bien la necesidad de la defensa no ha de implicar, siempre y en todo caso, la existencia de una agresión inminente. En estos casos es donde la teoría de la agresión incesante adquiere un papel fundamental en aras a cobijar la conducta defensiva.

Por lo tanto, para apreciar la actualidad de la agresión será suficiente con realizar un juicio sobre la necesidad de defensa de la mujer maltratada, si bien la inminencia de la agresión y, a falta de esta, su carácter incesante, actuarán como indicadores de dicha necesidad. Así, en caso de no quedar probada la inminencia de la agresión, se plantea el salvoconducto del maltrato como delito permanente que convierte la agresión en incesante¹⁵⁵ y, con ello, la posibilidad de reconocer una necesidad defensiva que permita apreciar la actualidad de la agresión.

B) La inminencia de la agresión: la importancia de los conocimientos especiales de la víctima

Tal y como afirma reiterada jurisprudencia, un ataque inminente equivale a una agresión actual¹⁵⁶, afirmación que se deriva del artículo 20.4 del CP en la medida en que

¹⁵⁵ POZAS PRESA, O., *Estereotipos de género: análisis del discurso jurisprudencial a partir de la aplicación del artículo 153 del Código Penal. En particular, estudio de la figura de la riña mutua y de la legítima defensa*, Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Barcelona, 2019, p. 99.

¹⁵⁶ Así, entre otras, la STS núm. 1172/2006, de 28 noviembre (FJ 4) [RJ 2007\261].

la acción defensiva no sólo puede ir dirigida a repeler la agresión, sino también a impedir la antes de que esta comience.

El caso de las mujeres que matan a sus agresores plantea especiales dificultades a la hora de determinar la inminencia de la agresión. En efecto, este requisito exige realizar un juicio de valor sobre si la agresión ilegítima cometida por el maltratador era lo suficientemente próxima para autorizar una respuesta por parte de la mujer maltratada; pues requiere determinar cuál es el momento indicado para avalar la defensa como legítima, que será de este carácter cuando «no se puede hacer esperar»¹⁵⁷.

Sin embargo, la situación no confrontacional en la que acostumbran a tener lugar los hechos conduce a excluir de plano la aplicación de la eximente por falta de inminencia. Precisamente por ello, resulta esencial hacer hincapié en el carácter continuado y cíclico del maltrato donde, de forma continua, el maltratador agrede a la mujer coartando su integridad física y moral, pues sólo desde la perspectiva de una mujer en situación semejante puede valorarse adecuadamente la inminencia.

En el reconocimiento de este requisito juega un papel fundamental el comportamiento del agresor anterior a la acción defensiva, donde las amenazas que anuncian una agresión pueden determinar su inminencia. A pesar de que la agresión ilegítima ha solido asimilarse tradicionalmente con un acometimiento físico, lo cierto es que la ley no exige tal condición. Así, siguiendo la postura de LUZÓN¹⁵⁸, «no existe inconveniente en admitir que las amenazas son perfectamente aptas para constituir una agresión ilegítima».

De hecho, el Tribunal Supremo ya ha venido admitiendo que por «agresión» debe entenderse toda creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles. Indica el alto tribunal que «por agresión ilegítima no sólo habrá de entenderse la realizada con un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud 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, de forma que la agresión

¹⁵⁷ MESECVI, “Recomendación general del Comité de Expertas del MESECVI (Nº.1): Legítima defensa y violencia contra las mujeres, 2018, p. 7.

¹⁵⁸ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 140.

no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente»¹⁵⁹.

En efecto, las amenazas proferidas por el agresor hacia la víctima implican una lesión actual del bien jurídico seguridad de la víctima, así como una puesta en peligro de su integridad física y su vida (amenazan su indemnidad futura). Por ello, tal y como afirma PÉREZ MANZANO¹⁶⁰, «el delito de amenazas constituye un delito mixto –de lesión y peligro– en el que la exteriorización de una voluntad delictiva de causar un daño a la víctima, en las circunstancias en que esta se manifiesta en estos casos, supone una puesta en peligro de la integridad física de la víctima que perdura mientras la amenaza permanece».

No obstante, la actualidad, en términos jurídico-penales, exige valorar el carácter objetivo de tal inminencia. Es aquí donde cobran especial relevancia los conocimientos especiales de la víctima en la medida en que la mujer maltratada, sometida a continuos episodios violentos y en atención al carácter cíclico de la violencia conyugal, es capaz de prever con antelación la inminencia de un ataque¹⁶¹.

En efecto, la continuidad de la violencia implica que la agresión del maltratador puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer víctima tiene temor, preocupación y tensión constantes, lo que causa que continuamente espere una agresión¹⁶², y más cuando la mujer resulta amenazada, lo que tiende a provocar un clima de presión, intranquilidad y lesión permanente de la libertad de la víctima mientras dicha amenaza subsista.

¹⁵⁹ STS núm. 544/2007 de 21 junio (FJ 1) [RJ 2007\4750].

