



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2019-2020

**LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CASOS DE “MUERTE DEL
TIRANO” Y VIOLENCIA DOMÉSTICA
SELF – DEFENSE IN CASES OF THE KILLING OF A PASSIVE
VICTIM AND DOMESTIC VIOLENCE**

AUTORA: Raquel Gómez López.

TUTORA: Ana Gutiérrez Castañeda.

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. MARCO TEÓRICO - LEGAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	5
2.1 Concepto y naturaleza jurídica.....	5
2.2 Fundamento	7
2.3 Requisitos.....	8
2.3.1 Agresión ilegítima, actual o inminente.....	8
2.3.2 Racionalidad del medio empleado.....	11
2.3.3 Falta de provocación suficiente.....	13
2.4 Elemento subjetivo de la legítima defensa.....	15
2.5 Bienes protegibles en legítima defensa.....	15
2.6 Restricciones al derecho de defensa.....	16
3. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES SIN CONFRONTACIÓN: LOS CASOS DE MUERTE DEL TIRANO	17
3.1 Aplicación de la legítima defensa en casos de “muerte del tirano” en situaciones sin confrontación.....	18
3.2 Problemas aplicativos de la legítima defensa: agresión actual o inminente..	19
3.3 Posibilidad de la legítima defensa preventiva.....	24
3.3.1 Consideraciones previas.....	24
3.3.2 Posición personal.....	26
4. APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL RESTO DE CASOS DE MALTRATO DOMÉSTICO.....	27
4.1 Consideraciones generales.....	27
4.2 Problemas aplicativos.....	28
4.2.1 Agresión inminente	28
4.2.2 Agresión interrumpida o cesada.....	30
4.2.3 Racionalidad del medio empleado en la defensa.....	33
5. CONCLUSIONES	40
6. BIBLIOGRAFÍA.....	42
7. ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	44

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CP.: Código Penal

TS.: Tribunal Supremo

SAP.: Sentencia de Audiencia Provincial

STS.: Sentencia del Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN.

La legítima defensa es una de las causas de justificación que recoge nuestro ordenamiento jurídico, concretamente, regulada en el art 20.4 del Código Penal, excluye la antijuridicidad del hecho que realiza el sujeto amparado por la legítima defensa, de tal forma que el hecho estará justificado, evitando la responsabilidad penal a su autor.

Esta eximente, se configura por tres elementos que son: la existencia de una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado en la defensa, y la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende.

A pesar de ser una figura asentada en nuestro derecho, la legítima defensa no deja de producir controversias respecto al análisis de sus requisitos, ya que a pesar de que estos estén claros, la casuística y justificar su aplicación en la realidad es un trabajo, a veces, de gran dificultad para los Tribunales.

Concretamente, la mayoría de los problemas se dan en el ámbito de la violencia doméstica y de género.

En este trabajo, se parte de una aproximación general sobre la legítima defensa, exponiendo lo que doctrina y jurisprudencia han establecido sobre ella de forma general, para luego descender hacia un análisis sobre sus requisitos orientado a su aplicación en los casos donde existe una situación de maltrato doméstico.

Los problemas aplicativos de la legítima defensa que se van a tratar, en relación con el maltrato doméstico, se agrupan en dos grandes casos: los casos de muerte del tirano donde la mujer que ha sido maltratada por su marido durante años, decide matarlo en situaciones sin confrontación, es decir, cuando aquel se encuentra dormido, desprevenido, de espaldas, etc... y aquellos casos en los que, dentro del clima de maltrato, se produce una confrontación entre la pareja, donde la mujer maltratada reacciona violentamente contra su agresor.

En el primer grupo de casos la aplicación de la legítima defensa se pondrá en duda pues no es tan evidente que ha habido una agresión que encaje en la legítima defensa, mientras que, en el segundo grupo de casos, lo problemático será determinar si la agresión había cesado o se había interrumpido y si el medio utilizado en la defensa fue realmente racional a la luz de las circunstancias.

Actualmente, en la mayoría de los casos, los tribunales acaban condenando a la mujer por un delito (homicidio, asesinato, lesiones...) reduciendo su condena aplicando la eximente de miedo insuperable justificado en el miedo provocado por el maltrato, que se configura en nuestro derecho como una causa de inculpabilidad.

El presente trabajo, partiendo de las ideas generales que han establecido doctrina y jurisprudencia, pretende analizar las posibles vías para la aplicación de la legítima defensa en los casos mencionados. En primer lugar, contemplando la posibilidad de apreciar una agresión incesante dentro de la concepción como permanente del delito de malos tratos habituales o bien inminente basándose en los conocimientos especiales sobre la conducta del maltratador que desarrolla la víctima tras años de maltrato. En segundo lugar, profundizando en el requisito de la racionalidad del medio empleado en la defensa, que se considera desproporcional muchas veces por utilizar la mujer un medio más potente en su defensa, dejando a un lado en el momento de juzgar la diferencia física entre agresor y víctima.

Tras analizar las voces de Doctrina y Jurisprudencia, podremos llegar a la conclusión de la posibilidad o no de aplicar la legítima defensa en estos casos

2. MARCO TEÓRICO LEGAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

2.1 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La legítima defensa se regula en el Ordenamiento Jurídico Español en el artículo 20.4 del Código Penal, que establece; “Están exentos de responsabilidad criminal:

4.º 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 impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

La legítima defensa se ha definido por algunos autores, y en general es un concepto ya asentado como “cualquier defensa necesaria para impedir o repeler una agresión injusta de bienes propios o de un tercero”.¹ La legítima defensa se trata en el Derecho penal como eximente, causa excluyente de la antijuridicidad, cuyo fundamento es la necesidad de autoprotección que se rige por el principio del “interés preponderante”.²

Aunque históricamente fue considerada por algunos autores una causa de exclusión de la culpabilidad, actualmente la Doctrina y la Jurisprudencia son unánimes al atribuir a la legítima defensa la naturaleza de causa de justificación. En consecuencia, su concurrencia convierte el hecho típico (y, por ello, indiciariamente antijurídico) en una conducta lícita de la que no se derivará responsabilidad penal.

Esta exclusión de la antijuridicidad del hecho tiene, según la Doctrina, las siguientes consecuencias:

1). Frente a una conducta realizada al amparo de esta causa de justificación no cabe reaccionar en legítima defensa, pues se trata de una conducta lícita.

2). La participación en la conducta realizada en legítima defensa es impune, tal como se deriva del principio de accesoriedad limitada de la participación.

3). Se excluye la responsabilidad penal, por lo que no se puede imponer una pena. Tampoco es posible imponer una medida de seguridad, cuya aplicación resulta excluida por una interpretación contrario sensu de lo establecido en el último párrafo del art. 20 Cp.

4). Se excluye, asimismo, la responsabilidad civil ex delicto.³

¹ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, en Revista Jurídica de la Universidad autónoma de Madrid, nº25, 2012, pp 19-48. Disponible en repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660071/RJ25_3.pdf?sequence=5&isAllowed=y. [fecha de consulta: Febrero 2020].

² Véanse SSTS. 1262/2006 de 28 de diciembre (ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) y 544/2007 de 21 de junio (ponente: D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre).

³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., PIÑOL RODRIGUEZ, J.R, *Tratados y Manuales. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Ed. Civitas, Navarra, 2017. cit., p.304

2.2 FUNDAMENTO

En el Derecho Romano la legítima defensa se consideraba un derecho individual originario para la protección de la propia vida y de la integridad física. El derecho germánico añadió una perspectiva colectiva al fundamento de la legítima defensa pues entendía que con ella se defendía el orden jurídico y la comunidad y permitía que víctima y cualquier otro matase al ladrón que era sorprendido *in fraganti*.⁴ Actualmente la Doctrina y la Jurisprudencia mayoritarias entienden que la legítima defensa tiene un doble fundamento: por un lado, un fundamento individual centrado en la idea de “autoprotección de bienes jurídicos” y, por otro, uno colectivo consistente en la prevalencia del Derecho sobre lo ilícito.⁵ Así lo defiende el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de octubre de 1981 que viene a decir que: “la legítima defensa es una causa de justificación fundada en la necesidad de autoprotección y de afirmación del derecho, para impedir que el injusto prevalezca sobre el Derecho”.

El fundamento individual se basa en el instinto de conservación y reduce la finalidad de la legítima defensa a la autoprotección de bienes de naturaleza exclusivamente “personal” (bienes jurídicos individuales).⁶

El componente supraindividual, por su parte, sitúa a la persona que se defiende como representante del ordenamiento jurídico invistiéndole de una especial legitimación supra personal en cuanto que ejerce una función paralela a la de órganos policiales colaborando para favorecer el mantenimiento del derecho como sistema.⁷ Se entiende entonces que ambos componentes se complementan, y como explica IGLESIAS RÍO; “El agredido no está autorizado a reaccionar de tal forma que ponga en cuestión los principios o mecanismos que articulan la convivencia pacífica ; en definitiva, el ejercicio del derecho de autodefensa no puede ser valorado como una acción aislada que procede exclusivamente de la esfera de la libertad personal de amenazado sino que se enjuicia en el marco de principios y valoraciones generales supraindividuales que sostienen el derecho”.⁸

⁴ MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, Ed.Reppertor, Barcelona, 2016, cit. p 400

⁵ IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Ed Comares, Granada, 1999, cit. p. 8.

⁶ Misma nota anterior.

⁷ IGLESIAS RÍO, M.A, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 15.

⁸ IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 28.

2.3 REQUISITOS

El Art 20.4 CP establece, como requisitos de la legítima defensa, los siguientes:

1. Una agresión ilegítima, actual o inminente.
2. La necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler esa agresión.
3. La falta de provocación suficiente por parte del propio defensor.

2.3.1 Agresión ilegítima, actual o inminente

Frente a su concepción tradicional como mero acometimiento físico⁹, la agresión es definida actualmente como, “toda acción creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles”.¹⁰ Por regla general, la agresión consistirá en una acción humana física o de fuerza, o acometimiento material ofensivo, que genere un peligro real y objetivo con potencia de dañar, “con voluntad o dolo agresivo”.¹¹

Así entendida, la agresión ha de ser actual o inminente e ilegítima.

En primer lugar, debe ser actual o inminente (se debe estar produciendo, o estar a punto de producirse) antecedendo inmediatamente a la defensa del agredido. Se considerará actual la agresión cuando “ya haya o todavía haya” posibilidad de evitar la lesión del bien jurídico amenazado, lo que supone que debe existir un peligro próximo y no que haya desaparecido toda amenaza puesto que ya se ha producido una lesión consumada y agotada¹², y por su parte la STS de 29 de enero del 98 dictamina que si la agresión se ha consumado, no cabe la legítima defensa. En este sentido, no cabrá defensa contra una agresión que ya concluyó porque entonces no tendrá la finalidad de repeler o

⁹ IGLESIAS RÍO, M.A. , *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit.,p. 44.

¹⁰ STS 7798/2007 de 21 de noviembre de 2007 (ponente: D.Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.)

