



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE A LESIONES Y
AGRESIONES SEXUALES EN SITUACIONES DE
VIOLENCIA DOMÉSTICA**

Un estudio a través de la sentencia 2/2010, de 1 de diciembre de la Sección 2ª de la
Audiencia Provincial de La Coruña

Autor: Sara García Pinar

4º E-1 BL

Derecho Penal

Tutor: Javier Gómez Lanz

Madrid

Abril, 2019

*¿Te imaginas ser condenado a prisión tras sufrir 34 años de golpes,
humillaciones y amenazas?*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
1.1 Referencias Introdutorias:	8
2. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LAS LESIONES OCURRIDAS EL 18/05/2018	9
2.1 Acción:	9
2.2 Tipicidad:	11
2.3 Antijuricidad:	21
2.4 Culpabilidad:	21
2.4.1 Imputabilidad:	22
2.4.2 Formas de la culpabilidad: Dolo e imprudencia.	22
2.4.3 Elemento normativo:	24
2.5 Punibilidad:	24
3. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA AGRESIÓN SEXUAL COMETIDA EL DÍA 18/05/2018:	25
3.1 Acción:	25
3.2 Tipicidad:	25
3.3 Antijuricidad:	33
3.4 Culpabilidad:	34
3.4.1 Imputabilidad:	34
3.4.2 Formas de la culpabilidad:	34
3.4.3 Elemento normativo:	35
3.5 Punibilidad:	35
4. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL SUCESO OCURRIDO EL 28/05/2018	35
4.1 Acción:	36
4.2 Tipicidad:	36
4.3 Antijuricidad:	39
4.4 Culpabilidad:	50
4.4.1 Imputabilidad:	51
4.4.2 Formas de la culpabilidad:	53
4.4.3 Elemento normativo:	57
4.5 Punibilidad:	62

5. CONCLUSIONES FINALES:	62
6. BIBLIOGRAFÍA	68
6.1 Legislación	68
6.2 Jurisprudencia	68
6.3. Obras doctrinales	72
6.3.1 Libros	72
6.3.2 Artículos de revista	73
6.4 Artículos de prensa	73
6.5 Otros recursos	74
7. ANEXOS	74
Anexo I	74
Anexo II	76

LISTA DE ABREVIATURAS:

-Art.: Artículo.

-*Cit.*: Citado.

-CP: Código Penal.

-Nº: Número.

-p.: Página.

-pp.: Páginas.

-RAE: Real Academia Española

-SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

-STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

-STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

-Vol.: Volumen.

1. INTRODUCCIÓN

“Ella le mató y el sólo la estaba golpeando”, “no hubo proporcionalidad de medios”, “no se puede apreciar la defensa de la mujer porque no había una agresión inminente”... ¿Acaso él ha utilizado medios proporcionales durante los 34 años de maltrato? ¿De qué estaba defendiendo? ¿Por qué ni siquiera llegó a ser juzgado? Pese a que este parece ser el pensamiento mayoritario en la sociedad, desgraciadamente, no encontramos esta solución en el ámbito jurídico, pues “siempre podría haber recurrido a las instituciones estatales en busca de protección” o “tenía otras alternativas para salvaguardar su vida y/o integridad”, ¿no? y, si esto es así, ¿por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?¹ ¿por qué son algunas asesinadas tras acudir a la policía en busca de ayuda?².

El ordenamiento jurídico Español ha evolucionado de forma acelerada en este aspecto, pasando de considerar el delito de violación como un delito contra la honestidad³ a castigar duramente el delito de violencia habitual o incluso el maltrato psíquico⁴. Hoy podemos afirmar que la igualdad de ley existe, de hecho, se ha llegado incluso a considerar la ultraprotección de la mujer frente al hombre en el ámbito legislativo. Sin embargo, no podríamos decir lo mismo con la jurisprudencia, ésta, se ha quedado infinitamente atrás.

Este trabajo aborda una serie de cuestiones controvertidas vinculadas con los delitos contra las personas en contextos de violencia doméstica tales como las agresiones sexuales, el delito de lesiones y el homicidio y sus formas. En concreto se realizará un análisis de la posibilidad de apreciar las causas de exención de la legítima defensa y el miedo insuperable ante supuestos de agresiones continuadas en el tiempo pero de forma discontinua, así como de la absorción del delito de lesiones en el delito de agresión sexual. Para poder abordar tales cuestiones partiremos de un relato de hechos ideados en base a

¹ Larrauri, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 12, 2003, pp. 271-307

² Blay Gil E. “Voy o no voy”: *El recurso a la policía en el caso de la violencia de género. Perspectivas de las víctimas*, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, N 1137-7550, 2013, pp. 369-400.

³ Código Penal de 1848 cuyo Título X llevaba la rúbrica “Delitos contra la honestidad” en el que se incluía la violación.

⁴ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal.

la sentencia 2/2010, de 1 de diciembre de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de La Coruña que también será analizada. A título meramente informativo cabe mencionar que el año de las fechas de dicha sentencia ha sido modificado para poder realizar el estudio de la sentencia con la normativa adaptada a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Esta sentencia así como el relato de hechos previo que hemos creado para poder abordar las cuestiones objeto del trabajo se encuentran en el ANEXO I.

Para realizar el estudio de dichas cuestiones, comenzaremos abordando el análisis jurídico penal del delito de lesiones, así como de los subtipos agravados y de las mutilaciones e inutilizaciones de los artículos 147 a 149 del Código Penal. Asimismo, examinaremos artículo 153 del Código Penal. Por otro lado abordaremos el análisis jurídico penal de los delitos de agresión y abuso sexual de los capítulos I y II del Título VIII. Finalmente concluiremos con el estudio del delito de homicidio y sus formas del Título I del Libro II del Código Penal.

1.1 Referencias Introductorias:

El análisis de este trabajo se va a realizar desde la corriente neoclásica del concepto del delito. El delito en la teoría neoclásica representa una determinada valoración normativa que recae sobre el hecho humano estando además impregnados, cada uno de los elementos del delito, por esa referencia al valor⁵. La propuesta neoclásica supone una superación de la concepción formal del delito, para llevar a cabo una concepción material del delito, teniendo como punto de partida una perspectiva axiológica.

⁵ GÓMEZ LANZ J. y OBREGÓN GARCÍA A., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de la teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 31.

2. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LAS LESIONES OCURRIDAS EL 18/05/2018

El día 18/05/2018 Diego golpea reiteradamente a su mujer y la agrede sexualmente. Habrá que analizar si dichas conductas cumplen con los elementos del delito y encajarlas en el delito correspondiente.

Comencemos por el posible delito de lesiones:

2.1 Acción:

Von Liszt establece que la acción es la “inervación muscular producida por la energía de un impulso cerebral, que a través del medio natural conforme a las leyes causales de la naturaleza provoca una mutación en el mundo exterior perceptible por los sentidos”⁶ (teoría causalista de la acción). En el sistema neoclásico que estamos tratando, a la teoría causalista de la acción, se le añade una interpretación social (si bien manteniéndose los componentes naturalísticos: manifestación externa de voluntad, resultado y relación de causalidad entre ambos)⁷. Por lo tanto podemos deducir que la acción es un comportamiento humano socialmente relevante y dependiente de la voluntad que produce un determinado resultado en el mundo exterior perceptible por los sentidos⁸.

Por otro lado, como bien establecen Gómez Lanz y Obregón⁹, los elementos básicos que se tienen que dar en la acción son la exterioridad y la voluntariedad.

Tras este breve análisis de la acción como primer elemento del delito, ya podemos analizar los golpes realizados por Diego, para saber si constituyen o no acción:

⁶ ALASTUEY DOBÓN C. et alia. “*Derecho penal. Parte General. Introducción teoría jurídica del delito*”, Comares, S.L, Granada, 2016. p 93.

⁷ ALASTUEY DOBÓN (2016) cit. p. 94.

⁸ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) cit. p. 48

⁹ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) cit. p. 53-54.

1º ¿Hay una actuación (o no actuación) humana? Evidentemente sí, Diego realiza una actuación. Hay acción, no es un fenómeno mental.

2º ¿Esta acción se exterioriza? Sí, son perfectamente perceptibles por los sentidos los golpes cometidos por Diego.

3º ¿Hay voluntariedad? Por supuesto, Diego predispone y dirige conscientemente su cuerpo para realizar la acción de golpear. No es ni mucho menos un movimiento reflejo, ni un estado de inconsciencia, ni fuerza irresistible.

4º ¿Hay una mutación del mundo exterior perceptible por los sentidos, un resultado? Desde luego, según el relato de los hechos, Elena sufre hematomas en la cara, desviación del tabique nasal, dos fracturas costales...

5º ¿Hay una relación de causalidad entre el movimiento de Diego y el resultado de lesiones de Elena? Indudablemente, pues es a causa de los golpes propinados por Diego que Elena ha sufrido dicha vulneración en su integridad física. Así, los golpes propinados por Diego han incrementado el riesgo de producción de un resultado lesivo a Elena y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se ha producido siendo además dichas lesiones el resultado que quiere evitar la norma penal (teoría de la imputación objetiva¹⁰).

Finalmente, una vez ha quedado demostrado que Diego ha realizado la acción del delito, cabe establecer que esta acción es una acción en sentido estricto y no una omisión, pues Diego ha realizado un movimiento, una actuación.

¹⁰ “La teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal”: STS de 29 de enero 726/2018 FJ Tercero.

2.2 Tipicidad:

Según el profesor Gallego Díaz¹¹, la tipicidad es la adecuación de la conducta llevada a cabo por el sujeto con la prevista en un tipo penal. Por lo tanto son solo las conductas tipificadas en el ordenamiento jurídico, las que podrán ser constitutivas de delito (por respeto al principio de legalidad). Von Beling entiende el tipo como una “descripción valorativamente neutra de la parte externa y objetiva de la acción”¹². Si bien este concepto se “corrige” en el neoclasicismo por Mezger y Mayer, que, tomando como base el concepto clásico le añaden matices valorativos.

Procedemos a analizar la acción realizada por Diego para ver si esta es típica:

1º La conducta de Diego habrá de estar recogida en el ordenamiento jurídico para que sea típica: en efecto, golpear a una persona causándola un resultado lesivo es una conducta tipificada como delito en el Código Penal. Teniendo esto en cuenta, habrá que analizar en qué tipo penal concreto encajaría (en el caso de que tuviese todos los elementos del tipo).

A consecuencia de la agresión, Elena sufre: hematomas en la cara, fractura de los huesos de la nariz con su correspondiente desviación del tabique nasal, dos fracturas costales, pérdida de una pieza dental y erosiones y contusiones múltiples en ambos antebrazos y cara anterior de las manos.

El artículo 147.1 CP establece: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones..., siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”.

Por lo tanto, entendemos que la conducta descrita se compone de dos requisitos¹³:

¹¹ Apuntes privados de Derecho Penal General de Gallego Díaz, 2016.

¹² Citado por: GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 60.

¹³ CARPERI, “Derecho penal. Parte especial. Judicatura” Carperi S.L, Madrid, 2019.