¹⁶⁰ PÉREZ MANZANO, M., “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, ob. cit. 55.

¹⁶¹ Tal y como indica Larrauri: «Parece claro que la mujer que ha sido repetidamente maltratada por su marido está en disposición de asegurar que si le han dicho que cuando se despierte o que cuando vuelva "ya hablaremos" sabe exactamente el alcance de esta expresión». Vid.: LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit. 36.

¹⁶² MESECVI, *Recomendación general del Comité de Expertas del MESECVI (No.1): Legítima defensa y violencia contra las mujeres*, ob. cit., p. 8.

C) El maltrato habitual como delito permanente: la agresión incesante

En aquellos casos en los que el juzgador no aprecie la existencia de una agresión inminente (y aun en los casos en los que sí se admita) se plantea la posibilidad de asimilar la situación de maltrato habitual a una agresión incesante en orden a determinar la necesidad de la defensa y, con ello, la actualidad de la agresión.

En el contexto planteado, nos encontramos ante conductas que afectan no sólo la integridad física de la mujer (múltiples palizas, empujones, quemaduras, etc.), sino también a la integridad moral, dignidad, libertad y seguridad, y el atentado a estos bienes jurídicos protegidos es permanente en la medida en que se produce en un contexto de dominación y humillación que provoca un grave deterioro de la salud psíquica de la víctima¹⁶³. Por ello, resulta necesario admitir la legítima defensa en un delito permanente¹⁶⁴ como es el maltrato habitual y dejar de asociar este delito únicamente con las agresiones físicas en aras a poder contemplar una agresión incesante provocada por múltiples agresiones a distintos bienes jurídicos protegidos.

De esta manera, se cumple el requisito de actualidad de la agresión toda vez que el clima de violencia a la que se encuentra sometida la víctima genera una necesidad de defensa que, como se viene indicando, ha de marcar la apreciación de la causal de justificación. Así, la discusión en este supuesto no debiera concentrarse en la actualidad de la defensa, sino en determinar la necesidad racional del medio empleado para impedir la (pues no requiere de la misma intensidad defensiva un ataque contra la vida que, por ejemplo, una humillación).

D) El cese de la agresión y la persistencia de la necesidad defensiva

Este supuesto ha sido planteado de forma recurrente ante los Tribunales, pues no son pocos los casos en los que, tras una agresión del maltratador, la víctima aprovecha una situación de interrupción momentánea de la misma (el agresor se cae al suelo, pierde el arma que portaba, se encuentra de espaldas a la víctima, etc.) para ejecutar su acción defensiva.

¹⁶³ PÉREZ MANZANO, M., “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, ob. cit. 56.

¹⁶⁴ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit. 37.

Son dos los problemas que plantean estas situaciones: por un lado, el momento en el que ha de entenderse cesada la agresión –y, en consecuencia, no justificada la conducta defensiva–; por otro, la calificación que merece la defensa ejecutada en estas circunstancias.

En cuanto a la primera cuestión, y en base a la propuesta planteada sobre la necesidad de la defensa como elemento informador del requisito de actualidad, se propone cobijar bajo la causal de legítima defensa la conducta defensiva realizada ante un aparente cese de la agresión, pero donde aún persiste la necesidad de la defensa, con independencia del lapso de tiempo transcurrido entre la agresión y la defensa. Por el contrario, la defensa ejecutada una vez desaparecida tal necesidad, impedirá la apreciación del requisito de actualidad, aun cuando medie un lapso de tiempo menor.

Así, independientemente del espacio de tiempo que separa la agresión de la defensa –y aunque pueda ser un elemento a considerar en la determinación del cese de la agresión–, el componente clarificador habrá de ser la necesidad de defenderse. De esta manera, podría estar justificada la conducta defensiva de una mujer maltratada realizada quince minutos después de una brutal agresión por parte de su marido, quien sigue gritándole y amenazándole (y que de las circunstancias del caso se infiere una necesidad de defensa), mientras que podría no justificarse, por ejemplo, el golpe mortal que la víctima le propina a su agresor segundos después de que éste caiga el suelo con evidentes signos de haberse roto la columna y no poder proseguir con la agresión (de donde se infiere la desaparición de la necesidad de defenderse).

En relación a la segunda cuestión, no parece muy acertada la tendencia de los tribunales españoles a calificar de «exceso extensivo» las conductas defensivas realizadas habiendo cesado la agresión ilegítima. Ello habrá de determinarse en función de si el peligro ha desaparecido en su totalidad, pues un mínimo resquicio de peligro habría de conducir a calificar la conducta de «exceso intensivo» (y, por tanto, dejar abierta la posibilidad de una eximente incompleta), en la medida en que, a diferencia de la situaciones no confrontacionales (por ejemplo, la víctima se defiende atacando a su marido cuando duerme) aquí la agresión sí existió, y aunque no se perciba una situación objetiva de necesidad defensiva analizando la situación *ex post*, las concretas circunstancias en que tienen lugar los hechos podrían hacer inferir a la mujer maltratada una cierta situación de peligro del bien jurídico protegido.