¹¹ STS 621/2006 de 30 de enero de 2006 (ponente: D. Carlos Granados Pérez.)

¹² MIR PUIG, S. *Manual de Derecho Penal Parte General*, cit., p 450.

impedir el ataque, hay que tener en cuenta que la permanencia del acto de ataque se deberá medir desde la perspectiva ex ante del agredido, desde su propia experiencia.¹³ Por tanto, ante un ataque que ha concluido se le exige al afectado “que lo deje pasar”, porque es el Estado el que debe responder a través del ejercicio de su ius puniendi, ya no se le permite formalmente rechazarlo, en caso contrario, no supondría una acción defensiva sino un acto vindicativo no permitido.¹⁴

El requisito de la actualidad de la agresión intenta limitar las reacciones individuales exclusivamente al momento en el que el ataque es actual (agresión en curso mientras que el sujeto se defiende), y evitar tanto lesiones precipitadas de bienes jurídicos, como la quiebra del monopolio estatal en el uso de la fuerza en la prevención del delito y en el mantenimiento del orden.¹⁵

En torno a la inminencia de la agresión hay controversia, pero a grandes rasgos se entiende que, jurídicamente el momento inicial de la agresión coincide con la inminencia. Explica IGLESIAS RÍO que: “se entiende comenzada la actualidad de la agresión cuando el comportamiento del agresor amenaza con desembocar o materializar la lesión o peligro de un bien jurídico ajeno de forma inmediatamente próxima, de un momento a otro o sin interrupción de un intervalo temporal apreciable.”, es decir, basta que el agresor realice una conducta suficiente por sí sola que ponga en peligro objetivo el bien jurídico de un momento a otro sin necesidad de realizar acciones posteriores.¹⁶ El mismo autor menciona que: “La inminencia se entiende como un concepto graduable, en cuanto que comprende un espacio temporal paralelo al esquema constructivo del delito intentado, desde un estado preparatorio hasta la materialización física (momento puntual en el que la agresión está discurriendo)”.¹⁷

En el concepto de agresión inminente, también se incardinan las amenazas siempre que indiquen la posibilidad de que un mal se puede producir inminentemente (agresión inminente). Dice la STS de 10 de junio de 2014 que: “la agresión no es solamente el acto físico de agredir sino además la amenaza o la actitud de un ataque inminente”. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de junio de 1980: “las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la legítima

¹³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, Á., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R, *Tratados y Manuales. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General.*, Ed.Civitas, Navarra, 2017, cit.p.450

¹⁴ IGLESIAS RÍO, M.A, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 138.

¹⁵ IGLESIAS RÍO, M.A, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 139.

¹⁶ Ídem, p 141.

¹⁷ Ídem, p 142.

defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente”.

Coinciden los autores en que agresión ilegítima es igual a agresión antijurídica.¹⁸ Existe, sin embargo, debate en cuanto a la naturaleza de la antijuridicidad ¿Debe ser exclusivamente penal de forma que solo quepa reaccionar en legítima defensa frente a delitos? La respuesta que se ha impuesto es afirmativa, se impone entender la agresión ilegítima como la constitutiva de delito o falta.¹⁹ Aunque algunos autores como MOLINA FERNÁNDEZ opinan que: “Aunque es lo más frecuente, no es imprescindible que la agresión sea típica, salvo en el caso de la defensa de los bienes materiales, por expresa disposición legal del art. 20.4 CP”.²⁰

La agresión debe ser ilegítima. No serán agresiones ilegítimas:²¹

- Las que procedan de animales.
- Personas en situación de completa ausencia de acción (casos de inconsciencia, movimientos reflejos, o fuerza irresistible).
- Los peligros provenientes de cosas.
- Las lesiones y puestas en peligro de bienes jurídicos realizadas al amparo de una causa de justificación.

En estos casos, explica MIR PUIG que no serán agresiones ilegítimas, pues éstas deber ser dolosas o imprudentes y no cabrá legítima defensa frente a una agresión fortuita pues esta no será antijurídica por ser atípica.²²

Tampoco se dará la agresión ilegítima en casos de *riñas mutuamente aceptadas*, ya que como explica la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 363/2004 de 17 de Marzo, “en ese escenario, de pelea recíprocamente consentida, los contendientes se sitúan al margen de la protección penal al ser actores provocadores cada uno de ellos del enfrentamiento, de suerte que cuando el resultado lesivo se produce como efecto de una pelea originada por un reto lanzado o aceptado que da lugar a las vías de hecho, no cabe apelar a la legítima defensa, plena o semiplena, ya que la base de la misma es la existencia

¹⁸ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código penal español Tomo I, Ed. Aranzadi*, Navarra, 2011, cit.p. 214 y en el mismo sentido MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 449.

¹⁹ Ídem, cit., p. 214.

²⁰ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, cit., p. 27.

²¹ Ídem, cit., p. 26.

²² MIR PUIG, S. *Manual de Derecho Penal Parte General*, cit., p. 449.

de una agresión ilegítima, y ésta no es posible de admitir con tal carácter en una riña voluntariamente aceptada.”

- Tipos de agresiones:

Habitualmente la agresión consiste en un comportamiento activo.²³ Aunque, nada impide admitir una agresión omisiva en aquellos casos en los que existe un deber de realizar un acto que evitaría la lesión del bien jurídico y éste se omite, dando lugar a una agresión ilegítima frente a la que es posible reaccionar.²⁴

El requisito de la agresión actual, inminente e ilegítima es un requisito esencial para la apreciación de la legítima defensa, lo cual significa que faltando esta, no se aplicará la eximente ni siquiera en su modalidad incompleta, ni como atenuante analógica.²⁵

Dice el Tribunal Supremo en ST de 12 de julio de 2004, que “la agresión ha de concurrir siempre, tanto para apreciar una eximente completa como incompleta porque si falta, existe un exceso extensivo o impropio en el que la reacción se materializa cuando no existe agresión o se anticipa o se prorroga indebidamente cuando la agresión ya ha cesado”.

2.3.2 Racionalidad del medio empleado

El segundo requisito es la necesidad racional del medio empleado para repeler o impedir la agresión. La defensa sólo estará justificada si existe adecuación racional entre la agresión y el acto de protección.²⁶

Este segundo requisito se analiza desde dos perspectivas:

- La necesidad abstracta de la defensa.

²³ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal,cit. p. 23

²⁴ Ídem, cit., p. 24.

²⁵ QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F. SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCIA ALBERO, R. *Comentarios al Código penal español Tomo I*, cit., p. 2013.

²⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Dir.), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, cit., p. 141.

- La necesidad concreta del medio utilizado para defenderse.²⁷

Si falta el primer aspecto, faltará un requisito fundamental de la eximente por tanto no cabrá la apreciación ni siquiera de la eximente incompleta, sin embargo, cuando falle el segundo aspecto sí que podrá apreciarse la legítima defensa como eximente incompleta.²⁸

Se considera que hay necesidad abstracta de defensa siempre que exista una necesidad aproximada de defensa para cualquier persona que comparta las características del autor en su misma situación en el momento de defenderse, es decir, se deberá examinar desde una perspectiva *ex ante*.²⁹ Y aclara MIR PUIG que “será incorrecto decidir la cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos de ataque y defensa”.

Hay que tener en cuenta que, como dice MOLINA FERNÁNDEZ, la racionalidad de la defensa se analiza dentro de un sistema en el que el agresor no pierde por completo sus derechos, por lo tanto, solo será racional la defensa necesaria para repeler la agresión.³⁰

La racionalidad del medio utilizado para la defensa se estudiará desde el criterio de la mínima lesividad del agresor³¹: siempre que estén al alcance del defensor, varios medios de defensa, el agredido debe usar el menos lesivo teniendo en cuenta no solo la naturaleza y características de este sino también la posibilidad de acudir a otras alternativas defensivas que aminoren o eviten el mal que se pueda causar con el ejercicio legítimo de la actitud defensiva. Añade MIR PUIG que no solo se ha de tener en cuenta el instrumento defensivo en sí, sino también la forma en la que este ha sido utilizado (modalidad de la defensa).³²

Hay que aclarar que la Jurisprudencia ha señalado que la defensa puede considerarse finalmente proporcional, aunque el medio no lo sea. En este sentido dice la STS 937/2007, de 19 de noviembre que: “la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, constituye un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre

²⁷ MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p 453 y en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código Penal Español Tomo I*, cit., p. 215.

²⁸ STS 332/2000 de 24 de febrero (ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar).

²⁹ MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 454

³⁰ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, cit., p. 35

³¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora), *Lecciones de Derecho Penal parte General*, cit., p 141.

³² MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 454.

las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto el Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión.”

La racionalidad del medio no debe someterse al principio de proporción equitativa puesto que la agresión que provoca la defensa se da en personas de diversa naturaleza y que disponen de diferentes medios para defenderse (distintas situaciones), por tanto lo más correcto es medir la racionalidad según las posibilidades de defensa del agredido y no según el medio empleado por el agresor, teniendo en cuenta que la elección del medio de defensa por parte del agredido se da en un momento de urgencia y de “falta de plena normalidad emocional”.³³

Por último, cabe mencionar que se producirá un exceso intensivo cuando la agresión sea actual pero la defensa podía haber sido menos lesiva (exceso en su virtualidad lesiva), provocando la aplicación de la legítima defensa en su modalidad de eximente incompleta. En cambio, si se produce un exceso extensivo que implica que la defensa se prolonga durante más tiempo del que dura la actualidad de la agresión, se excluye la aplicación tanto de la legítima defensa completa como incompleta.³⁴

2.3.3 Falta de provocación suficiente

En este tercer requisito se plasma un principio clásico del Derecho según el cual nadie puede sacar provecho de su propia actuación antijurídica, es decir, quien con su propio actuar haya provocado la agresión de la que ahora se defiende, no puede buscar

³³ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Navarra, 2010, cit., p 535 y 536.

³⁴ STS 1708/2003 de 18 de diciembre (ponente: D. José Aparicio Calvo-Rubio) y MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 453.

justificación en el Derecho.³⁵ En este sentido, se puede afirmar que este requisito encuentra su fundamento en el “versari in re illicita”, se hace objetivamente responsable al sujeto de las consecuencias que provoque con su actuación ilícita originaria. Aunque aclara MIR PUIG que: “El derecho puede reprochar, si no es lícita, la provocación, pero es preciso algo más para que sea justo obligar a soportar una agresión antijurídica o exponerse a ser castigado.”³⁶

Por su parte Doctrina y Jurisprudencia explican que se debe de tratar de una provocación o amenaza adecuada, es decir, para no apreciar legítima defensa no basta con que simplemente se provoque o se dé motivo para una agresión, sino que será necesario que la provocación se considere adecuada y proporcionada a la agresión, y se considerará suficiente cuando esa provocación hubiese determinado una reacción agresiva en la mayor parte de las personas.³⁷

Explica MOLINA FERNÁNDEZ que, “Únicamente las provocaciones ilícitas desde una perspectiva jurídica y no sólo ético social, generan responsabilidad. El provocador contribuye al hecho del agresor, y su intervención será ilícita cuando alcance el nivel suficiente para constituir participación en el hecho antijurídico del agresor”.³⁸

Existe debate sobre si esta provocación debe ser siempre dolosa, es decir, aquella que realiza el autor con la intención consciente de provocar en la otra persona una agresión ilegítima, o si, por el contrario, puede ser también imprudente, cuando el sujeto que provoca la supuesta provocación lo hace sin ninguna intención de provocar, llevando a cabo una conducta negligente que origina una agresión ilegítima.³⁹

Finalmente se han admitido las dos posiciones, aunque nuestro TS aclara que la provocación a la que hace referencia el Código Penal tiene un carácter culposo, puesto que la dolosa sería ya constitutiva de agresión ilegítima.⁴⁰

³⁵ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, cit., p 39

³⁶ MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p 456.

³⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora), *Lecciones de Derecho Penal parte General*, cit., p 142.

³⁸ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, cit., p 40.

³⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora), *Lecciones de Derecho Penal parte General*, cit., p 142.

⁴⁰ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código Penal Español Tomo I*, cit., p. 217.

Este requisito no tiene carácter fundamental sino accidental por lo que, si falta, se podrá aplicar la legítima defensa como eximente incompleta si se cumplen los requisitos esenciales.⁴¹

2.4 ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El art 20.4 ° del CP dice: “están exentos de responsabilidad criminal: el que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes...”. Pues bien, este elemento subjetivo hace referencia a la expresión “en defensa” que actúa como un requisito de naturaleza subjetiva de la causa de justificación.⁴²

El desconocimiento de la situación de defensa provocara la aplicación de la legítima defensa como eximente incompleta, lo explica MIR PUIG con un ejemplo claro: Después de una discusión violenta y tras haber dado la espalda a su adversario B, A se gira y dispara repentinamente sobre aquel sin saber que con ello evitaba que B lo hubiera hecho antes pues por su posición no había advertido que B se disponía a dispararle.⁴³

Este requisito exige que la persona que se defiende conozca que actúa bajo los presupuestos objetivos de la legítima defensa, aunque su intención última no sea defenderse, ya que este ánimo defensivo es concurrente con otros como el dolo homicida.⁴⁴

También la Jurisprudencia ha afirmado que son esenciales en la legítima defensa tanto la “necesitas defensionis” como el “animus defendendi”, la necesidad abstracta de defensa antes mencionada y el ánimo de querer defenderse pues sin este, la reacción defensiva no tendría sentido.⁴⁵

⁴¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Manual Universitario Parte General del Derecho penal adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, cit., p. 199 y en el mismo sentido MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 456.

⁴² QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código Penal Español Tomo I*, cit., p. 218

⁴³ MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 455.

⁴⁴ Misma nota anterior.

⁴⁵ SSTs de 10 de abril de 2014 (ponente: D. José Ramón Soriano Soriano) y 18 de septiembre de 2014 (ponente: D. Antonio del Moral García).

Dice la STS 86/2002 de 28 de enero (RJ 2002,2502) que el animus defensivo es exigible para neutralizar el desvalor de acción presente en el comportamiento típico (de la defensa).

2.5 BIENES PROTEGIBLES EN LEGÍTIMA DEFENSA.

Solo se podrá reaccionar en legítima defensa para proteger bienes o derechos de la persona o ajenos, es decir, bienes jurídicos personales (vida, integridad física y salud, libertad, intimidad, honor...). Los bienes jurídicos supraindividuales se reservarán al ámbito del estado de necesidad.⁴⁶

Las personas jurídicas también pueden proteger los bienes cuya titularidad ostenten (su patrimonio, por ejemplo).⁴⁷

El Estado, puesto que posee personalidad jurídica puede reaccionar para defender sus bienes o derechos siempre que estos tengan el mismo carácter que los propios de otras personas jurídicas⁴⁸ como por ejemplo el patrimonio económico del Estado.⁴⁹

Algunos autores explican que los bienes defendibles han de ser de titularidad personal del que se defiende o bien de un pariente o tercero extraño y que, a su vez, deben ser defendibles mediante una reacción inmediata (se pueden excluir por ejemplo el estado civil).⁵⁰

Se puede afirmar entonces que cabe apreciar legítima defensa para proteger bienes inmateriales como la honestidad o el honor.⁵¹

El código penal hace referencia expresa a la defensa de la morada. Se reputará como agresión ilegítima solo la entrada indebida en la misma pero no la permanencia pues supone mayor intromisión en la intimidad de su titular.⁵²

⁴⁶ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, cit., p. 32

⁴⁷ Misma nota anterior.

⁴⁸ MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”, cit., p. 32

⁴⁹ MIR PUIG, S. *Manual de Derecho penal parte general*, cit., p. 452.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *Manual Universitario Parte General del Derecho penal adaptada al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, cit., p.198.

⁵¹ STSS de 15 de octubre de 1945, y 18 de enero de 1960.

⁵² MOLINA FERNANDEZ, F. “La legítima defensa del Derecho Penal”,cit., p. 33.

2.6 RESTRICCIONES AL DERECHO DE DEFENSA

Una primera restricción está referida a los animales, no se podrá acudir a la legítima defensa para defender un acto de crueldad sobre un animal puesto que existe una referencia legal a los bienes y derechos de personas. Como solución se deberá acudir al estado de necesidad.⁵³

Además, existen restricciones ético – sociales a la legítima defensa, cuando frente a la agresión ilegítima no se considere necesario afirmar el ordenamiento jurídico. Esto ocurre en dos casos:

□ Frente a agresiones de inimputables (borrachos, niños, enfermos mentales..) en este caso el agredido deberá protegerse sin lesionar al agresor siempre que sea posible, por ejemplo a través de la huida.

□ Frente a agresiones que cuestionen de forma mínima el ordenamiento atacando por ejemplo a bienes de escaso valor. ⁵⁴

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA EN SITUACIONES SIN CONFRONTACIÓN: LOS CASOS DE “MUERTE DEL TIRANO”

Quienes han abordado el tratamiento jurídico-penal de las conductas defensivas llevadas a cabo por la mujer en contextos de violencia doméstica o de género aluden a los llamados casos de “muerte del tirano”. En estos supuestos, la mujer sometida a malos tratos habituales da muerte a su maltratador, aprovechando momentos en los que éste se encuentra indefenso, razón por la cual resulta, al menos, discutible la existencia de una

⁵³ Misma cita anterior.

⁵⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora), Lecciones de Derecho Penal parte General, cit., p. 140. Y en el mismo sentido QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCÍA ALBERO, R. *Comentarios al Código Penal Español Tomo I*, cit., p. 216.

agresión actual que, como hemos analizado en el epígrafe anterior, es el primer requisito esencial de la legítima defensa.

En la Jurisprudencia española encontramos, al menos, tres casos que responden a estas características:

- 1.- El caso de “La Dulce Neus”.
- 2.- El caso de Victoria, recogido en la STS 5064/1990 de 29 de junio.
- 3.- El caso de “la Tani”.⁵⁵

3.1 APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CASOS DE “MUERTE DEL TIRANO” EN SITUACIONES SIN CONFRONTACIÓN

“En 1981, Neus Soldevila y su marido Juan Vila, veraneaban en su segunda residencia. Neus y Juan se encuentran en el dormitorio mientras sus hijos ven la televisión en el piso de abajo. Tras mantener relaciones sexuales, Juan se queda dormido, y Neus toma una pistola que había conseguido previamente de su marido. Neus les dice a sus hijos mayores que es el momento de matar a su padre (el cual amenazaba de muerte a su mujer y sus hijos, era un marido déspota y cruel, un hombre tiránico y agresivo que maltrataba a su esposa y castigaba físicamente a sus hijos los cuales declararon que temían a su padre). Todos suben al dormitorio, y la hija de 14 años, Marisol, dispara a su padre en la nuca mientras éste seguía dormido.

Neus fue condenada por parricidio con alevosía y premeditación a 28 años de cárcel.”⁵⁶

“La noche del 24 de diciembre de 1987, Marco Antonio intentó forzar a su mujer Victoria a mantener relaciones sexuales, empezando en ese momento una fuerte discusión. Tras esto se fueron a dormir, hasta las siete de la mañana momento en el que MA se despertó e intentó volver a tener relaciones con Victoria. Tras esto, mientras Marco Antonio dormía Victoria le disparó en la espalda con una escopeta que tenía su marido,

⁵⁵ Teresa Moreno Maya fue maltratada por su marido durante años, hasta que un día ella lo mata y se la condena a 14 años de cárcel. Finalmente, se la concede el indulto parcial.

⁵⁶ Caso obtenido de <https://www.lavanguardia.com> [fecha de última consulta: 20 de mayo de 2020]

al ver que MA se levantaba, le disparó de nuevo y este murió en el pasillo. Victoria vivía en una situación de malos tratos habituales en los que Marco Antonio la amenazaba de muerte, la golpeaba y la insultaba, amenazándola con que la mataría si decidía denunciarle.”⁵⁷

El Caso de Neus y Victoria, son prototipos de casos de “muerte del tirano”. Estos casos se caracterizan por:

- La existencia de una situación de maltrato habitual del marido sobre su mujer y generalmente sus hijos, que provoca un clima de dominación y miedo sobre ellos que generalmente se prolonga durante años.
- Un ataque de la mujer (o alguno de sus hijos dirigidos generalmente por ella), que busca acabar con el maltrato, sobre su marido que se produce en un momento en el que éste se encuentra dormido, desprevenido, borracho.. etc.

3.2 PROBLEMAS APLICATIVOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: AGRESIÓN ACTUAL O INMINENTE.

En los dos casos descritos en el epígrafe anterior las acusadas fueron condenadas por la muerte de sus maridos, sin que se les aplicara la eximente de legítima defensa, ni siquiera como incompleta. Ello es consecuencia de los problemas que plantea la aplicación de esta causa de justificación en supuestos como los descritos, caracterizados por que el ataque de la mujer se produce en momentos en los que, lejos de existir una agresión, el marido se encuentra indefenso o desprevenido.

El hecho de que el ataque se produzca en un momento en el que no existe una confrontación entre ambos, ha llevado a una parte de la Doctrina⁵⁸ a rechazar la aplicación de la legítima defensa pues el atacado se encuentra desprevenido por lo que ya no supondría un peligro para la mujer. Por ejemplo, en el caso de Victoria, aunque

⁵⁷ STS 5064/1990 de 29 de junio, [Ponente: Sr. Vivas Marzal].

⁵⁸ Para IGLESIAS RÍO, en los casos en los que la mujer aprovecha que su marido está desprevenido, no se configura una agresión actual que justifique su defensa, o incluso, en los casos en los que podría llegar a justificar esa agresión, se produciría un exceso defensivo. IGLESIAS RÍO, M.A, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, cit., pp. 429 y 430

previamente ocurrió una agresión sexual, su marido estaba dormido en el momento que ella lo ataca por lo que, para estos autores no se configuraría una agresión actual.