1º Un daño o menoscabo a la integridad corporal, salud física o mental (con independencia del medio utilizado).

2º Que para curar el daño sea necesario, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico.

El Tribunal Supremo¹⁴ entiende por tratamiento médico o quirúrgico “toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico” así como “aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias...quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica”. Es decir, como el texto legal del artículo 147 sólo establece una definición negativa (lo que no es un tratamiento médico o quirúrgico) acudiendo a la jurisprudencia llegamos a la conclusión de que el tratamiento médico o quirúrgico el sistema o método que se emplea para curar, por la medicina o cirugía, las enfermedades o los defectos corporales o psíquicos.

Por lo tanto, entendemos que todas las lesiones sufridas por Elena suponen tratamiento médico o quirúrgico pues pese a que aunque haya podido haber una primera asistencia facultativa¹⁵, es evidente que todas han requerido dicho tratamiento. Evidentemente, esta calificación habrá de ser determinada por el tribunal con ayuda pericial e independientemente de que Elena se haya sometido o no a ese tratamiento o lo haya seguido o no en su integridad, “pues no puede dejarse en manos del lesionado la decisión sobre un dato que es determinante para la calificación jurídica del hecho”¹⁶.

Por si todavía cabe alguna duda, el Tribunal Supremo ha establecido que, en concreto, se considera que requiere tratamiento médico o quirúrgico la desviación

¹⁴ STS de 20 de febrero 749/2018 FJ Undécimo, STS de 30 de enero 49/2018 FJ Séptimo, STS de 7 de diciembre 1519/2017 FJ Décimo, STS de 4 de julio 511/2017 FJ Quinto, entre otras.

¹⁵ Es necesario precisar que, la primera asistencia facultativa no es incompatible con el concepto de tratamiento médico o quirúrgico (GÓMEZ TOMILLO M. (director), “Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Delitos contra las personas”. Aranzadi S.A. Navarra. 2015. p. 146.)

¹⁶ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 146.

del tabique nasal¹⁷ así como la pérdida de piezas dentarias¹⁸. Por otro lado, en cuanto a las erosiones (que a nuestro parecer son las que podrían plantear mayor problema), también ha entendido el Tribunal Supremo que la “limpieza y cura de la herida” se entiende por tratamiento médico o quirúrgico¹⁹.

Se entiende por tanto que, en principio, la agresión de Diego a Elena es constitutiva de un delito de lesiones ordinarias del artículo 147.1 CP. Es preciso recalcar que hablamos de un delito de lesiones, en singular, puesto que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰, aquellas actuaciones delictivas en las que exista unidad de propósito y conexión espacio-temporal, es decir, un único acto de voluntad, son consideradas como unidad de acción y por tanto constitutivas de un único delito²¹.

Si bien, del relato fáctico se extrae que Diego y Elena estaban casados así como que Diego actuó con ensañamiento pues resulta patente que “aumentó deliberada e inhumanamente el sufrimiento de Elena, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”²² debido a que se observa en Diego “un interno propósito de satisfacer instintos de perversidad, provocando, con una conciencia y voluntad decidida, males innecesarios y más dolor”²³ a Elena (elemento subjetivo del ensañamiento) pudiendo haber parado una vez conseguidas las primeras lesiones, pero continuó agrediéndola “causándole males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico”²⁴ (elemento objetivo).

¹⁷ STS de 8 de noviembre 1470/2018 FJ Primero, STS de 10 de septiembre 1287/2015 FJ Único, entre otras.

¹⁸ STS de 2 de febrero 272/2017 FJ Primero.

¹⁹ STS de 9 de diciembre 845/2015 Antecedente Primero.

²⁰ Solución aportada por el Catedrático Javier Gómez Lanz que hemos corroborado por la jurisprudencia: STS de 4 de febrero 49/2019 FJ Cuarto, STS de 14 de diciembre 650/2018 FJ Sexto, STS de 15 de marzo 125/2018 FJ Sexto, entre otras.

²¹ Si bien, a efectos jurídico-penales, además de tal valoración prejurídica se exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo: STS 15 de enero 5/2019 FJ Primero, STS de 29 de noviembre 613/2018 FJ Trigésimo Quinto, STS de 14 de diciembre 826/2017 FJ Segundo, entre otras.

²² Artículo 22.5 de la Ley Orgánica 1/2015, *cit.*

²³ STS de 18 de junio 293/2018 FJ Tercero, STS de 14 de marzo 161/2017 FJ Quinto, entre otras.

²⁴ STS de 4 de diciembre 621/2018 FJ Primero, STS de 19 de julio 371/2018 FJ Tercero, STS de 6 de junio 271/2018 FJ Cuarto, STS de 25 de enero 44/2018 FJ Primero, entre otras.

Por lo tanto, debemos hacer referencia al artículo 148.2 y 4 CP que agrava la pena del tipo básico de lesiones:

“2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa...”

En consecuencia, las agresiones causadas por Diego constituyen un delito de lesiones agravado del artículo 148 CP. Constituiría este mismo delito pese a que finalmente se entendiera que no hay ensañamiento (que en este caso no actúa como agravante sino como elemento constitutivo de un tipo cualificado), pues los supuestos enumerados en el artículo, no son cumulativos si no alternativos por lo que con que concurra uno es suficiente para que se realice este delito (y el hecho de que están casados es incuestionable).

Si bien, tenemos que tener presente que, hay alguna lesión de las realizadas por Diego (en concreto la desviación del tabique nasal y las pérdidas dentarias) que podría considerarse como deformidad del artículo 150 CP.

Este establece que *“El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad...”*

Por deformidad, el Tribunal Supremo²⁵ establece que es *“toda irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista. O también la que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos”*. Además establece que tiene que implicar gravedad del resultado lesivo (por el principio de proporcionalidad, dada la gravedad de la pena del artículo 150) lo que habrá que analizarse caso por caso²⁶ atendiendo no sólo al alcance de la modificación estética objetivamente producida sino también a las circunstancias personales de la víctima.

²⁵ STS de 8 de noviembre 1470/2018 FJ Segundo *cit.*, STS de 4 de octubre 1243/2018 FJ Segundo, STS de 18 de diciembre 833/2017 FJ Segundo entre otras.

²⁶ Así establece: *“resulta ineludible que haya de atenderse al caso concreto y evitarse, en la medida de lo posible, los automatismos y las generalizaciones”* STS de 18 dic. 833/2017 FJ Segundo *cit.*

A tenor de lo explicado, parece posible que tanto la desviación del tabique nasal como la pérdida de piezas dentarias, puedan ser subsumibles en el citado artículo. Si bien, como ha de ser interpretado caso por caso, es preciso atender a lo que ha dicho el Tribunal Supremo con estos dos casos concretos:

-Éste ha establecido en reiterada jurisprudencia que “la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias,..., es ordinariamente subsumible en el artículo 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menos entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible”²⁷.

Por lo tanto, en principio parece que sí que se considera deformidad la pérdida de piezas dentarias de Elena, si bien, habría que atender también a la trascendencia estética, repercusión funcional y al aspecto anterior de la víctima; así como al número de piezas afectadas, su localización y visibilidad²⁸, que en este caso concreto no se expresa por lo que en base al principio *in dubio pro reo*, entendemos que no son visibles ni afecta al aspecto de la víctima por lo que no son constitutivas del delito de deformidad leve.

-En cuanto a la desviación del tabique nasal, la jurisprudencia no es unánime al respecto²⁹, entendiéndolo en ocasiones subsumible en el artículo 150 CP mientras que en otras situaciones considera dicha deformidad como un delito de lesiones del artículo 147. Si bien, cuando la desviación del tabique sólo conlleva una “ligera deformidad” establece que no debe ser subsumida en el artículo 150³⁰. Entendemos por lo tanto la desviación del tabique nasal de Elena como ligera deformidad, por lo que no constituirá un delito de deformidad leve.

²⁷ STS de 7 de junio 861/2018 FJ Primero, STS de 18 de diciembre 833/2017 FJ Segundo *cit.*, STS de 2 de noviembre 1512/2017 FJ Único, STS de 28 de septiembre 1323/2017 FJ Único, entre otras.

²⁸ STS de 8 de noviembre 1470/2018 FJ Segundo *cit.*, STS de 25 de octubre 505/2018 FJ Segundo, STS de 23 de noviembre 883/2016 FJ Quinto.

²⁹ Así, entienden que es subsumible en el artículo 150 CP: STS de 8 de noviembre 1470/2018 FJ Segundo *cit.*, SAP de A Coruña de 24 de julio 93/2018 FJ Tercero, SAP de Sevilla de 4 de diciembre 564/2017 FJ Tercero, entre otras. Por el contrario, entienden que constituye un delito de lesiones del artículo 147.1 CP: STS de 25 de octubre 505/2018 FJ Segundo *cit.*, STS del 15 de enero 128/2015 FJ Tercero, entre otras.

³⁰ SAP de Navarra de 19 de diciembre 273/2016 FJ Primero.

Finalmente, cabría plantearse la posibilidad de que la fractura de costillas pueda constituir también un delito del artículo 150, si bien, la jurisprudencia³¹ ha establecido que la producción de dicha fractura es subsumible en delito de lesiones ordinarias del artículo 147.1 CP.

En conclusión, podemos afirmar que esta acción constituye un delito de lesiones agravadas del artículo 148 CP.

Parece también posible que este delito se encontrase en concurso real con el artículo 173.2 pues a tenor del citado precepto *in fine*, que establece “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” entendemos que ambas actuaciones podrán ser sancionadas separadamente.

Sin embargo, esto conllevaría un problema, la vulneración del principio *non bis in idem*: no se puede sancionar dos veces la misma conducta cometida por el mismo sujeto en base al mismo fundamento.

El artículo 173.2 CP castiga al “que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge”. Además añade criterios sobre cómo apreciar dicha habitualidad (art. 173.3 CP):

1. “Se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados”. Hay dos vertientes interpretativas al respecto³²: jurídico-formal o criminológica-social. La primera, actualmente desfasada según Pérez Rivas, entiende que tiene que haber un número concreto de actos de violencia para que pueda considerarse este delito para evitar desigualdad y favorecer la seguridad jurídica; llegando a la conclusión de que han de ser tres³³. Mientras que por el contrario, la segunda, que es la utilizada a día de hoy, entiende que lo que hay que tener en cuenta es el

³¹ SAP de Madrid de 12 de noviembre 781/2018 FJ Tercero.

³² PÉREZ RIVAS, N., “La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)”, *Opinión Jurídica*, Vol. 15, Nº 30, 2016, p. 173

³³ Era apoyado jurisprudencialmente (STS 29 de abril 284/2009, STS 7 de junio 752/2004, STS 18 abril 662/2002, STS 19 de mayo 4062/2000...) confirmándose el apoyo incluso por el legislador en el artículo 161 del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992. Si bien, esta consideración se acabó descartando.

“clima de violencia y angustia” provocado por dicha repetición de actos; es decir, la posible convicción o no de que la víctima vive en un estado de agresión permanente³⁴.