3. Necesidad racional del medio empleado

La racionalidad demuestra ser una limitación muy importante para la justificación de las conductas defensivas, pues parece lógico que no toda agresión que provoque una necesidad de defensa pueda ser impedida o repelida de cualquier forma e intensidad. En palabras del Tribunal Supremo, «para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa no sólo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho»¹⁶⁵.

No obstante, en los casos de muerte del agresor a manos de la mujer maltratada, la racionalidad requiere ser revisada a la luz de la situación real de la víctima; esto es, habrá de ser valorada en función de la racionalidad que le es exigible a una mujer maltratada. En efecto, la relación de superioridad / inferioridad entre agresor y víctima ha de jugar un papel fundamental en el juicio sobre la necesidad racional del medio empleado, de manera que «frente a una agresión peligrosa puede no ser adecuado un medio muy lesivo para una persona con superioridad física y, a la inversa, para una persona desvalida, en inferioridad física notoria, puede ser razonable una defensa contundente para repeler una agresión poco grave»¹⁶⁶.

Esta propuesta no trata de favorecer a la víctima de maltrato, ni tampoco de exigir magnanimidad por parte del juzgador sea cual sea la intensidad de la defensa, pues atendiendo a las circunstancias concretas del caso puede derivarse un exceso intensivo en la conducta defensiva por haber sido ejecutada de forma desproporcionada. Lo que aquí se plantea es un análisis individualizado de la situación en la que se encontraba la mujer maltratada con el objeto de dilucidar si, atendiendo a los conocimientos especiales de la víctima (por ejemplo, la inminencia de una agresión física tras una amenaza) y su especial vulnerabilidad proveniente de continuas agresiones y el síndrome de mujer maltratada¹⁶⁷,

¹⁶⁵ SSTS núm. 967/2011 de 23 septiembre (FJ 1) [RJ 2011\6716] y 500/2013, de 12 junio (FJ 2) [RJ 2013\5227].

¹⁶⁶ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 410.; ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., pp. 550 y ss.

¹⁶⁷ Vid.: CHIESA, L. E., “Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona”, *Revista Penal*, n.º 20, 2007, p. 53.: «A mi juicio, la razonabilidad del actuar del sujeto en estos casos debe determinarse inquiriendo acerca de lo que “la persona razonable hubiera hecho estando en la situación del actor”».

se le podría exigir haber realizado la conducta con medios menos lesivos o si, por el contrario, el medio empleado para impedir o repeler la agresión era, precisamente, la única forma para ella posible de asegurar el éxito de su defensa.

Además, ha de tenerse en cuenta que la situación de desvalimiento de la víctima y su incapacidad para enfrentarse a su agresor frente a frente deriva precisamente del maltrato recibido por éste. Es el agresor quien, con el continuo maltrato físico y psicológico hacia la víctima, le impide tener a su disposición otros medios de defensa. Por ello, y siguiendo la lógica de PÉREZ MANZANO¹⁶⁸, la idea de que quien contribuye a generar una situación debe cargar con sus consecuencias (inherente al requisito de la falta de provocación de la situación de conflicto o peligro existente en las causas de justificación, y que tiene como efecto la reducción del derecho de defensa del provocador), «debe tomarse en consideración para sostener que si el agresor ha provocado la menor capacidad de defensa de la víctima, no puede obtener beneficios o ventajas de dicha provocación. Y, sin duda, constituiría una ventaja para el agresor que el juzgador realizara una ponderación del requisito de la necesidad racional del medio empleado para la defensa que no valorase no solo la situación de la víctima, sino el hecho de que dicha situación ha sido creada por el maltratador».

Por último, y en atención al carácter recurrente de la exigencia de una huida del hogar por parte de la mujer o una llamada a la policía, cabe precisar que en la medida en que exista una agresión ilegítima, se encuentra en peligro el bien jurídico protegido, por lo que la mujer maltratada podrá defenderlo por sí misma en tanto en cuanto exista una necesidad de defensa, sin que sea exigible acudir a la policía o huir de la vivienda¹⁶⁹. En efecto, el requisito de la subsidiariedad es propio del estado de necesidad y no de la legítima defensa, pues en esta última, de existir un ataque actual, la defensa de la víctima será legítima (siempre y cuando concurren el resto de requisitos de esta causal de justificación).

No obstante, y aun en el caso de afirmar una hipotética subsidiariedad de la defensa, habrá de preguntarse en qué medida le es exigible huir de la vivienda o acudir a

¹⁶⁸ PÉREZ MANZANO, M., “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”, cit. 58.

¹⁶⁹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, ob. cit., p. 73.

la policía a una mujer maltratada que padece graves amenazas de muerte por parte de su agresor si intenta acabar con la relación o que sufre del síndrome de la mujer maltratada, que la coloca en un estado de incapacidad para salir del marco violento en el que se encuentra.