Sin embargo, el hecho de que cuando el marido es atacado no exista una concreta situación de confrontación no significa necesariamente que no concurra el requisito de la agresión actual, exigido para poder aplicar la eximente de legítima defensa. En este sentido, se debe tener en cuenta que la situación de maltrato habitual que, como hemos dicho anteriormente, caracteriza estos casos, configuran el delito de violencia doméstica o malos tratos habituales recogido en el art 173.2 del CP, en el que la conducta típica consiste en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica contra determinados sujetos, entre los que se encuentra el cónyuge o persona ligada al agresor por una relación de afectividad análoga.⁵⁹

Aunque son pocos los que se han detenido a analizar la naturaleza de este delito, algunos autores entienden que se trata de un delito permanente, entendiéndose por tal aquel en el que, una vez producida la consumación, se genera una situación antijurídica que se prolonga y mantiene por voluntad del autor. De este modo, el delito se sigue consumando hasta que cesa la situación antijurídica, lo que tiene importantes consecuencias, por ejemplo, en materia de participación y de prescripción.⁶⁰

En el delito permanente, contrario al delito instantáneo (porque el delito permanente sigue produciéndose más allá de su consumación), el sujeto activo crea un estado o situación antijurídicos que se mantiene en el tiempo, durante el cual, el bien jurídico protegido (considerado por la mayoría de la doctrina como la integridad moral), está siendo lesionado o bien puesto en peligro.⁶¹

El delito del art 173.2 CP se caracteriza por el concepto de la “habitualidad” como elemento definidor del tipo. La habitualidad ha sido interpretada siguiendo dos vías: entender que la habitualidad queda reflejada cuando se acreditan 3 actos violentos o bien,

⁵⁹ PÉREZ.MANZANO.,M., “Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción” En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 34, 2016- II, pp 17-65.,cit.p.2. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/681210/RJUAM_34_2.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de última consulta: julio de 2020].

⁶⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P.M, *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. cit.p.73.

⁶¹ SAN MILLÁN, B., *El delito de maltrato habitual*, Ed.Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.cit., pp. 165 y 166.

que el Tribunal a través del análisis de la situación llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de “agresión permanente”.⁶²

La situación antijurídica se prolonga por la pareja - agresor a través de los distintos actos de violencia física y psíquica que conjuran una violencia persistente sobre su mujer, en tanto en cuanto se mantenga esa situación antijurídica, se constituiría el “estado de agresión permanente” y sería legítimo reaccionar frente a ella defensivamente en cualquier momento. El agresor, que es quién crea ese estado de agresión permanente, artificia con sus golpes, sus amenazas, sus agresiones sexuales e insultos, una situación en la que la mujer se siente en peligro constante y desde su perspectiva y desde la del juzgador provoca que se perciba una “agresión latente” sobre la mujer.⁶³

Este es el razonamiento que siguen las autoras ELENA LARRAURI y MARIA ACALE. Estas autoras, aunque con ciertas diferencias, llegan a la misma conclusión en la que aceptan la conveniencia de la legítima defensa en estas situaciones, dentro de la concepción del delito del art 173.2 CP como permanente.

LARRAURI explica que la lesión de la libertad y la seguridad de la mujer se prolonga en el tiempo en tanto y cuanto se mantenga la violencia por el agresor.⁶⁴ Además, añade que la mujer para poder tener éxito atacará cuando su pareja esté desprevenido lo que provoca que se la castigue por asesinato (alevosía) y no por homicidio, y deja constancia de que esto no sucede con el hombre pues es capaz de llegar a matar a su mujer sin necesidad de que ésta esté indefensa o desprevenida.⁶⁵ La misma autora, apoyándose en los argumentos de Tribunales Americanos, reclama que no se puede hacer a la mujer esperar a que el ataque sea actual, pues la condenaría a un “asesinato a plazos”, y hace a la legítima defensa inútil para la mujer y única como alternativa para el hombre que pueden defenderse cuando se está produciendo el ataque.⁶⁶

Por su parte, ACALE SÁNCHEZ, también considera que en el delito del art 173.2 CP se crea una situación antijurídica en la que la agresión es actual para el bien jurídico

⁶² STS 409/2006 de 13 de abril (ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre) y SAP Granada, Sección 2ª, 772/2016 de 27 diciembre.

⁶³ DI CORLETO, J., “Mujeres que matan, legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, cit.p. 7. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, N°5/2006, mayo 2006. Disponible en: https://www.academia.edu/15523740/Mujeres_que_matan._Leg%C3%ADtima_defensa_de_las_mujeres_golpeadas [fecha de última consulta: julio 2020]

⁶⁴ LARRAURI PIJOÁN, E. y VARONA GÓMEZ, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Ed. EUB, Barcelona, 1995.cit., pp. 38 y ss.

⁶⁵ LARRAURI PIJOÁN, E., VERONA, D. “*Violencia doméstica y legítima defensa*”, cit. p. 17

⁶⁶ Ídem, cit., p.32.

pues éste sigue en peligro más allá del propio ataque o acto de agresión lo que hace que considere el delito de malos tratos habituales como permanente.⁶⁷

Por tanto, si se llega al convencimiento de que la mujer vivía en un estado de agresión permanente por entender este delito como permanente, la agresión antijurídica sería constante o continuada, de tal forma que la conducta de la mujer quedaría amparada por la legítima defensa, incluso en casos, como los de La Dulce Neus, que acaba con su marido mientras éste duerme.

Otras autoras, han entendido que, a través de las amenazas constantes hacia la mujer también se configura en estos casos, el delito de detención ilegal del art 163 CP que se trata igualmente de un delito permanente. Expone CORREA FLÓREZ en tal sentido que, al ser un delito de medios alternativos, la detención de la víctima se produce mediante la inmovilización de ésta con la intimidación a través de amenazas de muerte o lesiones y explica mencionando a otros autores (Lloria García.P) que “habrá detención cuando el autor mantiene al sujeto pasivo sometido a su voluntad y, por tanto, privado de su libertad, aunque no lo haya encerrado”.⁶⁸

En la misma dirección, PÉREZ MANZANO explica que las amenazas no solo suponen una lesión actual a la libertad, sino que además ponen en peligro la vida e integridad física de la víctima puesto que suponen una amenaza a su indemnidad futura.⁶⁹

Esta autora explica que la mujer maltratada por su pareja vive en un estado de agresión permanente hacia su libertad y su seguridad. Este ataque permanente se configura con cada acto de violencia que amenaza a su pareja y la indica la intención de continuar con la agresión si ella no se somete a sus voluntades, esto es lo que considera la autora como la “seña de identidad del maltrato”. Además, en la misma línea indica que las amenazas suponen una lesión actual a la libertad y seguridad de la mujer, pero a la vez, ponen en peligro su integridad física y su vida ya que amenazan a su indemnidad futura, por tanto, la integridad de la mujer se ve en peligro en tanto duran las amenazas. Por último, defiende que, en el análisis de la actualidad de la agresión se deberá examinar

⁶⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 187.

⁶⁸ CORREA FLÓREZ, M.C., “*Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.*”, cit., p. 344.

⁶⁹ PÉREZ.MANZANO, M., “*Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción*”,cit., p. 55.

si se ha creado un clima de presión e intranquilidad en la mujer a través de las amenazas que provoca una agresión permanente a su libertad en tanto la amenaza persiste.⁷⁰

Así que, entender que, por medio de esas amenazas, el maltratador, domina a la mujer coartando su libertad y su voluntad, haciéndola temer el cumplimiento de la amenaza, supone concluir que se está produciendo constantemente una agresión a su libertad y seguridad, por lo que también cabrá reaccionar frente a tal estado en cualquier momento.

- ¿Hay agresión inminente?

Se expuso al inicio de este trabajo que la agresión ilegítima como requisito de aplicación de la legítima defensa, no solo puede ser actual sino también inminente, entendiendo ésta como la agresión que presenta un peligro próximo o concreto para el bien jurídico protegido.⁷¹

La Sentencia del Tribunal Supremo 325/2015 de 27 de Mayo de 2015, respecto a la agresión inminente dice que: “También existiría agresión ilegítima en iguales casos en que se perciba una actitud de inminente ataque o del que resulte un evidente propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras y las circunstancias del hecho sean tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de tal suerte que la agresión ilegítima no siempre y necesariamente se identifica con un acto físico, sino que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza, siempre que sean inminentes.”

Para analizar la inminencia de la agresión en casos de violencia doméstica, se deben tener en cuenta las circunstancias que rodean el hecho, el historial violento y el patrón de comportamiento del agresor. El historial del maltrato del que es protagonista la mujer, le dota de unos conocimientos específicos sobre cómo actúa su agresor y sobre cuándo se va a desencadenar una reacción violenta, conocimientos que deberían tenerse en cuenta a la hora de contextualizar la situación y “redefinir en forma adecuada el concepto de inminencia”.⁷²

Los conocimientos de la mujer, que sabe cómo se desarrollan los episodios de violencia, respaldan la inminencia puesto que es difícil negar que la mujer no tenga una

⁷⁰ PÉREZ.MANZANO.,M., “Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción”,cit., pp. 55 y 56.

⁷¹ VILLEGAS DÍAZ, Myrna. “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal.”,cit.,p. 154

⁷² DI CORLETO, J., “Mujeres que matan, legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, cit.p. 7.

creencia fundada de que la agresión está a punto de producirse, o bien que el peligro aún no ha cesado. Es la argumentación que sigue LARRAURI para quien, lo importante no será que la agresión haya cesado sino determinar si el peligro para la mujer ha desaparecido o no.⁷³

Para finalizar, algunos autores, incluso, afirman que los conocimientos sobre el historial violento que tiene la mujer hacen que, la agresión no sea inminente sino actual desde el momento que se haga patente el peligro. Así, dice LUZÓN PEÑA que: “la agresión comienza a ser actual desde que el peligro que crea haga preciso e inaplazable actuar porque de lo contrario haya riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz”.⁷⁴

Por su parte, PÉREZ MANZANO explica que: “la mera existencia del peligro sin lesión no excluye que la agresión sea actual.”⁷⁵

Siguiendo los argumentos expuestos, la mujer que ha sido maltratada y se encuentre en ese “estado de agresión permanente” en el que la agresión es constante o bien inminente y que mata a su marido cuando no está habiendo confrontación, estaría amparada por el primer requisito de la legítima defensa que es, la existencia de una agresión actual e ilegítima, pues esta nunca dejaría de existir en tanto en cuanto se mantiene por el agresor la situación antijurídica del maltrato que crea un peligro constante para los bienes jurídicos.