Aplicado a nuestro caso, es indiferente una teoría u otra, puesto que en 35 años de matrimonio en los que sometió a Elena y a su hija a constantes maltratos, es evidente que se han producido más de 3 actos violentos y de que ha provocado un clima de violencia y angustia, por lo que queda patente que Diego ha cometido este delito.

2º “así como a la proximidad temporal de los mismos”. No hay acuerdo ni en la jurisprudencia ni en la doctrina a este respecto. Parece por tanto que debemos interpretar caso por caso, eso sí, nunca puede haber un lapso temporal excesivo entre un acto de violencia y otro de manera que no se mantenga dicho clima de tensión y angustia entre ambos actos. Por otro lado, sí que parece que a partir de los tres años ningún magistrado estima dicha habitualidad³⁵. Tampoco se entenderá habitualidad cuando la violencia se produzca en un período de tiempo muy reducido, debiendo entenderse en este caso como un mismo acto violento³⁶. Pese a que no podemos presumir que los actos de violencia realizados por Diego han sido próximos entre ellos, sí que sabemos con certeza que la agresión que estamos analizando fue la primera de otro acto violento muy cercano (apenas 6 días).

3º “con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo”. Este dato es importante en nuestro caso porque del relato de los hechos de la sentencia original se extrae que los maltratos los sufría tanto la madre como la hija.

4º “y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. Este párrafo ha resultado realmente controvertido dado que

³⁴ Teoría también apoyada jurisprudencialmente (STS de 8 de junio 962/2017 FJ Primero, STS de 27 de abril 305/2017 FJ Octavo, STS de 18 de marzo 458/2015 FJ Segundo...) e incluso por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003.

³⁵ PÉREZ RIVAS, N. (2016) *cit.* p. 180.

³⁶ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 427.

juzgar hechos incluso ya condenados en sentencia firme, parece vulnerar el principio *non bis in ídem*. Si bien, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado entiende que no se vulnera tal principio porque los bienes jurídicos tutelados son distintos, así, el bien jurídico protegido en el maltrato habitual es la integridad moral de la víctima mientras que el bien jurídico en el delito de lesiones es su integridad física o psíquica; por lo que sí que se pueden tener en cuenta actos ya juzgados a la hora de determinar la habitualidad (porque se entiende que no son hechos juzgados si no nuevos hechos). Además, los hechos sirven para constatar la actitud violenta del sujeto, no son juzgados como tal. Por otro lado, lo que no se puede es tomar estos hechos exclusivamente para analizar la comisión de este delito, si no que tienen que haberse producido nuevos actos violentos³⁷. Finalmente, lo que sí que no parece posible es tener en cuenta hechos juzgados con resultado de sentencia absolutoria firme, pues vulnerarían principios tales como el de cosa juzgada y de presunción de inocencia³⁸, pero, por el contrario, sí que podrán tenerse en cuenta actos juzgados con resultado de sentencia condenatoria así como actos prescritos e incluso declaraciones de la víctima sin necesidad de que existan condenas anteriores³⁹.

Por lo tanto, no habría problema en tener en cuenta posibles anteriores actos violentos cometidos por Diego y ya juzgados.

Si bien, pese a que este delito puede haber sido cometido por Diego, presenta un problema respecto del principio *non bis in ídem* por haberse ya tenido en cuenta la condición de esposa como agravante del artículo 148.4 CP. Parece que al ser ya un subtipo agravado por razón de género, se estaría penando a Diego dos veces por el mismo hecho si también se le atribuyese este delito. Así, la jurisprudencia⁴⁰ ya ha establecido a la hora de interpretar la pluralidad de sujetos pasivos del artículo 173.2 CP que dicha especialidad del sujeto pasivo como elemento específico del tipo es incompatible con la apreciación del parentesco como

³⁷ PÉREZ RIVAS N. (2016) *cit.* p. 181.

³⁸ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 428.

³⁹ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 428.

⁴⁰ SAP de Alicante de 4 de noviembre 660/2015 FJ Cuarto: ‘‘Esta relación parental no puede servir al mismo tiempo sin mengua del principio ‘‘non bis in ídem, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad’’. En la misma línea: SAP de Alicante de 18 de febrero 116/2015 FJ Cuarto y SAP de Alicante 5 de enero 2/2015 FJ Segundo.

agravante, por lo que entendemos que tampoco será posible aplicar la condición de esposa como agravante del artículo 148.

Por lo tanto sí que podría vulnerar el principio *non bis in ídem* en el caso de la circunstancia agravante de ser o haber sido esposa, pero también se está aplicando el artículo 148 por haber concurrido ensañamiento, por lo que, en tanto se entienda este delito en base al ensañamiento, se podrá penar a Diego por dicha conducta.

Procedemos con los elementos del tipo:

-Elementos descriptivos objetivos del delito de lesiones:

- Conducta típica: consiste en causar una lesión que menoscabe la integridad física o psíquica y que requiera objetivamente tratamiento médico o quirúrgico para su curación.

En cuanto a la relación entre la acción y el resultado típico, la acción de Diego (golpear a Elena) tiene que haber sido la causa del resultado (causarle tales lesiones).

Aplicando la teoría de la imputación objetiva (que es la que utiliza actualmente el Tribunal Supremo⁴¹) al caso que estamos tratando, se llega a la conclusión de que son los golpes los que han producido el resultado porque debido a ellos, se ha causado un elevado riesgo de producción de dicho resultado lesivo.

- Consumación: se entenderá consumado el delito en el instante en el que el sujeto pasivo resulte lesionado.
- Sujeto activo: "El que". Es decir, es genérico, puede cometerlo cualquier persona, no es un delito especial propio.
- Sujeto pasivo: "otro". De nuevo, puede ser cualquier persona.

⁴¹ STS de 26 de marzo 163/2019 FJ Trigésimo Segundo así como STS de 19 de febrero 105/2019 FJ Séptimo.

- Bien jurídico protegido: la integridad corporal y salud física o mental.

-Elementos descriptivos objetivos del delito de deformidad:

- Conducta típica: causar una deformidad. No podrá ser grave porque si no se subsumiría en otro tipo penal.
- Consumación: se entenderá consumado el delito al instante en el que el sujeto cause la deformidad.
- Sujeto activo: "El que", de nuevo, puede cometerlo cualquier persona.
- Sujeto pasivo: "otro", puede sufrirlo cualquier persona.
- Bien jurídico protegido: la integridad corporal y la salud física o mental.

-Elementos descriptivos objetivos del delito de maltrato habitual:

- Conducta típica: ejercer habitualmente violencia física o psíquica.
- Consumación: se entenderá consumada la acción en el momento en el que se llegue a producir el clima de tensión y agresividad anteriormente explicado.
- Sujeto activo: "El que". Si bien tiene que mantener una relación concreta con el sujeto pasivo (matrimonio, noviazgo, familiar...) por lo que es un tipo especial propio.
- Sujeto pasivo: las personas concretamente enumeradas en el apartado dos del artículo 173, por lo que es un tipo especial propio.

- Bien jurídico protegido: la integridad moral, la dignidad humana, el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos ni degradantes (es decir, el respeto al artículo 15 de la Constitución).

Finalmente, cabe mencionar que la conducta de Diego no es encuadrable en ningún supuesto de falta de tipicidad.

2.3 Antijuridicidad:

Una conducta es antijurídica cuando es contraria al ordenamiento jurídico. La antijuridicidad se puede clasificar en: formal, que entiende que una conducta es antijurídica cuando es contraria a Derecho, cuando contradice una determinada norma jurídica y material, que atiende al contenido de la antijuridicidad, supone una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico protegido. Esta lesión o puesta en peligro supone un desvalor del resultado, pero hay en tipos delictivos en los que se tiene en cuenta también un desvalor de la acción; es decir, que la conducta se lleve a cabo de una manera determinada⁴².

Aplicando esto al caso concreto, la conducta de Diego es antijurídica, pues es contraria a Derecho (en concreto constituye una infracción penal) y supone la lesión, un daño efectivo, a la integridad física como bien jurídico protegido.

Finalmente es preciso mencionar que la conducta de Diego no se subsume en ninguna causa de justificación.

2.4 Culpabilidad:

En este elemento jurídico del delito, que no debe confundirse con el principio de culpabilidad, se analizan las referencias personales del sujeto pasivo sobre un determinado hecho⁴³. El concepto de culpabilidad, desde el punto de vista normativo, es

⁴² Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*

⁴³ A esto se denomina principio del hecho.

el reproche que se dirige a la persona porque pudiendo y debiendo haber actuado de conformidad con el derecho, ha optado por llevar a cabo la acción antijurídica.⁴⁴ La estructura de la culpabilidad comprende:

2.4.1 Imputabilidad⁴⁵:

Es el presupuesto básico para que se pueda declarar culpable al sujeto. Supone la capacidad para haber actuado de un modo distinto; es decir, la capacidad para comprender si los actos que ha llevado a cabo son contrarios al ordenamiento jurídico y la capacidad de actuar conforme a esa comprensión. Dicha capacidad se tiene que analizar en el momento en el que el sujeto activo ha llevado a cabo el acto (a excepción de las *actiones liberae in causa*⁴⁶). Por lo tanto salvo que haya una causa de inimputabilidad, podemos establecer que Diego es imputable, pues podía haber actuado de otra manera y tenía capacidad para saber que no debía haber actuado.

Por otro lado, debemos comprobar si incurre en una causa de inimputabilidad: menoría de edad, alteraciones y anomalías físicas, trastorno mental transitorio, intoxicación plena y estados de plena inconsciencia⁴⁷. Es evidente que no concurren por lo que podemos establecer que Diego es imputable.

2.4.2 Formas de la culpabilidad: Dolo e imprudencia.

El dolo es el conocimiento de que se está cometiendo un delito y la voluntad de querer hacerlo. Es el objeto y fundamento de la culpabilidad según la corriente neoclásica, pues el resto de teorías entienden que se comprende dentro del tipo. El dolo tiene dos elementos: intelectual, el sujeto tiene que saber que está realizando un acto contrario al ordenamiento jurídico y volitivo, tiene que querer hacerlo.

⁴⁴ Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*

⁴⁵ Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*

⁴⁶ Donde el sujeto activo se pone, de forma dolosa o imprudente, en esa situación de inimputabilidad; lo que supondría que el sujeto fuera inimputable por lo que se corrige haciéndole imputable. (Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*)

⁴⁷ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 57

En cambio, la imprudencia es el reproche al sujeto porque pudiendo haberlo previsto o haber tomado las diligencias necesarias para prever y evitar el resultado, no lo hizo.

Por lo tanto, si hay dolo no puede haber imprudencia y viceversa, son incompatibles. Si bien, tiene que concurrir alguna de las dos para que haya delito⁴⁸ (pues si no, estaremos ante un caso fortuito⁴⁹ o un supuesto de error⁵⁰, donde falta el elemento de la culpabilidad y por lo tanto no hay delito, a excepción de algunos supuestos de error como los errores vencibles).