4. Elemento subjetivo de la defensa

En relación al elemento subjetivo de la legítima defensa –esto es, el ánimo defensivo–, conviene realizar una pequeña precisión sobre el juicio valorativo que sobre este extremo se acostumbra a realizar para negar la concurrencia del «*animus defendendi*» de la mujer maltratada que da muerte a su agresor.

En efecto, en numerosas ocasiones se niega la voluntad de defensa de la víctima de maltrato por entender que ésta actúa con ánimo vengativo. A este respecto, cabe indicar que, tal y como afirma un sector doctrinal¹⁷⁰ el elemento subjetivo consiste únicamente en el conocimiento de la situación –esto es, la consciencia sobre la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación¹⁷¹–, sin que se requiera un ulterior elemento subjetivo basado en la finalidad¹⁷².

No obstante, aun cuando se afirma la necesaria concurrencia del ánimo defensivo, es admisible que éste concorra con otros motivos, de manera que los móviles adicionales que en su caso pudieran empujar a la mujer maltratada a realizar una conducta defensiva (ánimo de venganza por el maltrato sufrido) no eliminarían el elemento subjetivo en la medida en que existe una agresión ilegítima que hace nacer la necesidad de defenderse. En palabras de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN¹⁷³, «en la medida en que actúe dentro de los límites legales y sepa y quiera actuar dentro de esos límites legales, actúa justificadamente».

¹⁷⁰ Así, Roxin, Rodríguez Mourullo o Gimbernat. Visto en: LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 51.

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 334.

¹⁷² LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 51.

¹⁷³ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 336.

VI. Legítima defensa putativa: la apreciación del error desde la perspectiva de la víctima

La legítima defensa putativa se presenta como solución para aquellos casos en los que existe un error sobre los presupuestos fácticos de esta causal de justificación. En efecto, esta figura protege la acción defensiva de quien la realiza en la falsa creencia de encontrarse ante una situación de legítima defensa cuando en realidad no concurren tales presupuestos.

Esta figura se ha convertido en una alternativa de importancia considerable para las mujeres maltratadas que acaban con la vida de sus agresores, en la medida en que son muchos los casos en los que se aprecia la errónea convicción, por parte de la mujer maltratada, de la existencia de una agresión ilegítima o sobre la necesidad de emplear en su defensa un medio que posteriormente se entiende excesivo.

En múltiples casos, la víctima de maltrato ejercita una acción defensiva en la creencia de que existe una agresión ilegítima inminente, pues considera que las amenazas que su agresor le profiere son la antesala de una brutal agresión, de la misma manera que puede considerar necesaria la muerte del marido para salvar su propia vida por él amenazada¹⁷⁴.

El específico contexto en el que se encuentra la víctima y las especiales circunstancias que la rodean, así como los conocimientos especiales con los que cuenta en tanto que mujer maltratada, deben servir para valorar en qué medida el error sobre la actualidad o la racionalidad del medio utilizado en la defensa resultan vencibles, tomando como grupo de referencia para realizar dicho análisis no a «cualquier persona media y perteneciente al entorno sociocultural de los protagonistas» (tal y como ha venido exigiendo el Tribunal Supremo), sino a las concretas circunstancias del hecho y las personales del autor de la conducta defensiva¹⁷⁵, como exige el artículo 14.1 del CP¹⁷⁶.

¹⁷⁴ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 63.

¹⁷⁵ LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 65.

¹⁷⁶ Artículo 14.1 CP: «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

De esta manera, la línea que separa el error de la efectiva concurrencia de los requisitos de la causal se hace aún más fina, pues el juicio valorativo a realizar *ex ante* ha de tomar como punto de partida la concreta situación de la víctima para determinar si cualquier persona en su misma situación hubiera actuado de la manera en que ella lo hizo.

Tal y como afirman MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN¹⁷⁷, si la persona, tras valorar las circunstancias, ha creído prudente y razonablemente que existen los presupuestos de la legítima defensa y reacciona defendiéndose en consecuencia, parece correcto considerar que actúa justificadamente, aunque no se dé exactamente el presupuesto de la legítima defensa. En efecto, quien actúa *ex ante* dentro de los márgenes admitidos socialmente al apreciar el presupuesto de una causal de justificación, actúa justificadamente, aunque luego *ex post* resulte que su percepción de la realidad fue objetivamente errónea.

Con base en este razonamiento, la conducta de la mujer maltratada tendrá más posibilidades de encontrarse justificada, pues independientemente de que se demuestre que ésta actuó con error, la incorporación de una perspectiva de género en la valoración del mismo permitirá apreciar las particulares circunstancias en las que se encontraba la víctima y la forma en que el síndrome de la mujer maltratada afecta a su autopercepción, capacidad de reacción o posibilidades de defensa, lo que en muchos casos conducirá a calificar de «objetivamente razonable» y, por ende, de «error invencible», aquella conducta defensiva que, de analizarse desde el parámetro de una «mujer media cualquiera», traspasaría los límites del riesgo permitido y lo socialmente adecuado, convirtiéndolo en un error vencible.