3.3 POSIBILIDAD DE LA LEGÍTIMA DEFENSA PREVENTIVA

Pongámonos en este supuesto: todos los viernes, Paco, llega a casa y comienza a beber, comienza a ponerse agresivo con su mujer, Juanita, y antes de bajar al bar a seguir bebiendo con sus amigos, la amenaza con mantener relaciones sexuales cuando llegue a casa, por supuesto sin el consentimiento de Juanita. Ella, sabiendo que todas las veces que Paco ha amenazado con tal cosa, se ha cumplido, tiene miedo a sufrir una nueva

⁷³ LARRAURI PIJOÁN, E., VERONA, D. “*Violencia doméstica y legítima defensa*”, cit. p 40.

⁷⁴ LUZÓN PEÑA, D.M, “*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*”, cit., p. 390

⁷⁵ PÉREZ.MANZANO.,M., “*Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción*”,cit., p. 55

agresión sexual y, decide, que para defenderse y evitarlo va a esperar a Paco con un cuchillo para poder defenderse. Cuando Paco llega a casa, Juanita le clava el cuchillo y Paco muere.

¿Se debe considerar una legítima defensa preventiva o por el contrario a tenor de los hechos debemos calificarlos como un delito de asesinato?

3.3.4 Consideraciones previas

La posibilidad de una legítima defensa preventiva aparece en el derecho penal al hablar de las situaciones análogas a la legítima defensa. En estas situaciones, no se apreciaría una agresión inminente o actual, pero sí una necesidad actual de defensa que justifica la reacción violenta en tono defensivo de la mujer que agrede a su marido agresor.⁷⁶

Esta idea surge principalmente de los juristas alemanes SUPPERT, y Karl Larenz, en un intento por reconducir y extender los límites de las causas de justificación. En España, la defensa preventiva no encuentra apoyo más allá que en algunos datos aislados de autores como QUINTANO RIPOLLÉS y BUSTO RAMÍREZ.⁷⁷

Lo que caracteriza a las situaciones análogas a la legítima defensa, es que se extiende la agresión actual a las simples expectativas de un ataque futuro, frente a las cuales se reconocería una necesidad actual de defensa igual que en los supuestos de legítima defensa.⁷⁸

Entre las teorías que se han aplicado para explicar la legítima defensa preventiva se encuentra la de aplicarla en los supuestos de peligro continuado, entre los que se encuadran los casos del tirano de casa. En estos casos existe un peligro constante que acabará en algún momento en una agresión actual. Siguiendo esta teoría, la mujer maltratada durante años que matase a su marido, lo estaría haciendo preventivamente teniendo en cuenta que se encuentra en peligro constante.⁷⁹

⁷⁶ IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 157.

⁷⁷ IGLESIAS RÍO, M.A., citando a QUINTANO RIPOLLÉS *Comentarios...*, cit. 1996, I, 990 y BUSTOS RAMÍREZ *Manual...*, cit. 1989, 205

⁷⁸ IGLESIAS RÍO, M.A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 158.

⁷⁹ Ídem, cit., p. 160

Otra de las teorías que dan cabida a la legítima defensa preventiva sería la de equiparar o sustituir el requisito de la agresión actual por la necesidad actual de defensa. Los partidarios de esta solución consideran que, se reacciona frente a un ataque todavía futuro pero que provoca por sí mismo una necesidad de defensa inmediata de forma preventiva, porque si se pospone esta defensa resultaría probablemente ineficaz.⁸⁰

Por su parte, SUPPERT, cree que la defensa preventiva frente al peligro objetivo de una agresión futura está justificada porque cumple con los fines preventivos del ordenamiento jurídico, siempre que se pruebe que existe un peligro concreto para un bien jurídico que probablemente vaya a ser dañado y por tanto el sujeto necesite reaccionar en ese momento porque de hacerlo posteriormente, esta defensa sería ineficaz o exigiría medios más gravosos.⁸¹

Por último, los partidarios de esta teoría defienden que la legítima defensa es originariamente preventiva, porque su finalidad es impedir que se lesione un bien jurídico.⁸²

ROXIN, opina que la legítima defensa no debería abarcar estas situaciones puesto que considera que no hay agresión inminente, sin embargo, no niega la posibilidad de una defensa, sino que esta, deberá entrar en el ámbito del estado de necesidad.⁸³

3.3.2 Posición personal

En base a todos los razonamientos expuestos en este trabajo, una defensa preventiva sólo cabe bajo la justificación de que en base a los conocimientos especiales que la mujer tiene sobre la conducta violenta de su maltratador, ésta podría intuir que sufriría una agresión inminente, sin embargo la defensa preventiva no aparece en nuestro código penal, sino que, al contrario, Doctrina y Jurisprudencia ha desarrollado el requisito de la actualidad de la agresión, de tal forma que sólo podamos acudir a la legítima defensa frente a agresiones actuales, que son también las inminentes, pero no frente a agresiones

⁸⁰ Ídem, cit. p.163.

⁸¹ Ídem, cit., p. 164

⁸² Ídem, cit., p.165

⁸³ LARRAURI PIJOÁN, E., VERONA, D. *Violencia doméstica y legítima defensa*, cit. p. 56

futuras que son frente a las que se actúa en una defensa preventiva. Sin embargo, visto desde el extremo contrario el artículo 20.4 CP establece que la legítima defensa cubre una agresión inminente (grave peligro de deterioro o pérdida inminentes) y que el medio que se utilice servirá para repelerla o impedirlo. Impedir, significa evitar algo que aún no ha sucedido, como una agresión que será inminente pero no actual, o bien entender que es actual por ser inminente.

La cuestión en la legítima defensa preventiva es determinar si ésta cumple con el principio de legalidad del derecho penal. El principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) establece que únicamente la ley establece qué comportamientos serán delito y conllevarán una pena con el fin de garantizar la seguridad jurídica y limitar el *ius puniendi* del Estado. La defensa preventiva, no es una figura regulada en nuestro derecho penal sino una institución que se ha establecido mayoritariamente en el Derecho Internacional.

En cierto modo, y sin extender demasiado las fronteras de la legítima defensa, me parecería justo conceder a la mujer maltratada una defensa preventiva, siempre que se pueda deducir desde la perspectiva de la mujer maltratada y en base a los antecedentes violentos, que esa agresión se iba a producir y por supuesto, no sin antes haber sido regulado y preverse en nuestro sistema legal de derecho penal, pues de otra forma, estaremos violando el principio de legalidad.

Es cierto que podemos caer en el error de juzgar sobre conjeturas y probabilidades y alejarnos por tanto de juzgar los hechos, y cumplir con el principio de legalidad, pero no podemos dejar de lado la delicada situación en la que se encuentra la mujer maltratada que aterrorizada por los años de maltrato cree que en cualquier momento va a ser agredida de nuevo.

Tras lo expuesto, pienso que lo correcto sería tratar esa supuesta defensa preventiva, no como tal, sino como una legítima defensa putativa (ya que no podemos probar con total seguridad que esa agresión se fuera a producir, ella sí cree que se cierne sobre ella una agresión cuanto menos inminente), el margen de error es fatal, pues en el caso de que la mujer decida esperar a su marido con una pistola y nada más entrar en casa lo dispare, supone la pérdida de una vida humana, lo que abriría el consecuente debate sobre si, con las figuras del derecho penal debemos proteger la vida del marido que ha maltratado a su mujer durante tantos años o proteger la vida de la mujer que ha

reaccionado contra su maltratador, de una forma fatal sí, pero con la intención de escapar de esa situación.

4. APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL RESTO DE LOS CASOS DE MALTRATO DOMÉSTICO

Dentro de este apartado, se expondrá la posibilidad de aplicar la legítima defensa a aquellos casos en los que la mujer agrede a su marido durante una situación concreta de confrontación, dentro del clima de malos tratos habituales.

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En este grupo de casos, la mujer que ha sido maltratada por su pareja durante años reacciona frente a él durante una confrontación. En estos casos, igual que en los de muerte del tirano, la evidencia de los malos tratos es fundamental para analizar los requisitos de la legítima defensa. Aquí, aunque la reacción defensiva se produce durante una confrontación, no dejan de ser difíciles de analizar estas situaciones a la hora de aplicar la legítima defensa, pues el análisis estricto de sus requisitos provoca que se planteen dos problemas:

- Se discute si la agresión ha cesado, o por el contrario se ha interrumpido momentáneamente, cuando la mujer agrede a marido. Este problema se aprecia en los hechos de la STS de 1 de octubre de 1991 nº 578/1990: Manuel y María Cruz, mantenían una confrontación durante la cual Manuel golpea con un candelabro a su mujer. Simultáneamente la procesada golpeaba a su marido con otro candelabro que había cogido de la mesa, cayendo ambos al suelo donde siguieron golpeándose. Acto seguido, la procesada se traslada a la cocina donde coge un cuchillo de grandes dimensiones y con ánimo de privarle de la vida a Manuel, lo clava varias veces en el cuello de este, causándole tan graves lesiones que determinaron su muerte por paro cardíaco.

El tribunal analiza los hechos en dos fases: en un primer momento durante los golpes consideran que María Cruz sí se defendía de una agresión ilegítima, y una segunda

fase cuando su marido ya está en el suelo y ella acude a la cocina a por el cuchillo, cesa la agresión y ésta no existiría ya cuando comienza a acuchillarlo.

- Problemas respecto a la racionalidad del medio empleado para la defensa. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 3/1998 de 21 de septiembre de 1999 el tribunal considera que hubo desproporción en el medio defensivo en los siguientes hechos: Durante una discusión entre la procesada y su marido, éste la da un manotazo en la cabeza y tras un intercambio de insultos, su marido se dirige hacia ella, momento en el que creyendo la procesada que su marido se dirigía hacia ella con ánimo de agredirla, cogió un cuchillo de cocina que se hallaba en la mesa y lo clavó en el abdomen de su esposo.

En ambos casos, se declaran probados los malos tratos de los que eran víctimas las mujeres.

4.2 PROBLEMAS APLICATIVOS

4.2.1 Agresión inminente

En la violencia doméstica, los episodios violentos pueden producirse durante una confrontación entre las partes, en la que es posible que la mujer maltratada reaccione frente a las vejaciones de su pareja en un momento donde la agresión no sea actual en el sentido de una agresión en curso, teniendo que valorar en estos casos si la agresión aun así podía ser inminente, si se ha interrumpido o si ya ha cesado.

Como se ha explicado a lo largo de este trabajo, la agresión a la que da cobertura la legítima defensa, puede ser una agresión actual o inminente.