En el caso concreto que estamos analizando, el delito de lesiones, requiere dolo, que puede ser tanto directo como eventual (también se castiga la imprudencia pero en el artículo 152). Se requiere por tanto un conocimiento por parte del sujeto de que está causando una lesión y la voluntad e intencionalidad de causarla. Además, el sujeto activo no podrá tener intención de matar⁵¹ (pues ésta convertiría al tipo en un delito de homicidio en grado de tentativa) si no que deberá tener intención de lesionar⁵². Entendemos por tanto que Diego actuó con dolo directo, pues sabía que causar lesiones no está permitido por el ordenamiento jurídico y quería causarlas.

En cuanto el delito de maltrato habitual también requiere dolo, pero no un dolo específico (es decir, es independiente la finalidad que persiga el sujeto activo), siendo suficiente con un dolo genérico⁵³. Por lo tanto, es necesario que Diego haya realizado de forma consciente y voluntaria la acción prohibida sin que deba confundirse, según reiterada jurisprudencia “el propósito mediato o final del agente con el dolo”⁵⁴. Además, según la jurisprudencia⁵⁵, no es necesario que la intención del sujeto activo sea imponer su voluntad frente a la víctima. Si bien, lo que sí requiere la jurisprudencia es que la situación demuestre “la posición de dominio” del hombre frente a la mujer y no así una intención consciente de discriminación. En consecuencia, entendemos que en este caso Diego también actúa con dolo.

⁴⁸ Artículo 5 CP.

⁴⁹ El caso fortuito es la producción de un resultado de forma imprevisible e inevitable, por mero accidente.

⁵⁰ El error según la RAE es un “concepto equivocado o juicio falso”. Es decir es una representación mental equivocada de la realidad.

⁵¹ *Animus necandi*, al que nos remitiremos más adelante.

⁵² *Animus laedendi*.

⁵³ STSJ de Navarra de 21 de septiembre 81/2017, FJ Sexto.

⁵⁴ SAP de Navarra de 28 de septiembre 124/2018 FJ Segundo, SAP de Navarra de 5 de junio 66/2018 FJ Segundo, SAP de Navarra de 15 de mayo 46/2018 FJ Segundo.

⁵⁵ STSJ de Navarra de 21 de septiembre 81/2017, FJ Sexto, *cit.*

2.4.3 Elemento normativo:

Exigibilidad de otra conducta. Es un elemento imprescindible de la culpabilidad, por lo que en el caso de que no sea exigible otra conducta, no habrá delito. Así, dos son las causas de inexigibilidad o exculpación: miedo insuperable y estado de necesidad exculpante. La conducta de Diego no es subsumible en ninguna causa de exigibilidad.

En conclusión, la conducta de Diego también cumple con el elemento de la culpabilidad.

2.5 Punibilidad:

Es la efectiva asignación de la pena a un hecho típico, antijurídico y culpable. Si bien, realmente no puede ser considerado como un elemento más del delito, puesto que no guarda relación ni con lo injusto ni con la reprochabilidad personal de la conducta sino que obedece a razones de política criminal. Es decir, no afecta al hecho en sí, sino que es un juicio posterior de la procedencia de la imposición de la pena⁵⁶. Hay en ocasiones, en las que no es procedente aplicar la pena, pese a que sea un hecho típico, antijurídico y culpable, estas son las denominadas causas de exclusión de la punibilidad que no será preciso examinarlas pues no afectan de ningún modo al caso.

En conclusión, Diego ha cometido un delito de lesiones del artículo 148.4 del CP en concurso ideal con el artículo 150 por el que habrá de ser penado.

⁵⁶ ALASTUEY DOBÓN (2016) *cit.* p. 304

3. ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL DE LA AGRESIÓN SEXUAL COMETIDA EL DÍA 18/05/2018:

3.1 Acción:

Nos remitimos al desarrollo teórico ya explicado. Procedemos a analizar si la actuación realizada por Diego constituye una acción como elemento del delito:

Hay una actuación humana voluntaria que se exterioriza produciéndose un resultado a causa de dicha actuación, por lo que sí que hay acción.

Por último, establecer que es una acción y no una omisión pues Diego realiza un movimiento corporal, no es que omita una conducta debida.

3. 2 Tipicidad:

De nuevo, nos remitimos a la teoría ya desarrollada en el anterior delito. A continuación procedemos a comprobar si la acción realizada por Diego es típica: en primer lugar habrá que averiguar si la conducta realizada por Diego se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico. En efecto, el artículo 178 CP establece:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual...”

Además, habrá de ser analizado junto con el artículo 179 CP, que establece:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación...”

Observamos que tres son los requisitos básicos para que se produzca el delito de violación:

1º Atentar contra la libertad sexual de una persona.

Debe constar la voluntad inequívoca de la víctima contraria al acto sexual, si bien, esto no significa que requiera resistencia de la misma e incluso la pasividad de ésta no excluirá la tipicidad cuando la resistencia aparece como inútil o el temor la inhibe⁵⁷. Así, la jurisprudencia ha establecido que la resistencia de la víctima es innecesaria en el caso del autor ejerza una intimidación o violencia suficiente, ‘‘pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta’’⁵⁸.

Dicho esto, entendemos que pese que Elena tras revolverse inicialmente acabase cesando en su resistencia, se entiende que la víctima dejó de un modo claro su voluntad contraria a tal acto, por lo que se cumple este requisito.

2º Emplear violencia o intimidación.

En cuanto a la violencia, ésta debe evaluarse atendiendo al conjunto de circunstancias que rodean al hecho⁵⁹. Por otro lado, la jurisprudencia también ha establecido que es suficiente con que la situación esté dominada por el acusado para que sea apreciable esa violencia o intimidación que requiere la apreciación de este delito⁶⁰. Además, tiene que haber entre la violencia y la acción sexual ejecutada una conexión causal, de modo que pueda afirmarse que la primera se ha producido como consecuencia de la segunda.

En cuanto a la intimidación, ésta consiste en la amenaza o exteriorización de palabra o de obra de causar un mal injusto, posible, irreparable y presente que infunde el miedo en la víctima produciéndole una inhibición de voluntad ante el temor de sufrir un daño mayor que la misma entrega⁶¹. No se exige que la intimidación sea irresistible para la víctima⁶², pero sí que tendrá que ser de suficiente entidad como para producir el efecto de entrega

⁵⁷ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 480

⁵⁸ STS de 24 de mayo 782/2018 FJ Segundo, SAP de Navarra de 20 de marzo 38/2018 FJ Cuarto (Caso ‘‘La Manada’’), STS de 15 de diciembre 953/2016 FJ Séptimo, entre otras.

⁵⁹ CARPERI (2019) *cit.*

⁶⁰ SAP de Madrid de 16 de octubre 731/2018 FJ Primero, SAP de Zaragoza de 25 de abril 185/2018 FJ Primero, entre otras.

⁶¹ CARPERI (2019) *cit.*

⁶² SAP de Navarra de 20 de marzo 38/2018 FJ Cuarto, *cit.*

de la víctima y, además, igual que en el caso de la violencia, tendrá que haber una relación causal entre la intimidación y la agresión sexual.

Conforme a lo expuesto, podemos afirmar que hubo intimidación en las actuaciones de Diego, porque el hecho de propinarla reiterados golpes con anterioridad a la agresión deja a la víctima un miedo real y posible de que si no se entrega, esos golpes podrían continuar o incluso empeorar. Por lo tanto, la acción de Diego también cumple con dicho requisito.

3º Acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal o introducir miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías: este requisito en concreto, pese a que ha que su dicción literal ha planteado cuestiones en cuanto a situaciones como ser accedido en vez de acceder, el denominado beso sexual o la imposición de mantener contacto sexual con animales⁶³, nuestro caso no deja lugar a dudas, Elena es accedida carnalmente por vía vaginal por parte de Diego.

Por otro lado, podríamos plantearnos también la comisión del subtipo agravado de violación del artículo 180 CP cuyo apartado uno establece que se agravará la pena “cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”.

La jurisprudencia ya ha establecido que el carácter degradante o vejatorio no debe analizarse desde la agresión sexual (que ya tiene un carácter degradante o vejatorio en sí) si no, analizando la violencia o intimidación⁶⁴. Es decir, entendemos que al establecer el tenor literal del precepto la expresión “particularmente”, tiene que haber una humillación mayor que la propia agresión sexual. Por tanto para poder agravar la violación tiene que haber “un particular grado de brutalidad, degradación o vejación superior al inherente al hecho mismo”⁶⁵ relativo al “modus operandi” que será valorado en cada caso por el tribunal en el momento de individualizar la pena.

⁶³ Por otro lado, todas ellas rechazadas (GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 488).

⁶⁴ SAP de Tarragona de 15 de septiembre 407/2017 FJ Tercero.

⁶⁵ SAP de Sevilla de 31 de enero 27/2019 FJ Primero, STS de 5 de febrero 62/2018 FJ Séptimo, SAP de Tarragona de 29 de junio 237/2018 FJ Segundo.

Atendiendo a las circunstancias concretas de diferentes casos analizados⁶⁶, el tribunal no ha apreciado la agravante del artículo 180.1 en situaciones tales como propinar a la víctima varias descargas eléctricas en el cuerpo, golpearle la cabeza contra la pared, agarrarle fuertemente del cabello, introducir la mano entera en su vagina o sumergirle la cabeza en el agua. Por lo tanto (pese a que discrepamos enormemente de las valoraciones realizadas por los tribunales⁶⁷), si ni siquiera en estos casos extremos se aprecia tal carácter degradante o vejatorio, menos aún se apreciará en supuestos como el de Diego, pese a que le haya inmovilizado fuertemente los brazos o producido una fractura costal por la presión realizada en esa zona.

Si bien, cabe también hacer referencia a sentencias⁶⁸ en las que el tribunal ha entendido las felaciones impuestas por la fuerza como particularmente degradante o vejatorio, lo que resulta completamente opuesto a las otras sentencias mencionadas. Se observa por tanto la discrecionalidad del juzgador a la hora de valorar este agravante. Sin embargo, pese a la existencia de este tipo de sentencias, la mayoría resuelven de forma análoga al párrafo anterior, por lo que debemos concluir la no apreciación de esta agravante en la agresión cometida por Diego.

Por lo tanto, la actuación realizada por Diego constituye un tipo delictivo de violación del artículo 179.

Nos planteamos por otro lado el concurso ideal de éste delito con el de lesiones pues Elena presenta hematomas en muñecas y muslos junto con rotura parcial de fibras musculares de los abductores de las piernas, fractura costal y desgarró vaginal. El problema reside en la posible absorción del delito de lesiones en el delito de violación:

⁶⁶ SAP de Tarragona de 15 de septiembre 407/2017 FJ Tercero *cit.*, SAP de Córdoba de 8 de febrero 51/2016 FJ Cuarto o SAP de Lleida de 10 de marzo 72/2014 FJ Cuarto, entre otras.