VII. Conclusiones

Las mujeres víctimas de violencia de género que acaban dando muerte a sus agresores en defensa de sus vidas representan en la actualidad todo un reto para la doctrina penal, que a pesar de sus intentos por buscar una solución que mitigue los efectos de la inaplicabilidad de la legítima defensa en estos casos, sigue proporcionando soluciones injustas a estas mujeres.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 337.

No cabe duda de que la forma de defenderse de muchas mujeres frente a agresiones de sus maltratadores no responde al modelo sobre el que fueron configurados los requisitos de la legítima defensa. No obstante, ello no es óbice para considerar nuevas vías interpretativas que permitan acomodar esta figura a las características, circunstancias y posibilidades de defensa de las mujeres maltratadas, cuya situación las obliga en múltiples ocasiones a ejecutar su conducta defensiva evitando situaciones confrontacionales con su agresor, y a utilizar instrumentos peligrosos en su defensa.

A pesar de la fuerte resistencia de la dogmática penal a ceder frente a las reivindicaciones sociales, es necesario apuntar que las propuestas interpretativas que en este trabajo se plantean siguiendo la estela de la *Feminist Jurisprudence* y la actual teoría jurídica feminista, no implican, ni mucho menos, imponer a la lógica jurídica criterios subjetivos y arbitrarios que hagan de la legítima defensa una institución más benigna para las mujeres, pues ello contribuiría a reforzar la falsa imagen de una mujer vulnerable y necesitada de protección.

La reinterpretación de los requisitos de esta causal de justificación atiende a la propia finalidad de la dogmática penal, pues ésta ha de proporcionar las herramientas necesarias para una adecuada y rigurosa interpretación de la ley penal por exigencia del principio de legalidad penal y que en todo caso ha de ajustarse a la realidad social en la que es aplicada.

Del estudio realizado en el presente trabajo debe concluirse en admitir la especial relevancia que para la interpretación jurisprudencial ha de tener el impacto psicológico que la situación de maltrato provoca en la víctima. Su abordaje ha de ser el punto de partida para la acomodación de la institución de la legítima defensa a estas mujeres, sin que ello implique restar objetividad a la valoración de la concurrencia de los presupuestos esenciales de esta figura.

En efecto, los específicos síntomas y síndromes –así como sus causas y efectos– que rodean el fenómeno de la violencia de género, provocan en la víctima serias consecuencias en su salud física y mental que le arrebatan la capacidad de enfrentarse a su agresor y salir del círculo de violencia en el que se encuentra inmersa, lo que a menudo las empuja a defenderse de una manera aparentemente no justificada, atendiendo a una aplicación rígida y formalista de la institución de la legítima defensa.

Por ello, el primer paso para proporcionar una justa aplicación de esta institución a las mujeres maltratadas reside en corregir el sesgo androcéntrico con el que aún sigue siendo interpretada y colocar las circunstancias concretas del hecho y las personales de la víctima como criterio interpretativo para determinar en qué medida le es exigible a la mujer maltratada ejecutar su defensa enfrentándose al agresor o utilizar unos medios menos lesivos.

En efecto, una vez suprimido el referente objetivo de «hombre medio» y sustituido por un grupo de referencia afín a la víctima, puede realizarse una correcta reinterpretación de los requisitos de la legítima defensa, pues la necesaria objetividad con la que el juzgador habrá de determinar la concurrencia de los presupuestos de esta institución requiere una toma en consideración de las condiciones específicas de quien ejercita la acción defensiva.

En primer lugar, este referente permite dar solución al requisito esencial de esta causal de justificación y detectar la inmediatez de una agresión ilegítima que solo los conocimientos especiales de la víctima proporcionan, en la medida en que el marco de violencia conyugal y las vivencias previas de la víctima otorgan a ésta la capacidad de reconocer la inminencia de un ataque violento incluso antes de que exista una amenaza explícita, lo que permitiría justificar una conducta defensiva que a simple vista no parece inminente.

De la misma manera, y ante un aparente cese de la agresión ilegítima, la toma en consideración del contexto concreto en el que tienen lugar los hechos es susceptible de cobijar la acción defensiva de la mujer maltratada bajo el requisito de la actualidad de la agresión, puesto que el parámetro para determinar una efectiva *falta de unidad de acto* entre la agresión y la defensa pasará a ser la necesidad de defensa de la víctima, la cual puede subsistir con independencia de la interrupción momentánea que pueda tener lugar y el lapso de tiempo transcurrido entre la agresión y la acción defensiva.