Se apreciará la inminencia cuando del comportamiento del agresor se pueda deducir que existe una amenaza próxima de producir un daño o puesta en peligro de algún bien jurídico protegido. En estos casos la inminencia se considera el momento inicial de la agresión.⁸⁴

⁸⁴ IGLESIAS RÍO, M.A, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Ed. Comares, Granada, 1999, cit., p 141

El Tribunal Supremo por su parte indica que la agresión ilegítima también será aquella que se perciba como una actitud de inminente ataque o evidente propósito inmediato agresivo, teniendo en cuenta aquellas circunstancias en las que se desarrollen los hechos en base a las cuales se pueda temer un peligro real inminente sobre los bienes jurídicos protegibles.⁸⁵

La inminencia se ha entendido como un concepto graduable, que comprende un espacio temporal que engloba desde el estado preparatorio del delito hasta la materialización física, cuando la agresión estaría discurriendo.⁸⁶

Doctrina y Jurisprudencia, abogan por considerar los conocimientos especiales sobre el historial de violencia que tiene la mujer a la hora de determinar si la agresión era inminente. El juzgador debe situarse *ex ante* desde la perspectiva de la mujer, y considerar si la mujer podía creer razonablemente que la agresión al menos era inminente, ya que basa su suposición en la conducta de su agresor comparándola con todos los antecedentes violentos. La mujer maltratada, después de un maltrato que puede incluso ser de años, conoce casi a la perfección la forma de actuar de su agresor, cómo y cuándo es muy probable que se desarrolle la violencia.⁸⁷

En una situación en la que se dudase sobre si la agresión había comenzado, deberíamos tener en cuenta que la mujer puede esperar una escalada de violencia porque sabe por ejemplo que después de una amenaza vendrá una agresión o, por ejemplo, sabe que su marido cuando llega a casa ebrio, va a atacarla.

Por tanto, para reconocer la inminencia de la agresión se ponen en juego dos indicadores: uno objetivo medido desde la perspectiva del agresor, que engloba todos los actos de violencia que quedan probados y que configuran el propio maltrato habitual, así como los indicadores objetivos de una posible agresión inminente, como por ejemplo, que haya habido una amenaza previa de que se cometería una agresión, y por otro lado, uno subjetivo (perspectiva de la agredida) que se basa en los conocimientos especiales que la mujer ha desarrollado como víctima de ese maltrato y que la permiten reconocer los patrones de conducta violenta del agresor de tal forma que llega a identificar casi con seguridad, cuándo se va a desencadenar una agresión y cuándo por tanto, va a necesitar defenderse. De esta forma, combinando ambos factores, no haríamos depender la

⁸⁵ STS 325/2015 de 27 de mayo de 2015 (ponente: José Ramón Soriano Soriano).

⁸⁶ IGLESIAS RÍO, M.A, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, cit., p. 142.

⁸⁷ DI CORLETO, J., “Mujeres que matan, legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, cit.p. 7.

determinación de la existencia de una agresión inminente exclusivamente de la percepción de la mujer.

Cabe recordar además en este punto, que agresión ilegítima también es la incesante, y si se considera el delito de maltrato habitual como delito permanente, los bienes jurídicos estarían en un estado de agresión constante y sería legítimo reaccionar frente a ellos en cualquier momento.⁸⁸

4.2.2 Agresión interrumpida o cesada

La Jurisprudencia exige para una defensa justificada, la unidad de acto entre la agresión y la defensa, de tal forma que, si el ataque ya cesó cuando se reacciona frente a él, no se considerará un acto de defensa sino de venganza y no se podrá amparar el que actúa en la legítima defensa.⁸⁹

Resaltar que esta cuestión que a continuación se trata, se enmarca en casos en los que se ha probado un maltrato habitual por parte de un miembro de la pareja, y no de casos de violencia puntual que se puedan dar en la relación fruto, por ejemplo, de una discusión que se va de las manos. Este dato es importante porque en los casos de maltrato habitual suelen salir a la luz casi en la mayoría de los supuestos, tendencias machistas, de dominación del hombre a la mujer, que provocan que la mujer que se defiende durante uno de los actos violentos corra un peligro extra puesto que esa reacción defensiva puede ser entendida por su agresor como un desafío a su autoridad⁹⁰ poniéndose la mujer en peligro nuevamente y siendo la defensa mucho menos efectiva si es que llega a defenderse. Por eso, en estos casos, la mujer suele aprovechar un momento en el que la agresión se ha interrumpido, para defenderse, ya que durante una agresión en curso reduce casi por completo sus posibilidades de defenderse eficazmente frente a su agresor (inferioridad física, amenazas con objetos peligrosos...)⁹¹

⁸⁸ Ver epígrafe 3.2 .

⁸⁹ STS de 15 de octubre de 1991.

⁹⁰ CORREA FLÓREZ, M.C., “Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.”, cit., p. 374

⁹¹ En este sentido hablan muchas autoras como DI CORLETO, J., “Mujeres que matan, legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas” y VILLEGAS DÍAZ, M. “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal.”, cit., p. 156.

Lo más problemático es determinar si la agresión se ha interrumpido realmente o si por el contrario ha cesado definitivamente.

La permanencia de la agresión se debe analizar desde la perspectiva ex ante de la agredida. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 28/2005 de 3 de enero ⁹² explica que desde la perspectiva ex ante de la acusada que había sido agredida por su pareja anteriormente, no se puede descartar que, aún habiendo cesado la anterior agresión, la mujer pudiera percibir que se avecinaban otros ataques intuyendo que la agresión no había concluido, de tal forma que su defensa se trataría como tal, y no como un acto vengativo.

Se puede configurar en estos casos una legítima defensa putativa: se ha producido una confrontación entre los protagonistas, pero esa agresión parece haber cesado, sin embargo, la mujer cree que continuará y siente la necesidad de defenderse. La mujer cree erróneamente que la agresión no ha terminado, cree racionalmente que va a continuar siendo agredida y entonces reacciona defensivamente durante la interrupción de la agresión, por ejemplo, porque piensa que su agresor va a ir a otro lugar de la casa para coger un arma.

La legítima defensa putativa se caracteriza por la creencia errónea por parte del que se defiende de que se está reaccionando contra una agresión ilegítima, que realmente no está sucediendo. MUÑOZ CONDE la define como “la fuerza defensiva empleada para repeler una agresión imaginaria que es objetivamente inexistente”.⁹³

En la práctica, las defensas de las acusadas solicitan que se aprecie la legítima defensa putativa basada en un error invencible (razonable) ya que la mujer creía razonablemente que la violencia iba a continuar.⁹⁴

⁹² Cuyos hechos probados son los siguientes: La acusada Estíbaliz regresó a su domicilio, en el que tenía alquilada una habitación en la que cohabitaba con su esposo Tomás, iniciándose una discusión, siendo golpeada la acusada por lo que ante el temor de las agresiones y para evitar que la misma continuase cogió un cuchillo que se encontraba en la cocina y se lo asestó con la intención de menoscabar la integridad física de su marido, en el brazo izquierdo, causándole herida incisa de 4-5 cm que precisó para su curación tratamiento médico, tardando en curar 10 días no impeditivos. Dice la sentencia que: “No se puede excluir que desde esta perspectiva, la acusada haya percibido los golpes o bofetadas recibidas como el primer acto de una serie de otros posibles, pues resulta razonable imaginar que el ataque inopinado que describen los hechos probados no había concluido o al menos la separación tajante de secuencias que la Juzgadora hace entendiendo que ya se trata de una venganza”.

⁹³ MUÑOZ CONDE, F. “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, cit., p 126.

⁹⁴ STS de 1 de octubre de 1991

Por ejemplo, en los hechos que recoge la SAP Barcelona, de 12 de febrero de 1997.⁹⁵ El Tribunal descarta la aplicación de la legítima defensa por no existir a su parecer una agresión ilegítima, sin embargo, admiten para aplicar la eximente de miedo insuperable, que la mujer actuó con miedo producido al ser agredida por su marido con un cuchillo. Además, no contemplan el testimonio de la acusada, que dice que actuó contra su marido porque estaba convencida de que sería nuevamente atacada (no hay que olvidar que se trata de una mujer maltratada), la misma sentencia indica que “pensó la acusada que ahora venía a por ella”, es decir, la acusada pensó que la agresión se había interrumpido y acudió a por un cuchillo para seguir defendiéndose, por lo que al menos pensó que iba a ser inminentemente agredida de nuevo, creyó (quizá erróneamente que estaba sufriendo una agresión), por lo que cabría aplicarle una legítima defensa putativa.

De hecho, los tribunales han eximido de responsabilidad penal por defensa putativa en casos en los que las vivencias anteriores del autor y circunstancias que rodean a los hechos (la defensa putativa) permiten llegar a la conclusión de que el autor tenía razones más que coherentes y razonables para creer que estaba siendo agredido, o lo iba a ser inminentemente.⁹⁶

Siguiendo este argumento, nada impediría tratar de igual forma a las mujeres que basándose en sus experiencias de maltrato, conocen las formas de actuar de su agresor y saben cuándo es razonable que se espere una nueva agresión o que continúe la ya empezada.

Siempre que se demuestre que la creencia sobre la agresión es racional, fundada y objetivamente invencible, se podrá apreciar la legítima defensa putativa, con los mismos efectos que tiene la eximente de legítima defensa.⁹⁷

⁹⁵ En el transcurso de una discusión José T. amenazó a Rosa G. con un cuchillo de cocina y ésta intentó quitárselo a continuación de lo cual, con el temor de ser nuevamente lesionada, cogió otro cuchillo de sobre la mesa y con él asestó a su marido una puñalada en el tórax cayendo la víctima en una silla, donde Rosa G. continuó asestándole puñaladas hasta provocarle la muerte.

⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, en *Revista de estudios de la justicia*, nº 11, p. 129. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6549457> [fecha de última consulta: julio 2020.]

⁹⁷ SAP Sevilla, Sección 1ª, 14/2004 de 16 de enero

En los casos en los que finalmente se considere que no hay agresión porque ésta ya había cesado, se producirá un corte “en el circuito acción agresiva-reacción defensiva, faltando entonces la unidad del acto.”⁹⁸

Se configurará un exceso extensivo, que impide apreciar la eximente en cualquiera de sus dos grados (completa, incompleta).

4.2.3 Racionalidad del medio empleado en la defensa

Tal y como se expuso en el epígrafe 2.3.2 de este trabajo, el art. 20. 4º CP exige, como requisito para aplicar la legítima defensa, la necesidad racional del medio empleado para defenderse, de tal forma que sólo la defensa está justificada si existe adecuación racional entre la agresión y la defensa.⁹⁹

Como se menciona en la parte general de este trabajo, la racionalidad del medio defensivo, se estudiará desde el criterio de la mínima lesividad del agresor: el agredido debe de usar el medio menos lesivo teniendo en cuenta no solo la naturaleza y características del mismo sino también la posibilidad de acudir a otras alternativas defensivas que aminoren o eviten el mal que se pueda causar con el ejercicio legítimo de la defensa.¹⁰⁰

Sin embargo, la racionalidad del medio no debe analizarse desde el principio de proporción equitativa puesto que la agresión y la defensa se dan en personas de distintas características que disponen de diferentes medios para defenderse y en distintas situaciones, por tanto lo más correcto es medir la racionalidad según las posibilidades de defensa del agredido y no según el medio empleado por el agresor, teniendo en cuenta que la elección del medio de defensa por parte del agredido se da en un momento de urgencia y de falta de plena normalidad emocional.¹⁰¹

Tradicionalmente se defendía por la Doctrina, que debía existir una proporcionalidad entre los bienes jurídicos afectados con la agresión y la defensa, de tal forma que asimilaban el concepto de racional con proporcional, sin embargo, esta teoría

⁹⁸ STS de 1 de octubre de 1991.