⁶⁷ Pues si la jurisprudencia entiende que para analizar estos casos se tiene que atender a un particular grado de violencia o intimidación mayor a la propia agresión sexual y en estos casos, dotados de un carácter vejatorio, humillante y agresivo, ni siquiera se aprecia tal agravante, ¿qué tipo de atrocidades tiene que llegar a cometer el agresor para que se considere vejatorio o degradante? Además, este tipo de valoraciones puede llegar a suponer penas injustas, pues, pese a que todas las conductas delictivas tengan un rango de penas (y esto pueda ayudar algo a evitar tal injusticia), una persona que cometa una agresión sin ningún tipo de trato degradante aparte del propio de la agresión y otra que sí que lo haga, tendrán penas realmente similares cuando la gravedad de los actos varía inmensamente.

⁶⁸ SAP de Sevilla de 23 de enero 22/2015 FJ Cuarto.

Al establecer la dicción literal del artículo 178 “utilizando violencia o intimidación” se entiende que las lesiones son el resultado de esa agresión sexual violenta⁶⁹. Por lo tanto, de castigarse las lesiones como delito independiente, la agresión quedaría reducida a la regulada en el artículo 181, es decir, sin violencia o intimidación. La jurisprudencia es seguidora de esta interpretación si bien, diferenciando de la violencia necesaria para cometer la agresión sexual y la que se puede considerar autónoma. Así, el Tribunal Supremo⁷⁰ ha establecido que se producirá la absorción del delito de lesiones en el delito de agresión sexual cuando las lesiones puedan ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, mientras que habrá concurso de delitos cuando el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física, siendo consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, exceda de la correspondiente al concreto hecho de la agresión por no ser indispensable para la comisión del delito contra la libertad sexual. Por lo tanto cuando la agresión física que acompaña al ataque a la libertad sexual conforma un todo con él, sin que exista una violencia adicional a la sexual empleada; es decir cuando se trata de la violencia imprescindible para conseguir la penetración, se debe entender absorbido el delito de lesiones en el de agresión sexual⁷¹. Sólo cuando se producen lesiones deliberadas y adicionales como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, o cuando se ocasionan con anterioridad al ataque a la libertad sexual, procede sancionar ambas acciones por separado, ya que el desvalor del resultado realmente producido supera el desvalor del delito más grave⁷².

No obstante, como bien establece la jurisprudencia, el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que los ataques a la salud y a la integridad corporal, protegidos por el tipo de lesiones, no son elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Y es que, este es nuestro punto de partida para afirmar que las lesiones no deben absorberse por el delito de violación.

⁶⁹ De hecho, el Tribunal Supremo, en su sentencia del 30 de noviembre 786/2017 FJ Cuarto recalca que “El delito de agresión sexual es un delito compuesto, de una violencia o intimidación y la realización de un acto de contenido sexual”.

⁷⁰ STS de 17 de enero 13/2019 FJ Segundo, STS de 24 de octubre 501/2018 FJ Tercero, STS de 5 de febrero 62/2018 FJ Octavo, entre otras.

⁷¹ SAP de Islas Baleares de 9 de mayo 48/2018 FJ Quinto, SAP de Madrid de 31 de enero 56/2018 FJ Primero, entre otras.

⁷² STS de 17 de enero 13/2019 FJ Segundo cit., STS de 24 de octubre 501/2018 FJ Tercero cit., STS de 5 de febrero 62/2018 FJ Octavo cit., STS de 30 de noviembre 786/2017 FJ Cuarto, entre otras.

-En primer lugar, la violencia no conlleva necesariamente causar lesión. El legislador no requiere como elemento específico del tipo una lesión, sino una violencia o intimidación y una agresión sexual, y en atención a ello está impuesta la pena; si el legislador hubiera querido castigar las lesiones producidas por la agresión sexual junto con ésta, lo habría especificado en el tipo y habría puesto una pena correspondiente a esto. De hecho, si nos paramos a analizar detenidamente las penas, no serían justas si se mantiene la absorción en muchos casos:

Así, imaginémosnos que X, con intención de realizar tocamientos a Y, la intenta someter agarrándola pero reparara en que va a resultar imposible cometer la agresión si no la consigue asustar lo suficiente, por lo que la pega un puñetazo en la cara lo que le causa la pérdida de dos piezas dentarias visibles y la desviación del tabique nasal con su correspondiente fractura de los huesos de la nariz. Gracias a ello consigue cometer los tocamientos.

En el caso de que tribunal entendiese consumidas las lesiones en la agresión (por considerar que sin ellas no se habría producido la agresión sexual y que por lo tanto son necesarias), condenaría a X por un delito de agresión de 1 a 5 años y por lo tanto las deformidades leves no serían sancionadas, cuya pena es realmente mayor: de 3 a 6 años. Esto en caso de que X no hubiera cometido una deformidad mayor (por ejemplo porque la desviación de la nariz no se considere leve sino una deformidad grave dada el aspecto físico en que deja a Y), en cuyo caso se estarían dejando de castigar las deformidades del artículo 149 cuya sanción es de 6 a 12 años.

Esto no supone sólo el problema de la injusticia, si no que dejan de tener efectividad la prevención general⁷³ y prevención especial⁷⁴ del Derecho Penal, pues si la sociedad observa que se obtiene la misma pena en una agresión ejerciendo tal violencia que ejerciendo una menor, optaran por la mayor, para poder someter a la víctima con más facilidad y X, cuando vuelva a cometer una agresión sexual, no se sentirá amenazado por la sanción y optará por ejercer una violencia mayor.

⁷³ Comprende una vertiente negativa, que entiende que las penas permiten disuadir a la sociedad de cometer un delito (impulsada por Von Feuerbach), así como una positiva, que entiende que al ser castigadas las penas, se está cumpliendo el ordenamiento jurídico y otorga confianza en la seguridad jurídica y en el funcionamiento del sistema (impulsada por Günther Jakobs). (Apuntes privados de Gallego (2016) *cit.*)

⁷⁴ Que entiende que el objetivo de la pena es evitar que el autor de un delito vuelva a delinquir en el futuro. Fue impulsada por Franz Von Liszt. (Apuntes privados de Gallego (2016) *cit.*)

-En segundo lugar, entendemos que se están causando dos resultados distintos: un resultado de lesiones y un resultado de agresión sexual. Ambos tienen bienes jurídicos protegidos muy diferentes: el delito de lesiones protege la integridad física mientras que el de violación protege la libertad sexual, si dejamos de penar las lesiones, quedaría desprotegido el bien jurídico de integridad física. Así, la jurisprudencia⁷⁵ ha establecido que en el caso de que se produzcan lesiones, “el tipo penal de la agresión sexual no recoge la antijuridicidad de la conducta pues si sólo aplicáramos la sanción del delito de agresión sexual quedarían sin penar las lesiones ocasionadas. Sólo castigando por las dos infracciones quedará suficientemente penado el hecho”.

Por lo tanto, al causarse dos resultados ilícitos distintos con un mismo hecho, dicha actuación constituye un concurso ideal de delitos y no la consunción. El principio de consunción recogido en el artículo 8.3 del Código Penal establece: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 3ºEl precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”. Si bien esto es un precepto subsidiario que se deberá aplicar en el caso de que, como bien establece el artículo, los supuestos no se hallen comprendidos en los artículos 73 a 77. Pero como, el artículo 77 establece las reglas de aplicación para el caso en el que “un solo hecho constituya dos o más delitos”, será este el precepto aplicable y no se deberá utilizar el principio de consunción. De hecho, la jurisprudencia⁷⁶ ha establecido que en “estos casos, para distinguir el concurso ideal del art. 77 y el de normas del art. 8, ha de utilizarse el criterio siguiente: si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad penal del hecho, nos encontraremos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estaremos ante un concurso ideal”. Como en estos casos esa antijuridicidad no se está abarcando porque el precepto no está castigando las lesiones sino las agresiones sexuales, siempre nos encontraríamos ante un concurso ideal.

⁷⁵ STS de 24 de octubre 501/2018 FJ Tercero. *cit.*

⁷⁶ STS de 24 de octubre 501/2018 FJ Tercero. *cit.*

Además, al castigar al autor por la comisión de dos resultados distintos, no se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*, pues éste opera en el caso de que se esté sancionando por un mismo fundamento, y en este caso habría dos fundamentos distintos: un ataque contra la integridad física y un ataque contra la libertad sexual (pues pese a que éste último ha de cometerse con violencia o intimidación, esto no implica directamente atacar la integridad física, no es un elemento indispensable del delito).

En conclusión, entendemos que en estos casos no es correcto que las lesiones queden absorbidas por el delito de agresión sexual por lo que Diego debería ser sancionado por el delito de lesiones en concurso ideal con el delito de violación. Si bien, esto es una consideración personal no amparada por la jurisprudencia, que, por el contrario en la mayoría de las ocasiones, atendiendo a las circunstancias del hecho entiende que son supuestos subsumibles dentro del principio de consunción⁷⁷, siendo sólo en ciertos casos, cuando las lesiones exceden de lo que consideran “necesario” para cometer la agresión, que han admitido sancionar ambos resultados por separado⁷⁸.

A continuación procederemos con los elementos del tipo de violación:

- Conducta típica: podemos distinguir dos acciones diferenciadas, por un lado, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal y por otro la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal. En ambos casos será precisa la violencia o intimidación, pues es un elemento específico del tipo.
- Consumación⁷⁹: la consumación se produce por la unión de los miembros⁸⁰, independientemente de que la introducción del pene en la vagina sea completa o incompleta⁸¹.

⁷⁷ STS de 5 de febrero 113/2019 FJ Tercero, STSJ de Cataluña de 4 de febrero 19/2019 FJ Tercero, SAP de Madrid de 31 de enero 56/2018 FJ Primero cit, STS de 24 de mayo 442/2016 FJ Cuarto, STS de 3 de diciembre 794/2015 FJ Cuarto, entre muchas otras.

⁷⁸ STS de 19 de octubre 687/2017 FJ Cuarto, STS de 9 de abril 528/2015 FJ Único.

⁷⁹ CARPERI (2019) *cit.*

⁸⁰ “*Conjunctio membrorum*”

⁸¹ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 490. En la misma línea: SAP de Castellón de 12 de mayo 182/2017 FJ Primero.

Además la expresión “acceso carnal” en la violación vaginal, no significa que ésta tenga que ser necesariamente vaginal en sentido anatómico, considerándose consumado el delito desde que la penetración ha superado el umbral del “*labium majus*”, y con mayor razón si ha llegado al “*labium minus*”, aunque no haya traspasado la zona vestibular o el introito vaginal.

- Sujeto activo: el Tribunal Supremo⁸² ha establecido que nada impide entender que, al igual que el coito es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo.
- Sujeto pasivo⁸³: en cualquier situación puede ser la mujer, y el varón podrá serlo en la penetración bucal o anal. Si bien, no pueden serlo los menores de 13 años, cuyo ataque se regirá por el artículo 183.2 CP.
- Bien jurídico protegido: libertad sexual. Posee dos sentidos⁸⁴: positivo, entendido como el libre ejercicio de la libertad sexual respetando eso sí, la libertad ajena y negativo, entendido como la facultad de no verse involucrado en conductas de contenido sexual.