No obstante, aun en los casos en los que se rechace el carácter inminente de la agresión, la situación de continuo maltrato que sufre la víctima, donde se encuentran amenazados de manera continuada distintos bienes jurídicos (vida, libertad, seguridad, integridad moral, etc.) permite afirmar el carácter incesante de la agresión, por cuanto puede existir una necesidad de defensa aun cuando no existan señales de una agresión inminente. Por ello, en estos casos resulta de gran importancia la valoración del historial

de violencia como medio probatorio, pues la falta del mismo podría convertir la determinación del requisito esencial de la legítima defensa en una «cuestión de credibilidad, más que de actualidad»¹⁷⁸.

En cuanto al requisito de la necesidad racional del medio empleado, también puede permitirse concluir que su correcta valoración deriva, en definitiva, de un análisis individualizado de la situación en la que se encontraba la mujer maltratada en el momento de ejecutar la acción defensiva y de sus conocimientos especiales. Sólo desde esta perspectiva se podrá concluir con acierto si le es exigible a la mujer maltratada haber realizado la conducta con medios menos lesivos o si, por el contrario, el medio empleado para impedir o repeler la agresión era, precisamente, la única forma para ella posible de asegurar el éxito de su defensa.

Este mismo razonamiento es el que nos permite rechazar, en muchos casos, la subsunción de la acción defensiva de la mujer maltratada en un delito de asesinato, en la medida en que la utilización de un arma peligrosa en la defensa o el aprovechamiento de una situación de debilidad o indefensión del agresor no siempre resulta ser el medio más seguro escogido por la mujer maltratada, de entre todos los disponibles, para asegurarse su ejecución (impidiendo al agresor poder defenderse). En efecto, en la mayoría de los casos, el único medio del que dispone la mujer maltratada para impedir o repeler la agresión de su maltratador es optar por la utilización de medios tradicionalmente constitutivos de alevosía, lo que en aplicación del art. 67 del CP impediría la aplicación del agravante.

En definitiva, en vista de lo expuesto puede decirse que lo esencial para apreciar la causa de justificación de legítima defensa es que exista un peligro de lesión para un bien jurídico de la mujer maltratada (independientemente de cuál sea este) atribuible a la agresión ilegítima del maltratador que hace necesaria una acción defensiva por parte de la víctima. No obstante, dependiendo del tipo de agresión de que se trate (paliza, un golpe, amenazas, etc.), de lo cercana que esté la materialización de dicho riesgo y de los medios utilizados por la víctima para defenderse, resultará más o menos dificultosa la justificación de la defensa.

¹⁷⁸ LARRAURI, y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, ob. cit., p. 36.

No obstante, consideramos que esto último únicamente podrá modular el alcance de la eximente (completa o incompleta), pues sólo afectará al requisito de la necesidad racional del medio empleado, en la medida en que la actualidad de la agresión ilegítima existirá toda vez que partamos de una situación de continuo maltrato con una constante puesta en peligro de la vida e integridad física y moral de la víctima que genere una situación de necesidad de defensa aun cuando la agresión no resulte inminente.

A pesar de que lo apuntado en estas líneas se corresponda, a nuestro juicio, con la vía interpretativa aparentemente más sencilla para proporcionar una adecuada respuesta penal a las mujeres maltratadas que se defienden de sus agresores, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sigue afirmando la falta del requisito de actualidad de la agresión en las acciones defensivas cometidas en situaciones no confrontacionales.

Ni siquiera el recurso a la eximente de miedo insuperable, tan utilizado en nuestro país, parece una buena alternativa a la inaplicación de la legítima defensa, pues se aleja del debate fundamental que en el presente trabajo se pretende denunciar. En efecto, no se trata de buscar cualquier alternativa para eximir de pena a las mujeres maltratadas que matan a sus agresores, sino de reconocer su derecho a acceder a la legítima defensa en pie de igualdad con los hombres.

Para ello, concluimos en afirmar la imperiosa necesidad de que nuestro Derecho penal sea interpretado desde una mirada de género, no con el objeto de imponer una perspectiva únicamente femenina, sino de completar el sesgo androcéntrico que aún sigue presente en muchas de las instituciones penales, entre ellas la legítima defensa. Sólo de esta manera se daría un correcto y efectivo cumplimiento al principio de igualdad, en la medida en que un enfoque de género no implica una perspectiva neutra respecto a la interpretación o análisis de las normas, sino el reconocimiento de las diferencias existentes entre hombres y mujeres y su plasmación en la impartición de la justicia, donde la aplicación de las normas se adecue a las concretas necesidades de todas las personas: mujeres y hombres.

Bibliografía

ÁLVAREZ RODRIGUEZ, I., *Feminismos, feminismos jurídicos, constitucionalismo feminista*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2019.

ARROYO VARGAS, R, “La igualdad: un largo camino para las mujeres”, en CAICEDO TAPIA, D., y PORRAS VELASCO, A. (ed.), *Igualdad y no discriminación. El reto a la diversidad*. Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, Ecuador, 2010, pp. 421-447.

BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal*, Tercera Reimpresión, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.

BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

BARRAGÁN MATAMOROS, L., *La legítima defensa actual*, Bosch, Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HOMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de derecho penal Volumen II.*, Madrid: Trotta, 1999.

CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 84, 1994, pp. 265-286.

CHIESA, L. E., “Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona”, *Revista Penal*, n.º 20, 2007, pp. 50-57.

CORREA FLOREZ, M^a C., *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.

COSTA, M., “El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX / Feminist Legal thought at the Turn of the 20th Century”. *Asparkía. Investigación Feminista* (26), 2015, pp. 35-49 (recuperado a partir de: <https://www.e-revistas.uji.es/index.php/asparkia/article/view/1479>).

COSTA, M., *Feminismos Jurídicos*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016.

DAUDIRAC, M. *Aplicación de la legítima defensa en situaciones de violencia conyugal. Comparación de los sistemas jurídicos español y francés*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad Autónoma de Barcelona, 2020.

DI CORLETTI, J. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, N° 5, 2006.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte General*, 5ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. *Academia: Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Año 3, N° 6. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA, 2005, pp. 27-47.

FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del derecho” en: FRIES, L. y FACIO, A. (Comp.), *Género y Derecho*, La Morada, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999, pp. 15-44.

GARBAY MANCHENO, S., “El rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica”, *Revista de Derecho*, N° 29, Quito, 2018.

GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género: ensayo jurídico a la luz de la Ley Integral L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y la Ley de Igualdad L.O. 3/2007, de 22 de marzo*, Dykinson, Madrid, 2007.

GOLDMAN, A. *Maltrato de la mujer*, 2008 (disponible en: <https://www.fundacionmf.org.ar/files/viole.pdf>).

GUTIÉRREZ-SOLANA, A. y OTAZUA ZABALA, G. “Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad”, *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, Universidad del País Vasco, 2021, pp. 5-14.

HEIM, S. D., *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Didot, 2016.

HRUSCHKA, J., “Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LVIL, 2004, pp. 5-17.

IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada, 1999.

JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª Ed, trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Ed., trad. J. L., Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

JESCHECK, H.H. y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Comares, Granada, 2002.

LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona (EUB), 1995.

LARRAURI, E. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Trotta, 2007.

LAURENZO COPELLO, P.: “En los límites de la legítima defensa: mujeres que matan a sus parejas violentas”, en: LUZÓN-PENA, D. M. y DE VICENTE REMESAL, J. *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 731-740.

LAURENZO COPELLO, P., SEGATO, R. L; ASENSIO, R.; DI CORLETO, J. y GONZÁLEZ, C., *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*, Serie cohesión social en la práctica, Colección EUROSOCIAL N° 14, Madrid, 2020.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.

MACAYA, L., *Esposas nefastas y otras aberraciones: el dispositivo jurídico como red de construcción de feminidad*, Diletants, Barcelona, 2013.

MARTÍNEZ LEGUÍZAMO, D.A., *La legítima defensa desde la perspectiva de género*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad del Azuay, Ecuador, 2019.

MESECVI, “Recomendación general del Comité de Expertas del MESECVI (Nº.1): Legítima defensa y violencia contra las mujeres”, 2018.

MONTERO GOMEZ, A, “Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica”, *Clínica y Salud*, vol. 12, nº1, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, pp. 5-31 (Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1806/180618320001.pdf>).

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

NICOLÁS, G., “Feminismos, concepto sexo-género y Derecho” en: SÁNCHEZ, A. y PUMAR, N. (eds.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ube, Barcelona, 2013, pp. 15-31 (Disponible en: https://documen.site/download/analisis-feminista-del-derecho-publicacions-i-edicions-de-la_pdf).

OLIVARES BARRIOS, C. A., y REYES FÁEZ, A. F., *De víctima a victimaria: defensa de la mujer parricida en el contexto de violencia intrafamiliar. Un estudio desde la jurisprudencia chilena*, Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Chile, Chile, 2019.

OLSEN, F. “El sexo del derecho”, en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires: EUDEBA, 2001, pp. 137-156. (Disponible en: https://hum.unne.edu.ar/generoysex/seminario2/s2_03.pdf).

PEÑARANDA RAMOS, E., *Estudios sobre el delito de asesinato*, Buenos Aires, B de F, 2014.

PÉREZ MANZANO, M., “Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 34, 2017 (Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/7731>).

POZAS PRESA, O., *Estereotipos de género: análisis del discurso jurisprudencial a partir de la aplicación del artículo 153 del Código Penal. En particular, estudio de la figura de la riña mutua y de la legítima defensa*, Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Barcelona, 2019.

QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2010.

ROA AVELLA, M., “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante”, *Nova et Vétera*, Vol. 21, N° 65, 2012, pp. 49-70.

ROJO ARANEDA, M. G. “La legítima defensa y la legítima defensa privilegiada”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVI, 2013, pp. 459-477.

ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz, García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, C., *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2008.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., “Interpretación penal en una dogmática abierta”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVIII, 2005, pp. 29-55.

SMART, C. “La mujer del discurso jurídico”, 1992, en: LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, Madrid, siglo XXI, 1994, pp. 61-76.