⁹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (Director), MORENO-TORRES HERRERA, M.R. (Coordinadora), *Lecciones de Derecho Penal parte General*, cit., p. 141.

¹⁰⁰ Ídem.

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. *Manual de Derecho Penal Parte General*, cit., p. 535 y 536.

cae, ya que el CP español no regula la proporcionalidad entre bienes jurídicos, lo que significa que, con la defensa, se podrán lesionar bienes distintos y de más valor que los que se han puesto en peligro con la agresión ilegítima.¹⁰² Sin embargo, en el campo de las mujeres maltratadas que reaccionan frente a sus parejas agresores, autoras como LARRAURI consideran que, aunque no se exija la proporcionalidad entre medios, esta exigencia aparece cuando se impone la elección del medio menos lesivo, sin tener en cuenta que para las mujeres maltratadas no existe tal elección.¹⁰³

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo,¹⁰⁴ establece que, racionalidad no se equipara a la proporcionalidad del medio, y que a la hora de analizar este requisito no se debe establecer una semejanza entre los medios agresivos y defensivos sino establecer si es proporcional el comportamiento adoptado con el empleo racional de tales medios. Todo esto se debe ponderar con arreglo a la situación en la que se encuentran agresor y agredido examinando la racionalidad desde una perspectiva ex ante teniendo en cuenta la posición del que se defiende. En este sentido dice la SAP Madrid de 25 de septiembre de 2002 que: “La racionalidad del medio reactivo ha de subordinarse en cada momento, a la especial situación del agredido que se defiende o del tercero que actúa en su defensa, a efectos de concretar los medios defensivos utilizables más apropiados a partir de cuya perspectiva (contemplación ex ante) debe valorarse la racionalidad de la reacción defensiva.”

Este requisito se configura por dos elementos autónomos, que son: la necesidad abstracta de la defensa, y la concreta necesidad del medio empleado que a su vez se refiere al medio en sí mismo y a la forma en la que es utilizado. Debe tenerse en cuenta, además, la naturaleza del medio defensivo, el uso que se hace de él y la existencia de otras alternativas defensivas menos gravosas al alcance del que se va a defender.

Dice la STS de 23 de diciembre de 2004 que, a la hora de rechazar la racionalidad del medio, se debe distinguir entre si falta la necesidad abstracta de defensa o si falta la proporcionalidad de los medios empleados para impedirlo. Si no existe la primera, se producirá un exceso extensivo o impropio bien porque la reacción se anticipa o porque se prorroga, mientras que si falta la proporcionalidad de los medios se produce un exceso

¹⁰² LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, cit., pp. 557-558

¹⁰³ LARRAURI PIJOAN, E., VERONA, D. “*Violencia doméstica y legítima defensa*”, cit., p 46.

¹⁰⁴ STS 1031/2009 de 7 octubre. (ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Ruiz)

intensivo o propio que produce un exceso en los medios y será donde se podrá ponderar si se configura la eximente completa o incompleta.

Respecto a la necesidad abstracta de defensa, se entiende que existe siempre que exista la agresión ilegítima, ya que como explica alguna Jurisprudencia, la necesidad abstracta existirá cuando ocurra una agresión injustificada, real, grave e inminente sobre un sujeto siendo inevitable para protegerse que reaccione defensivamente contra ese riesgo o peligro real.¹⁰⁵

Dentro del requisito de la necesidad racional del medio empleado, algunos autores defendían, ahora ya está mayoritariamente aceptado que no debe ser así, que debía valorarse como primera posibilidad de defensa la oportunidad que tuviese la persona agredida de huir o escapar de la agresión, antes de reaccionar violentamente. Un sector de la Doctrina opina que, en casos de violencia doméstica contra la mujer, ésta, antes de reaccionar agrediendo o matando a su agresor debe protegerse de otro modo, como, por ejemplo, denunciando a su maltratador, yéndose de casa, pedir ayuda a la policía, a un familiar, ... etc. Sin embargo, en contra de esta idea, se pone de manifiesto que en muchísimas ocasiones, estas alternativas no son efectivas, sin olvidar que la mujer tiene privada su libertad por el miedo que le ha provocado su agresor a través de las amenazas, miedo a que si su pareja se entera, las represalias van a ser terribles.¹⁰⁶

Como dato, en lo que llevamos de 2020, han sido asesinadas por sus parejas agresores 17 mujeres consideradas víctimas de violencia de género, sólo una de ellas se había atrevido a denunciar.¹⁰⁷

Además, existen otros factores que impiden a la mujer huir, como por ejemplo el hecho de tener hijos o depender económicamente de su pareja.¹⁰⁸

Como se ha mencionado más arriba, no siempre puede cumplirse literalmente el principio de menos lesividad del agresor en el caso del maltrato doméstico, ya que una

¹⁰⁵ STS 1372/2003 de 30 de octubre de 2003 (ponente: Sr. José Jiménez Villarejo).

¹⁰⁶ CORREA FLÓREZ, M.C., “Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.”, cit., p. 358.

¹⁰⁷ Datos obtenidos en: www.epdata.es/datos/violencia-genero-estadisticas-ultima-victima/109/espana/106 [fecha de última consulta: julio 2020]

¹⁰⁸ CORREA FLÓREZ, M.C., “Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.”, cit., p. 372. y DI CORLETO, J., “Mujeres que matan, legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”, cit., p. 6.

cosa es lo que se exija de forma teórica y otra lo que permita la realidad, que es que, la mayoría de las veces, la mujer no tiene la posibilidad de acudir a un medio que considerándose el menos lesivo garantice una defensa efectiva.

Aquí se encuentra muchas veces el problema dentro de la violencia doméstica, las mujeres para que su defensa sea eficaz, deben utilizar, la mayoría de las veces, un medio más peligroso que con el que están siendo agredidas (por ejemplo, su pareja la agrede con sus manos y puede llegar a matarla, la mujer no podrá desprenderse de la agresión en muchas ocasiones si no es con un arma).

Por eso, a la hora de medir la racionalidad del medio, se han alzado voces, defendiendo otro criterio de ponderación que no sea el del “hombre medio” y en este sentido, se aboga por un estudio individualizado de los casos, desde la perspectiva de lo racional en ese momento para la agredida.

El estándar del “hombre medio racional” sería un criterio demasiado general, y que, como critican algunas autoras como LARRAURI¹⁰⁹ volvería a hacer girar el derecho en torno a la figura del hombre de características medias, que establece unos márgenes relativos, y generaliza el comportamiento que deberían tomar la mayoría de las personas en esa situación desde la experiencia del hombre, lo cual crearía un estándar de perspectiva subjetivo masculina.¹¹⁰ Para los casos de mujeres maltratadas en particular, LARRAURI defiende que, aunque hubiera medios menos lesivos al alcance de la mujer agredida, se debe analizar si estos eran eficaces para conjurar el peligro, y para dicho análisis no se debería acudir al estándar del “hombre medio” sino al de la “mujer media maltratada”.¹¹¹

Entonces, si la legítima defensa se sigue configurando para ser analizada desde la perspectiva del hombre medio, cuando la reacción defensiva provenga de la mujer maltratada, tenderá siempre a entenderse desproporcional. Utilizar el criterio del hombre medio, supondría asumir que la legítima defensa “está pensada en términos masculinos”.¹¹²

¹⁰⁹ LARRAURI PIJOÁN, E., VERONA, D. “*Violencia doméstica y legítima defensa*”, cit. p. 49.

¹¹⁰ PÉREZ.MANZANO., M., “Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción”, cit., p. 49

¹¹¹ LARRAURI PIJOÁN, E., VERONA, D. “*Violencia doméstica y legítima defensa*”, cit. p. 49.

¹¹² CORREA FLÓREZ, M.C., “Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.”, cit., pp. 114,315,316.

Otro de los factores que influyen en el análisis de este requisito, es como dice la Doctrina¹¹³ que la defensa y la agresión se dan en personas muy diferentes, y esto se hace notable en el caso de maltrato del hombre a la mujer, donde las características físicas de uno y otra son determinantes. La Jurisprudencia ha acudido en algunas ocasiones a la “debilidad femenina” para justificar el empleo de medios más peligrosos para una defensa exitosa, como en los hechos que recoge la Sentencia de Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1981 en la que la agredida dispara a su agresor con una escopeta mientras que éste la amenazaba con un martillo en cada mano. Dice la Sentencia: “ante el ataque de que es objeto no encuentra otro recurso para reforzar su debilidad femenina (inevitabilidad del mal que va a causar, propio de toda necesidad) que armarse de una de las dos escopetas que se encuentran en lo alto de la vivienda y disparar contra el agresor que se le viene encima”. Sin embargo, también nos encontramos con casos jurisprudenciales donde a pesar de afirmar esta condición de inferioridad física de la mujer respecto a su agresor hombre, no lo tienen en cuenta a la hora de considerar racional el uso del instrumento defensivo más potente, sino que, al contrario, parece jugar en su contra, pues aplican la legítima defensa incompleta. Así se considera en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla núm. 290/1987, cuyos hechos probados son los siguientes: Antonio y Malika tuvieron una fuerte discusión, durante la cual Antonio agarra de las muñecas a Malika, dándole dos bofetadas, después la agarró por el cuello hasta que Malika comenzó a notar que se asfixiaba, momento en el cual, temiendo por su vida, sacó una navaja automática y se la clavó en el abdomen a Antonio produciéndole la muerte. En los fundamentos de derecho de dicha sentencia, admite el tribunal, la mayor corpulencia y fuerza del agresor frente a la inferioridad física y complexión más débil de ella, utilizándolo para probar que existía una agresión ilegítima y consecuente necesidad de defensa frente a la que era legítimo que Malika reaccionase, dejándolo a un lado para el análisis de la racionalidad del medio, y considerando este desproporcional por haber utilizado un arma frente a una agresión con las manos.

En la misma dirección, y centrándose en víctimas de maltrato doméstico, PÉREZ MANZANO indica por su parte que, en casos de legítima defensa dentro de un maltrato, es muy importante tomar en consideración las diferencias entre agresor y víctima, a la

¹¹³ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. *Manual de Derecho Penal Parte General*, cit., p. 535 y 536

hora de determinar si la violencia de la defensa fue racional y si constituyó un medio adecuado para impedir o repeler la agresión. Se debe tener en cuenta según la autora, la relación de dominación entre los sujetos y la debilidad singular que la víctima tiene frente a su agresor, de forma que se justifica que, en estos casos, será racional el uso de instrumentos o medios más peligrosos o “potentes”, para poder efectuar una defensa efectiva.¹¹⁴

Así lo defiende también alguna jurisprudencia, cuando indican que la racionalidad del medio no analiza la semejanza de las armas sino la situación personal en la que se encontraban los contendientes para ponderar las circunstancias y llegar al convencimiento de que el medio utilizado fue racional.¹¹⁵

En cuanto a la determinación de la eficacia del medio defensivo, es importante valorar, las posibles consecuencias que puede tener para la mujer la elección de un medio inadecuado que provoque una defensa fallida. Y es que, como se ha mencionado en el epígrafe que trata la agresión interrumpida o cesada (epígrafe 4.2.2), en estos casos, se suelen configurar tendencias machistas y patriarcales, en los que el hombre domina la mujer, de tal forma, que si ella, durante una confrontación, no utiliza un medio que garantice su defensa en ese momento, la mujer correrá un peligro extra derivado de la defensa fallida, y es que, la reacción defensiva será entendida en muchos casos como un desafío a la autoridad del agresor y esto provocará graves consecuencias para la mujer.