Finalmente es preciso mencionar que la conducta de Diego no es subsumible en ninguno de los supuestos de falta de tipicidad.

Por lo tanto, la conducta de Diego es típica.

3.3 Antijuricidad:

En cuanto a la doctrina, nos remitimos a lo anteriormente explicado en el delito de lesiones. Por otro lado cabe mencionar que la conducta de Diego es antijurídica, pues es

⁸² STS de 10 de octubre 449/2018 FJ Segundo así como STS de 6 de julio 340/2018 FJ Quinto.

⁸³ CARPERI (2019) *cit.*

⁸⁴ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 475.

contraria Derecho y consiste en un ataque contra el bien jurídico protegido de la libertad sexual.

Por otro lado, la conducta de Diego no se encuentra subsumida en ninguna causa de justificación.

Por lo tanto, la conducta de Diego es antijurídica.

3.4 Culpabilidad:

Nos remitimos a la explicación teórica dada en el delito de lesiones. Conforme a la estructura de la culpabilidad habrá que examinar si la conducta de Diego es culpable:

3.4.1 Imputabilidad:

Diego podía haber actuado de otra manera y tenía capacidad para saber que es un acto que no debe realizar. Por otro lado, no concurre ninguna causa de inimputabilidad.

Por lo tanto, la conducta de Diego es imputable.

3.4.2 Formas de la culpabilidad:

La conducta de Diego es dolosa, pues conocía el significado de sus actos y quería realizarlos. Además, es dolo directo, Diego quería realizar la conducta.

En cuanto a la existencia de un '*animus libidinoso*'⁸⁵ entendemos que en este caso particular, no se prueba que Diego presentase tan *animus* pues en ella sólo se menciona la intención de humillar a Elena, por lo tanto no podremos presumirlo. Sin embargo, consideramos que no es necesario tal *animus*, sino que basta con el conocimiento por parte del autor del carácter sexual de la acción realizada y de los

⁸⁵ Intención de despertar sexualidad ajena o satisfacer deseos sexuales propios.

elementos objetivos del tipo delictivo consistentes en la ausencia del consentimiento del sujeto pasivo, debido a que admitir la necesidad de dicho *animus* dejaría en manos del intérprete la aplicación del tipo que por otro lado supondría grandes dificultades probatorias, pues no es algo que siempre se exteriorice y, además, lo que se está castigando es el atentado contra la libertad sexual de la víctima, independientemente de la intencionalidad del sujeto.⁸⁶

3.4.3 Elemento normativo:

Evidentemente, a Diego se le exige la realización de otra conducta y, además, no concurre ninguna causa de exculpación.

Por lo tanto, la conducta de Diego es culpable.

3.5 Punibilidad:

Como ya hemos mencionado en el anterior delito, Diego es un ciudadano que no entra dentro de las causas de exclusión de la punibilidad, por lo tanto, su conducta será punible.

En conclusión, Diego ha cometido un delito de violación del artículo 179 del Código Penal y habrá de ser penado por ello.

4. CALIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL SUCESO OCURRIDO EL 28/05/2018

Recordemos que el día 28/05/2018 Elena golpeó con intención de matar con una mancuerna a su esposo obteniendo el resultado deseado. Procedemos a analizar si dicha

⁸⁶ GÓMEZ TOMILLO (2015) *cit.* p. 483.

conducta queda subsumida en algún tipo penal y si cumple con todos los elementos del delito:

4.1 Acción:

En cuanto al desarrollo teórico del concepto de acción, nos remitimos a lo expresado en el delito de lesiones. Procedemos a analizar si la actuación realizada constituye una acción como elemento del delito: es evidente que hay una actuación humana, pues Elena realiza voluntariamente dichos movimientos y que además se exteriorizan. Asimismo, se produce el resultado de muerte de Diego y hay una relación de causalidad entre la actuación realizada por Elena y el resultado de muerte. Por último, establecer que es una acción y no una omisión.

4.2 Tipicidad:

Nos remitimos a la doctrina establecida en el delito de lesiones. A continuación procedemos a comprobar si la acción realizada por Elena es típica: en primer lugar, esta se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico, en concreto en el artículo 139.1 1ª CP, que dice así:

''1. Será castigado...como reo de asesinato, el que matare a otro...'' : ''1.ª Con alevosía.''

Como podemos ver, dos son los requisitos para cometer este delito:

1º. Privar de vida a otro: esta afirmación no ofrece ninguna duda, y menos en nuestro caso, resulta evidente que Elena ha matado a Diego.

2º Realizarlo concurriendo alguna de las circunstancias que aparecen en el artículo, en nuestro caso particular, con alevosía: el asesinato es realmente una forma agravada del homicidio.

La alevosía también está prevista en el código como agravante genérica en su artículo 22.1ª, pero en el artículo 139 que estamos analizando, es un elemento constitutivo del

delito (si en este caso no hubiera habido alevosía, la muerte de Diego sería un homicidio y no un asesinato). Es decir, es un elemento esencial y no accidental, por lo que no podrá apreciarse en este caso además de como elemento cualificador, como agravante⁸⁷.

El artículo 22.1ª del Código Penal establece que hay alevosía “cuando el culpable...emplea en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.”

Es decir, volvemos a tener dos requisitos⁸⁸:

1º Un requisito objetivo: utilizar determinados medios, modos o formas que sirvan para asegurar la acción.

2º Un requisito teleológico o tendencial: utilizar dichos medios con una doble finalidad, en primer lugar asegurar el resultado (en nuestro caso, de muerte) y además, evitar el riesgo que pudiera derivarse de la defensa de la víctima. Por otro lado, no se requiere ninguna otra motivación especial, ni que el autor busque esta circunstancia, es suficiente con que el autor “se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima⁸⁹”.

En la conducta de Elena, concurren los dos requisitos, pues ésta aprovecha el hecho de que su marido se encuentre tumbado en la cama (elemento objetivo) con la intención de facilitar el resultado de muerte y de evitar la defensa de Diego, que estaba desprevenido (elemento subjetivo).

Además, esta forma de comisión: aprovechar la situación de confianza y de seguridad de la víctima al encontrarse en su casa con su pareja, ha sido calificada específicamente por la jurisprudencia⁹⁰ como un tipo concreto de alevosía, la llamada alevosía convivencial.

⁸⁷ CARPERI (2019) *cit.*

⁸⁸ CARPERI (2019) *cit.*

⁸⁹ STS de 14 de marzo 161/2017 FJ Quinto *cit.* y STS de 11 de octubre 750/2016 FJ Séptimo.

⁹⁰ STS de 14 de marzo 161/2017 FJ Quinto *cit.* y STS de 31 de enero 39/2017 FJ Segundo

El tribunal supremo⁹¹ ha establecido que es una "alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día." Es decir, el sujeto pasivo, en este caso Diego, se encuentra desprevenido y tranquilo al encontrarse en el hogar familiar y es ésta la circunstancia que aprovecha el autor, Elena, para facilitar la comisión del hecho delictivo.

Si bien, conforme a Larrauri⁹² entendemos que en casos como el que estamos tratando, donde la mujer tiene infinitamente menos fuerza que el hombre y además sabe, por la experiencia de otras ocasiones, de lo que es capaz su marido; que Elena no tiene ninguna otra posibilidad de matar a su marido sino es esperando a que éste esté distraído, de tal manera que si no cometiera alevosía no podría realizar el delito. Por lo tanto, la aplicación de la alevosía en este tipo de circunstancias implica el castigo agravado de la mujer por utilizar un medio indispensable para poder realizar el tipo básico⁹³. Lo que resulta, en nuestra opinión, realmente injusto.

Elementos objetivos del tipo de asesinato:

- Conducta típica: "Matar a otro" concurriendo alguna de las circunstancias que el propio tipo menciona.

En cuanto a la relación entre la acción y el resultado típico, la acción de Elena, propinar golpes con la mancuerna a Diego, tiene que haber causado el resultado de muerte de Diego. En base a la ya mentada teoría de la imputación objetiva, los golpes de Elena han causado un riesgo no permitido para la producción del resultado muerte y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se ha producido. Por consiguiente, se cumple relación de causalidad requerida.

⁹¹ STS de 31 de enero 39/2017 FJ Segundo *cit.*

⁹² LARRAURI E., "Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica", B de FLtda., Montevideo, 2008, p.26. En la misma línea: Correa Flórez M. que tilda de "contradicción en sí misma" a la conducta alevosa justificada (Correa Flórez M. "Legítima defensa en situaciones de confrontación: La muerte del tirano en casa", Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016, p. 383).

⁹³ "ya que se aprecian como agravantes actos intrínsecos en la mera posibilidad de realizar los hechos. La forma necesaria para matar da lugar automáticamente a la apreciación de la forma agravada": LARRAURI (2008) *cit.* p. 49

- Consumación: el delito se consuma desde el momento que se produce la muerte, pues es un delito de resultado, si bien cabe la tentativa, que será castigada con otra pena.
- Sujeto activo: puede serlo cualquier persona, es genérico, no es un delito especial propio.
- Sujeto pasivo⁹⁴: también puede serlo cualquier persona salvo el propio sujeto activo (el suicidio no es punible) y los sujetos pasivos que ya constituyan un delito específico como el Rey (artículo 485 CP) o el Jefe de Estado extranjero (artículo 605) entre otros.
- Bien jurídico protegido: la vida como derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución Española.

Por último, la conducta de Elena no encaja en ningún supuesto de falta de tipicidad.

En consecuencia, es típica.

4.3 Antijuricidad:

Nos remitimos al desarrollo teórico ya explicado.

En principio, la conducta de Elena podría considerarse antijurídica, pues es contraria Derecho y atenta contra el bien jurídico protegido vida.

Sin embargo, habrá que analizar si en la conducta de Elena concurre alguna causa de justificación:

⁹⁴ CARPERI (2019) *cit.*

- Legítima defensa:

El artículo 20.4 CP establece que estará exento de responsabilidad criminal:

“ 4º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: “

1. “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.”

Es una exigencia fundamental en la legítima defensa. Por agresión ilegítima se entiende todo ataque real o grave, inmotivado, imprevisto, injusto, directo, actual o inminente que tiende a poner en peligro o a lesionar intereses jurídicamente protegidos como su vida, integridad física o bienes o derechos que le pertenezcan o le sean insitos⁹⁵. El hecho de que se requiera que sea actual o inminente tiene su razón en que la defensa del sujeto está justificada por la necesidad de impedir o repeler una agresión, por lo que sólo puede lograrse si ésta no se ha consumado (pues si esta se ha consumado se considera venganza)⁹⁶. Asimismo, la agresión debe provenir siempre de un ser humano, pues la defensa ante ataques producidos por animales o fenómenos de la naturaleza se subsume normalmente dentro del estado de necesidad⁹⁷. Por otro lado, no es necesario que la agresión sea típica. Además, el ataque tiene que ser real, pues si un individuo lesiona otro bien jurídico creyendo erróneamente que él está siendo atacado, afectará al aspecto intelectual del dolo y será un supuesto de error, pero no una causa de justificación⁹⁸ (legítima defensa putativa a la que posteriormente nos remitiremos).