VERA SÁNCHEZ, J. S., “Legítima defensa y elección del medio menos lesivo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 25, Nº 2, 2019, pp. 261-297.

WALKER, L., *The Battered Women*, Perennial Library, Harper & Row Publishers, New York, 1979.

WALKER, L., *The Battered Woman Syndrome* en: HOTALING, G., FINKELHOR, D., KIRKPRATICK, J. y STRAUS, M. (eds), “*Family abuse and its consequences*”, London, Sage, 1988.

ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, México, Cárdenas, 1991.

ZAFFARONI, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Jurisprudencia relevante

Jurisprudencia extranjera:

- Corte Suprema de New Jersey en *State v. Kelly*, 1984 (disponible en: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1984/97-n-j-178-0.html>; última consulta 12/05/2021).
- Sentencia *R. v. Lavallee* de la Corte Suprema de Canadá, 1990 (disponible en: <http://scccsc.lexum.com>; última consulta 12/05/2021).

Jurisprudencia europea:

❖ Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Sentencia TJUE, *Advocaten voor de Wereld VZW vs Leden van de Ministerraad*, Caso C-303-05.

Jurisprudencia española:

❖ Tribunal Constitucional:

- STC 114/1983, de 6 de diciembre [RTC 1983\114].
- STC 98/1985, de 29 de julio [RTC 1985\98].
- STC 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988\19].

❖ Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1947.
- STS de 30 enero 1986 [RJ 1986\203].
- STS de 29 de junio de 1990 (FJ 7) [RJ 1990/7306].
- STS de 1 de octubre de 1991 (RA 1991/6874).
- STS de 15 octubre 1991 [RJ 1991\7110].
- STS de 24 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7255]
- STS de 30 de septiembre de 1993 (RA 1993/7020).
- STS núm. 2089/1993 de 30 septiembre de 1993 [RJ 1993\7020].
- STS núm. 1015/1997, de 9 de julio de 1997 [RJ 1997\5749].
- STS núm. 972/2001, de 28 de mayo [RJ 2001\457].
- STS 794/2003, de 3 de Junio de 2003 (Res. 794/2003).
- STS 614/2004, de 12 de mayo de 2004 (Rec. nº 2466/2002).
- STS. 57/2004 de 22-1-2004 (RJ 2004, 1118).
- STS 10/2005, de 10 de enero (RJ 2005, 1818)
- STS núm. 470/2005, de 14 abril [RJ 2005\4355].
- STS núm. 544/2007, de 21 de junio de 2007 [RJ 2007\4750].
- STS núm. 1270/2009, de 16 de diciembre [RJ 2010\307].
- STS nº 1023/2010, de 23/11/2010 (Rec. nº2597/2009).
- STS núm. 967/2011, de 23 de septiembre [RJ 2011\6716].
- STS núm. 500/2013, de 12 junio [RJ 2013\5227].

❖ Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ Galicia de 4-03-2011 (ARP/2011/695).
- STSJ Canarias 10/2006 de 17 octubre (FJ 1) [ARP 2007\42].

❖ Audiencias Provinciales:

- SAP Barcelona de 21 septiembre 1999 (ARP 1999\3488).

- SAP Orense núm. 74/2002, de 18 junio (FJ 2) [JUR 2002\202534].
- SAP Burgos núm. 15/2007, de 9 de abril [ARP/2007/560].
- SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 382/2007, de 28 mayo [JUR 2007\287174].
- SAP Sevilla de 17-03-2008 (JUR/2008/369609).
- SAP Las Palmas de 28-05-2008 (JUR/2008/243459).
- SAP Islas Baleares de 24-09-2008 (JUR/2009/94481).
- SAP A Coruña 2/2010, de 1 de diciembre (ARP 2011\220)
- SAP Las Palmas de 15-07-2011 (JUR/2011/330787).
- SAP Barcelona de 26-10-2011 (JUR/2011/396707).
- SAP de Vizcaya núm. 74/2012, de 17 de octubre [JUR/2014/165237].
- SAP Madrid de 30-01-2013 (ARP/2014/275).
- SAP Alicante de 2-04-2013 (JUR/2013/119186).
- SAP Alicante de 17-04-2013 (JUR/2013/278118).
- SAP Islas Baleares de 11-11-2013 (ARP/2013/1260).
- SAP Tarragona de 8-07-2014 (JUR/2015/9922).
- SAP Madrid de 17-07-2015 (ARP/2015/908).
- SAP Barcelona de 17-11-2015 (ARP/2016/175).
- SAP Málaga de 30-05-2016 (ARP/2016/1065).
- SAP Las Palmas de 13-06-2016 (ARP/2016/1157).
- SAP Ciudad Real de 12-09-2016 (ARP/2016/1043).
- SAP Madrid de 7-10-2016 (JUR/2016/254491).
- SAP Barcelona, núm. 471/2016, de 14 de junio (Rec. 127/2016)].
- SAP Barcelona de 14-10-2016 (JUR/2017/25577).