116

En opinión de BALDÓ LAVILLA, si al alcance del defensor sólo hay un medio objetivamente idóneo para repeler la agresión, ese será el medio que se deberá considerar racionalmente necesario, aunque produzca un daño mayor que los que se intentan evitar.¹¹⁷

En tal sentido, la Audiencia Provincial de Madrid consideró racional el uso de una botella para defenderse por parte de una mujer que estaba siendo amenazada por su pareja, el cual no portaba ningún arma o instrumento, por estimar que no existía en el momento

¹¹⁴ PÉREZ.MANZANO.,M., “Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción”, cit., p. 57.

¹¹⁵ SAP, Madrid, 482/2002 de 25 de septiembre

¹¹⁶ En este sentido, hablan algunas autoras como CORREA FLÓREZ, M.C., “Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa.”, cit., p. 374.

¹¹⁷ VILLEGAS DÍAZ, M. “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal.”, cit. p. 160.

en el que la agredida necesitó defenderse, una selección de medios aclarando que a nadie puede exigírsele “una obtención de medios adecuados que no estaban a su alcance”¹¹⁸

Los medios menos gravosos lo deberán de ser de entre los disponibles, teniendo en cuenta que en el momento que se necesita la defensa, no se puede meditar con frialdad qué medio es el adecuado entre varios en el caso de que los haya, pues lo impide la rapidez y sorpresa del ataque, los disponibles serán los que finalmente se les dote de racionalmente necesarios.¹¹⁹

Por todo ello se puede concluir que la racionalidad del medio empleado no se regula como semejanza entre armas, sino que se determina por la situación personal de los implicados y todas las circunstancias que lo rodean, teniéndolas en cuenta en el análisis de posibilidades para poder justificar o no las respectivas conductas. Por último, indica la Jurisprudencia que es un concepto que se ve afectado por la flexibilidad y la graduación de la situación, y la rapidez y sorpresa del ataque, y que por tanto se deberá a lo que requiera la “especial situación del agredido” en cada momento.¹²⁰

5. CONCLUSIONES

1. La legítima defensa se ha configurado en el derecho español como una causa de justificación regulada en el art 20.4 del CP. Ha quedado definida como cualquier defensa necesaria para impedir o repeler una agresión injusta sobre bienes propios o ajenos que ampara al sujeto que actúe en LD pues estará exento de responsabilidad penal.

2. La tesis predominante sobre el fundamento de la legítima defensa es la que considera que tiene un doble fundamento: uno individual basado en la idea de autoprotección de los bienes y uno supraindividual basado en la protección del derecho. Ambos fundamentos deben relacionarse entre sí.

3. Los requisitos que se demandan legalmente para configurar la LD son: una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y la falta de provocación suficiente por parte del defensor.

¹¹⁸ SAP, Madrid, 482/2002 de 25 de septiembre

¹¹⁹ STS 439/2002 de 8 de marzo de 2002 (ponente: Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano).

¹²⁰ STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 102).

4. Por agresión ilegítima se entiende cualquier riesgo o peligro inminente para un bien jurídico legítimamente defendible. Ha de ser esta agresión actual o inminente, se debe de estar produciendo o a punto de producirse, aunque algunos autores han defendido también la agresión incesante que se configura en los delitos permanentes entre los que incardinan el delito de maltrato habitual del art 173.2 CP. Esta agresión debe de ser antijurídica, es decir, contraria al ordenamiento jurídico.

5. Los casos más problemáticos en la aplicación de la legítima defensa los encontramos en los casos de muerte del tirano y en el resto de los casos de maltrato doméstico. En los casos de muerte del tirano, la mujer maltratada mata a su marido en un momento donde no hay confrontación, por lo que, parece en un primer momento que no se da esa agresión ilegítima que requiere la legítima defensa. Sin embargo, en estos casos, algunos autores han defendido que el delito de maltrato doméstico del art 173.2 CP es un delito permanente, por tanto, la víctima, está sufriendo una agresión incesante, aparte de todas las puntuales con cada acto de violencia, que genera un clima de maltrato, durante el cual, sería legítimo reaccionar en cualquier momento, ya que, existe una necesidad abstracta de defensa en tanto y cuanto se prolongue el maltrato.

6. La mujer maltratada, desarrolla unos conocimientos especiales sobre el historial violento al que está siendo sometida, estos conocimientos permiten justificar una agresión inminente, que también puede ir precedida de amenazas, a través de las amenazas también se configura una agresión inminente por la amenaza en sí misma, y también una agresión incesante puesto que atentan contra la libertad y seguridad presente y futura de la persona que las recibe. Las amenazas crean una expectativa de peligro que generan la sensación en la mujer, de tener que defenderse. Las amenazas son una de las formas de violencia psicológica que más atenta contra la integridad física y moral de la víctima.

7. La posibilidad de aplicar una legítima defensa preventiva a estos casos donde la mujer agrede a su pareja en una situación sin confrontación ha sido planteada por algunos autores. Sin embargo, esta figura no se regula expresamente en nuestro ordenamiento jurídico penal, aunque se ha aceptado aplicarla en casos de peligro continuado entre los que se encuentran los casos del tirano de casa ya que se considera en estos casos que existe un peligro constante que tarde o temprano desembocará en una agresión actual.

8. En el resto de los casos de maltrato doméstico donde la mujer reacciona contra su agresor en un momento de confrontación, los problemas más comunes se dan en el segundo requisito de la eximente: la racionalidad del medio empleado en la defensa. Uno de los criterios para analizar la racionalidad del medio es el de la menor lesividad para el agresor, teniendo que usar el agredido el medio menos lesivo para el agresor, de entre los disponibles. Aquí se encuentra el problema en estos casos, y es que, para las mujeres maltratadas no siempre existe esa posibilidad de acudir a un medio que se considere menos lesivos y que pueda garantizarle una defensa efectiva. La mujer deberá utilizar un instrumento más peligroso, o más potente, frente a una agresión que provenga de un agresor que tiene unas características físicas superiores en peso y altura, ya que enfrentándose cuerpo a cuerpo no conseguiría repeler dicha agresión. Por eso, el Tribunal Supremo ha establecido que la racionalidad del medio debe analizarse desde la perspectiva ex ante del agredido, teniendo en cuenta las circunstancias y la especial situación del que se defiende.

9. También se ha defendido, que la racionalidad del medio deje de analizarse desde la perspectiva del “hombre medio” para ser analizada en estos casos desde la perspectiva de “la mujer media maltratada”.

10. Por último, en aquellos casos en los que se discuta si, la agresión en curso se ha interrumpido o ha cesado, se debe plantear la posibilidad de la legítima defensa putativa, ya que como se ha explicado en este trabajo, la mujer maltratada puede esperar una escalada de violencia que no se ve afectada en el caso de que la agresión en curso se interrumpa. La mujer, piensa de forma racional y fundada que la agresión va a continuar y siente la necesidad de defenderse, basando estos razonamientos en el historial de maltrato. Por tanto, existe una creencia errónea pero fundada de que se está sufriendo una agresión ilegítima o que al menos esta es inminente.

6. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María: El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CORREA FLÓREZ, María Camila: Legítima defensa en situaciones sin confrontación: La muerte del tirano de casa, tesis doctoral, Universidad Autónoma, Madrid, 2016.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M: Tipicidad e imputación objetiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DI CORLETO, Julieta.: Mujeres que matan, legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas, En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis, N°5/2006, mayo 2006.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel: Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa, Comares, Granada, 1999.

LARRAURI, Elena y VARONA, Daniel: Violencia doméstica y legítima defensa, EUB, Barcelona, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: Aspectos esenciales de la legítima defensa, 2ª, B de F, Montevideo, 2002.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando: La legítima defensa en el derecho penal. En: RJUAM. No 25. Año 2012. pp. 19-48.

MIR PUIG, Santiago: Manual de Derecho penal parte general, Ed.Reppertor, Barcelona, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco: “Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa”, En: *Revista de estudios de la justicia*, nº 11, 2009, pp 13-34.

PÉREZ MANZANO, Mercedes: “Algunas claves del tratamiento penal de la Violencia de Género: acción y reacción”. En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 34, 2016- II, pp 17-65.

QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., SUMALLA TAMATIT, J.M., GARCÍA ALBERO, R: Comentarios al Código penal español Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

SAN MILLÁN, Bárbara: El delito de maltrato habitual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos., JUDEL PRIETO, Ángel., PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón: Tratados y Manuales. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General, Civitas, Navarra, 2017.

VILLEGAS DÍAZ, Myrna: Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal. En: Revista de Derecho. Vol. 23, No. 2., 2010, pp 149-174.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director), MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa. (Coordinadora): Lecciones de Derecho Penal parte General, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

7. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Tribunal Supremo:

STS de 15 de octubre de 1945

STS 18 de enero de 1960

STS 17 de junio de 1980

STS de 2 de octubre de 1981

STS núm. 5064/1990 de 29 de junio

STS núm. 578/1990 de 1 de octubre de 1991

STS de 20 de enero de 1998

STS núm. 332/2000 de 24 de febrero

STS núm. 86/2002 de 28 de enero

STS núm. 439/2002 de 8 de marzo de 2002

STS núm. 1372/2003 de 30 de octubre de 2003

STS núm. 1708/2003 de 18 de diciembre

STS núm. 363/2004 de 17 de marzo
STS de 12 de Julio de 2004
STS de 23 de diciembre de 2004
STS núm. 621/2006 de 30 de enero de 2006
STS núm. 1262/2006 de 28 de diciembre
STS núm. 544/2007 de 21 de junio
STS núm. 937/2007 de 19 de noviembre
STS núm. 7798/2007 de 21 de noviembre de 2007
STS núm. 1031/2009 de 7 octubre
STS de 10 de junio de 2014
STS de 18 de septiembre de 2014
STS núm. 325/2015 de 27 de mayo de 2015

- Audiencias Provinciales:

SAP Melilla núm. 290/1987
SAP Barcelona, de 12 de febrero de 1997
SAP de Barcelona nº 3/1998 de 21 de septiembre de 1999
SAP, Madrid, 482/2002 de 25 de septiembre
SAP Sevilla, Sección 1ª, 14/2004 de 16 de enero
SAP de Barcelona número 28/2005 de 3 de enero