⁹⁵ SAP de Asturias de 18 de septiembre 395/2018 Cuarto.

⁹⁶ CARPERI (2019) *cit.*

⁹⁷ Molina Fernández, F., “La legítima defensa del Derecho Penal”, Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 25, 2012 p. 26.

⁹⁸ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 114

2. ‘Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.’

Distinguimos por tanto dos requisitos⁹⁹:

- Necesidad de la defensa: en primer lugar, ésta tiene que ser contemporánea a la agresión. Se entiende que comienza la agresión con el peligro inminente de que se produzca, sin que sea preciso esperar a que haya comenzado la lesión del bien jurídico y cesa cuando termina o se ha consumado. Por lo tanto la defensa será necesaria desde el peligro inminente de la agresión hasta que esta cese y no en un momento ni anterior ni posterior. Por otro lado, la necesidad de la defensa implica que sin ella sea inevitable la agresión.

 - Racionalidad del medio empleado: por medio se entiende tanto el medio en sí como la medida en que son empleados. La racionalidad del medio empleado habrá de ser interpretada caso por caso, dependiendo de los medios disponibles por el sujeto que se está defendiendo. Es decir, se entenderá racional el medio menos gravoso o lesivo, pero suficiente para repeler o impedir la agresión¹⁰⁰. En cuanto a la medida, tiene que ser adecuada a la agresión, para cuyo análisis habrá que atender a las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana¹⁰¹.
3. ‘Falta de provocación suficiente por parte del defensor’: por provocación se entiende al hostigamiento o incitación que lleva a que la agresión ilegítima se produzca casi de forma inevitable¹⁰². Habrá que atender a las circunstancias concretas del caso para apreciar si concurre o no este requisito analizando si ha sido adecuada y proporcionada a la agresión que de ella nació y si es próxima e inmediata¹⁰³.
4. Por último, pese a que no se encuentre expresamente regulado, también se requiere un elemento subjetivo: ‘*animus defendi*’. Es decir, la legítima defensa

⁹⁹ CARPERI (2019) *cit.*

¹⁰⁰ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 115

¹⁰¹ STS de 25 de febrero 86/2015 FJ Tercero.

¹⁰² GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 116

¹⁰³ CARPERI (2019) *cit.*

tiene que llevarse a cabo con la intención de defenderse. En el caso de que este elemento no concurra pero el resto de los requisitos se encuentren presentes, la doctrina¹⁰⁴ entiende que corresponde castigar al autor por una tentativa inidónea punible debido a que sólo está presente el desvalor de la acción, ya que el resultado es aceptado por el Derecho.

El problema para apreciar la legítima defensa en el caso que estamos tratando es que Elena no está siendo agredida ni actual ni inminentemente, que esta agresión no se considera real, que el medio empleado puede resultar excesivo y que se entiende que tiene una intención de matar, y no de defenderse de un mal:

1º En cuanto al problema de la actualidad o inminencia de la agresión, se entiende que si no es actual, no puede ser legítima defensa pues constituye un exceso extensivo. La agresión es actual desde el momento en que empieza a desarrollarse el proceso que desembocará en una lesión¹⁰⁵ con lo cual, al ser el delito de violencia habitual un delito permanente, si entendemos que el delito empezó en el momento en el que se realizó el primer acto de violencia y que aún no ha acabado, podríamos considerar dicha agresión como actual.

Asimismo, es preciso recalcar que, pese a que conforme a lo anterior entendemos que sí se da el requisito de actualidad, dicho requisito no está comprendido en el Código Penal sino que se deriva de la necesidad de defensa¹⁰⁶, por lo tanto entendemos que en caso de que se pruebe como necesaria la defensa, no parece necesario exigir además tal requisito de actualidad.

Por otro lado, en caso de que pese a lo argumentado en el primer párrafo de este apartado, se siguiese considerando una agresión no actual, la doctrina ha establecido que “excepcionalmente puede haber casos en los que sea lícito anticipar la respuesta porque la demora implique un alto riesgo de que la defensa sea entonces ineficaz”¹⁰⁷. Entendemos que en casos como el nuestro, en los que hay una violencia habitual donde la agresividad de la violencia va en aumento, resultando las dos últimas palizas

¹⁰⁴ Molina Fernández, F., (2012) *cit.* pp. 43-44

¹⁰⁵ Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 30

¹⁰⁶ Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 29

¹⁰⁷ Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 30

excesivamente violentas y crueles y donde además ya ha habido amenazas con la muerte; sí que pueden entrar dentro del concepto de estos “casos excepcionales” y que sí se puede considerar necesario anticipar la respuesta pues probablemente cuando dicha agresión pase, será inevitable (hay que tener en cuenta que en el instante de la agresión, al ser normalmente la víctima menos corpulenta, es prácticamente imposible evitar el resultado deseado por el agresor).

Además, de conformidad con lo anterior, también hay que tener en cuenta que en las situaciones de violencia habitual, debido a la reiteración de los malos tratos, la mujer aprende a prever los episodios violentos, pues reconoce los “síntomas” que les preceden, lo que permite entender que, pese a que no se está produciendo un ataque en esos momentos, la mujer sabe que ese ataque se va a producir de un momento a otro. Es decir, a la hora de valorar el requisito de inminencia, hay que tener en cuenta dentro de las circunstancias del hecho, los conocimientos especiales que tiene la mujer en estas situaciones¹⁰⁸.

Finalmente, resulta interesante resaltar la crítica que hace Larrauri¹⁰⁹ a la exigencia de actualidad de la legítima defensa argumentando que ésta está pensada desde la óptica masculina (hombre vs. hombre) pues normalmente la mujer no puede defenderse contra un hombre en el instante que es atacada debiendo esperar a que cese el ataque el hombre, aunque sea momentáneamente¹¹⁰. Debido a esto, si se aplicase la exigencia de la actualidad sin atender a las circunstancias concretas del hecho, la legítima defensa sería prácticamente inaplicable en las situaciones en las que cualquier persona vulnerable se defiende otra más fuerte, incluidos los casos en los que la mujer se defiende del marido que la maltrata.

Por otro lado, en el hipotético caso de que lo anteriormente explicado no permitiese argumentar la actualidad de la agresión podríamos acudir al estado de necesidad que trataremos más adelante.

¹⁰⁸ “La mujer que ha sido repetidamente maltratada por su marido, está en disposición de asegurar que le ha dicho que cuando se despierte “ya hablaremos”, sabe perfectamente el alcance de esta expresión”: LARRAURI (2008) *cit.* p. 53 y p. 59

¹⁰⁹ LARRAURI (2008) *cit.* p. 27 y p.56

¹¹⁰ Entendemos que Larrauri se refiere a hombres de características físicas similares.

2º En cuanto al problema de que la agresión sea real resulta íntimamente relacionado con la actualidad o inminencia. A nuestro parecer, no es que no haya una agresión real (pues Elena ha sufrido numerosas lesiones que han resultado probadas por informe médico) sino que dichas lesiones no suceden en el momento del ataque de Elena porque Diego está reposando en la cama.

El problema en este aspecto, es que la jurisprudencia es realmente estricta con la agresión ilegítima estableciendo que no se admiten grados, o concurren o no concurren¹¹¹. Si bien, a tenor de las amenazas sufridas por Elena, podrían llegar a constituir agresión ilegítima, pues el Tribunal Supremo¹¹² ha entendido que pueden considerarse agresiones ilegítimas “las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que les acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino que también puede provenir del peligro, riesgo o amenaza” y es que, recordemos que, en nuestro caso, Elena, tras recibir una brutal paliza por la que tuvo que ser hospitalizada, fue amenazada por Diego, que dijo “en casa te espero”, lo que evidentemente, dado las circunstancias que acompañaron al hecho, puede resultar un peligro inminente.

3º En cuanto a la racionalidad del medio empleado se solventa el problema atendiendo a las “circunstancias del hecho, al mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, a sus condiciones personales”¹¹³ pues tenemos que tener en cuenta que Elena es menos corpulenta, tiene mucha menos fuerza que Diego, y es realmente la parte más vulnerable, por lo que resultaría imposible defenderse sin ningún objeto que la ayudase a superar su falta de fuerza¹¹⁴, además de que ella conoce perfectamente la violencia que es capaz de ejercer el marido y la imposibilidad de oponer resistencia sin un arma¹¹⁵. Por otro lado, la exigencia de medios menos lesivos debe entenderse

¹¹¹ STS de 7 de febrero 226/2019 FJ Segundo, STS de 31 de enero 212/2019 FJ Segundo y STS de 13 de septiembre 1266/2018 FJ Segundo.

¹¹² STS de 12 de noviembre 749/2014 FJ Cuarto.

¹¹³ STS de 25 de febrero 86/2015 FJ Tercero *cit.*

¹¹⁴ “Un hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no...lo habitual será que la mujer utilice un arma peligrosa” LARRAURI (2008) *cit.* p. 25. Larrauri llega por tanto a la conclusión de que “el medio racional para el hombre medio es distinto de lo que constituye un medio racional para la mujer media” siendo necesario por tanto, utilizar el concepto de “hombre medio” atendiendo a las circunstancias de cada caso y no de forma mecánica.

¹¹⁵ LARRAURI (2008) *cit.* p. 69

teniendo en cuenta que los otros medios menos lesivos tienen que ser eficaces para evitar el peligro y exigibles¹¹⁶. En nuestro caso concreto, como ya hemos mencionado anteriormente, las manos no resultan un medio eficaz y la huida no resulta un medio exigible (como veremos a continuación), ¿con lo cual, que otros medios menos lesivos existen realmente?

Además, hay que tener en cuenta que Elena acaba de salir del hospital porque ha recibido una paliza y está volviendo a casa donde el marido le ha dicho en tono amenazante que la esperaba, por lo que no tiene esa calma y sosiego que necesitaría para poder analizar qué objeto es el adecuado¹¹⁷.

Sin embargo, no podemos olvidar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁸ ha reiterado la limitación del derecho de legítima defensa: los llamados límites éticos. Es decir, “sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados” cabrá limitar dicho derecho. Por tanto, el tribunal, podría considerar que la acción de Elena ha resultado desproporcionada, ante lo que nosotros de nuevo alegamos que es la única eficaz y exigible.

Por otro lado, si pese a lo anteriormente explicado, el tribunal entendiera que sigue siendo excesivo el medio empleado, entendemos que el exceso puede deberse a una perturbación anímica, pues dada la situación en la que se encontraba Elena, podría haber una situación de miedo que la causase una grave alteración y, entonces, si la alteración es total, el hecho sería impune por la concurrencia de una causa de justificación parcial, que legitima la parte de la defensa necesaria y una causa de inimputabilidad que abarca el exceso¹¹⁹. Otros autores¹²⁰ también entienden que dicho exceso intensivo, más que una alteración, resulta una circunstancia de miedo insuperable, por lo que se alegaría conjuntamente la legítima defensa incompleta y la

¹¹⁶ LARRAURI (2008) *cit.* p. 68

¹¹⁷ Así opina también el Tribunal Supremo cuando establece que “dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de ratiocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta dónde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión” (STS de 25 de febrero 86/2015 FJ Tercero, *cit.*)

¹¹⁸ STS 25 de febrero 86/2015 FJ Tercero *cit.*, STS de 10 de junio 454/2014 FJ Tercero, entre otras.

¹¹⁹ Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 38.

¹²⁰ LARRAURI (2008) *cit.* p. 78

eximente de miedo insuperable (a la que nos remitiremos más adelante). Por último, el exceso intensivo también podría deberse a una causa de error, en cuyo caso nos encontraríamos ante una situación de legítima defensa putativa.

En cualquier caso, si esto último tampoco se aprecia, el exceso intensivo dará lugar a una eximente incompleta¹²¹.

Finalmente, resulta interesante mencionar, que la jurisprudencia¹²² ha establecido que no es exigible la huida como medio racional de defensa, por lo que entendemos que no es aceptable descartar la legítima defensa argumentando que Elena podría haber huido del domicilio conyugal (además de que es necesario tener presente que Elena ya intentó abandonarlo en ocasiones anteriores cuya consecuencia fue una brutal paliza por parte de Diego).

4º En cuanto al último apartado, parece que nos plantea menos problema que el resto, pues ya ha establecido el Tribunal Supremo¹²³ que la legítima defensa “está fundada en la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio a toda causa de justificación la existencia de un *ánimus defendendi*” que, además, “no es incompatible con el propósito de matar”. Por lo tanto, no es necesario que Elena tenga este *animus defendi* (que entendemos que sí que podría considerarse que lo tiene porque no se está defendiendo de un mal inminente pero si de uno próximo, pues resulta evidente que si en 34 años Diego no cesó en su maltrato, siempre iba a haber una “próxima vez”) y además éste no es incompatible con el *animus necandi* que resulta probado que Elena tenía.

Superados estos cuatro problemas, Elena podría encontrarse ante una situación de legítima defensa y quedar por tanto justificada su conducta.

¹²¹ STS de 10 de junio 454/2014, FJ Tercero *cit.*

¹²² STSJ de Madrid 24 de abril 47/2018 FJ Segundo y STSJ de Asturias de 17 de julio 5/2014 FJ Cuarto.

¹²³ STS 21 de junio 450/2017 FJ Undécimo.

- Estado de necesidad justificante:

El estado de necesidad es la situación resultante de un conflicto de bienes e intereses donde la salvación de unos depende del sacrificio de otros¹²⁴.

El artículo 20.5 del Código Penal establece: ‘El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos’:

1º ‘Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar’: lo que conlleva ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, apreciando no solo la lesión de un bien jurídico, sino también su puesta en peligro; juicio de valor que a posteriori corresponderá formular al tribunal¹²⁵. Además, el mal evitado ha de ser real, pues de resultar errónea la percepción del mal nos encontraremos ante un estado de necesidad putativo; inminente y absoluto, es decir, el autor debe haber agotado todos los medios legítimos o menos gravosos disponibles para evita el mal (requisito de subsidiariedad)¹²⁶. Asimismo, de la expresión ‘estado de necesidad’ se deduce que el peligro debe ser grave¹²⁷.

Por otro lado, en el caso en que los males fuesen iguales, el estado de necesidad no sería justificante sino exculpante¹²⁸.

2º ‘Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto’: por sujeto entendemos al que obra, al que lesiona el bien jurídico ajeno. Por

¹²⁴ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 119.

¹²⁵ STS de 7 de febrero 153/2019 FJ Cuarto, STS de 17 de diciembre 664/2018 FJ Tercero y STS de 16 de noviembre 1520/2017 FJ Tercero, entre otras.

¹²⁶ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 119. En la misma línea: SAP de Madrid de 18 de noviembre 713/2014 FJ Tercero y SAP de Madrid de 28 de febrero 19/2014 FJ Tercero.

¹²⁷ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 119.

¹²⁸ Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*

otra parte, en el citado texto legal se especifica que es la situación de necesidad y no el acto derivado de tal situación, la que debe ser provocada por el sujeto¹²⁹.

3º “Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”: es decir, que no tenga que realizar deberes jurídicamente fundamentados que derivan de una profesión, independientemente de que ésta implique el desempeño de funciones públicas o no¹³⁰.

4º Pese a que en el propio precepto no aparezca, de éste se induce también la exigencia de un “*animus conservationis*”, de preservar el propio bien¹³¹. Además, cabe mencionar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹³², “la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna”.

Los problemas para apreciar el estado de necesidad en casos como el que estamos analizando derivan de la afirmación de que hay vías menos lesivas para evitar el mal, la inminencia de dicho mal, la producción de un mal mayor que el que se pretende evitar, así como la concurrencia de otros móviles:

1º Existencia de otras vías menos lesivas: es recurrente afirmar que existían otras vías menos lesivas para no apreciar la eximente de estado de necesidad. El problema reside en que en muchas ocasiones, la mujer ya había denunciado¹³³, acudido a la policía¹³⁴ o

¹²⁹ CARPERI (2019) *cit.*

¹³⁰ CARPERI (2019) *cit.*

¹³¹ GÓMEZ LANZ y OBREGÓN GARCÍA (2015) *cit.* p. 119

¹³² STS de 7 de febrero 153/2019 FJ Cuarto *cit.*, STS de 5 de octubre 1386/2017 FJ Único, STS de 8 de junio 1059/2017 FJ Segundo, STS de 18 de mayo 889/2017 FJ Segundo, entre otras.

¹³³ En 2018, el 18% de las mujeres asesinadas habían denunciado previamente a su maltratador, de las cuales la mitad tenían medidas de protección en vigor. Datos obtenidos de: Rafael J. Álvarez, “*Sólo seis de las 33 asesinadas en 2018 denunciaron, el peor dato en 12 años*”, *El Mundo*, 11 de septiembre de 2018 (disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2018/09/11/5b96c67246163f62738b45aa.html>), última consulta 01/04/2019).

¹³⁴ Según una macrocuestión de violencia contra la mujer de 2015 que presentó Alfonso Alonso, el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de dicho año, el 52% de mujeres maltratadas aseguran haber acudido a la policía, al juzgado o algún servicio de ayuda (médico, abogado, ONG...). Datos obtenidos de: Elena G. Sevillano, “*Un 12,5 % de las mujeres ha sufrido maltrato durante su vida en España*”, *El País*,

intentado huir y ya había sufrido represalias¹³⁵ a causa de ello por parte del marido, a lo que se añade la amenaza por parte de éste de quedarse con los niños, la inexistencia de medios económicos, el conocimiento de su marido de su lugar de trabajo, viviendas... cuya consecuencia es la necesidad de abandonar su vida, su hogar, su trabajo e incluso su identidad si optan por la huida. Con lo cual, en muchas ocasiones, realmente no existe ningún otro medio alternativo eficaz y exigible.

2º Inminencia del mal: de nuevo, se nos plantea el problema de la inminencia, si bien, en este caso es más fácil de solventar, pues se entiende que, a diferencia de una agresión (que suele ser momentánea), un estado de necesidad puede prolongarse en el tiempo. En estos casos, es más fácil admitir que la violencia habitual supone un peligro constante, pues no se sabe exactamente cuándo volverán a producirse los actos de violencia pero se tiene certeza de que se producirán y de que las posibilidades de defensa no van a mejorar¹³⁶. Larrauri¹³⁷ entiende además que en estos casos se puede apreciar la legítima defensa preventiva frente a un peligro continuado con las reglas de un estado de necesidad defensivo (que permite apreciar el mal no sólo en casos de existencia de una agresión sino también ante un peligro, concurriendo una defensa preventiva), si bien, la jurisprudencia¹³⁸ niega la existencia de la legítima defensa preventiva en tanto no se haya presentado la situación de un ataque inminente.

En caso de apreciar erróneamente el mal, nos encontraríamos ante un estado de necesidad putativa cuyo tratamiento podría ser tratado como miedo insuperable¹³⁹.

3º Producción de un mal mayor: pese a la contundente afirmación de Larrauri¹⁴⁰ acerca de que el mal que ocasiona la mujer no es mayor; nosotros entendemos que el bien jurídico vida, como derecho fundamental sobre el que se fundamenta la existencia del

30 de marzo de 2015 (disponible en: https://elpais.com/politica/2015/03/30/actualidad/1427722209_303241.html, última consulta 02/04/2019).

¹³⁵ Blay Gil E. *“Voy o no voy”* (2013) cit. p. 382. Donde, en base a entrevistas con mujeres maltratadas, relata las situaciones y dificultades de éstas y se muestra su reticencia a acudir a la policía o denunciar a causa de amenazas del marido y miedo a represalias.

¹³⁶ LARRAURI (2008) cit. p. 88

¹³⁷ LARRAURI (2008) cit. p. 89

¹³⁸ SAP de Almería de 13 de julio 323/2018 FJ Tercero.

¹³⁹ LARRAURI (2008) cit. p. 90

¹⁴⁰ LARRAURI (2008) cit. p. 91

resto de derechos, no puede resultar atacado con la premisa de defender otros derechos fundamentales como la integridad física y moral o la libertad sexual (pese a que sin duda resulten también sumamente importantes). Incluso si hablásemos de que el bien jurídico que protege la mujer es la vida, que en no pocas ocasiones resulta atacado en este tipo de casos, estaríamos ante dos bienes del mismo valor, donde, como ya hemos mencionado anteriormente, no cabría un estado de necesidad justificante, pero sí exculpante.

4º Concurrencia de otros móviles: como bien hemos mencionado antes, el Tribunal Supremo entiende que la existencia de otros bienes “enturbiaría” la preponderancia de la exigente; lo que no quiere decir que no se aplique, pero sí que su aplicación pueda requerir de más pruebas. En casos como el que estamos tratando, suele argumentarse que la mujer actúa con un ánimo de venganza, lo que, salvo casos excepcionales, rechazamos pues entendemos que más bien es una cierta desesperación producida por un clima de violencia que parece interminable.

Conforme a los problemas planteados (en especial el tercero), entendemos que, pese a que podría concurrir estado de necesidad, en nuestra opinión, son argumentos “cogidos con pinzas” y que existen vías alternativas como la legítima defensa o el miedo insuperable que resultan más adecuadas a estas situaciones.

- Consentimiento del ofendido: pese a que es una causa de justificación en otro tipo de delitos, en los delitos contra la vida, el Código Penal castiga en su artículo 143.4 al que cause la muerte de otro por “petición expresa, seria e inequívoca de éste”. Asimismo, en nuestro caso, está claro que Diego no otorgó ningún tipo de consentimiento.

4.4 Culpabilidad:

Nos remitimos a la doctrina explicada en el delito de lesiones. De acuerdo con la estructura de la culpabilidad procedemos a examinar si la conducta de Elena es culpable:

4.4.1 Imputabilidad:

Elena tenía capacidad para conocer el significado de sus actos. Si bien, habrá que analizar si concurre alguna causa de inimputabilidad, en concreto, podrían plantear dudas el trastorno mental transitorio del artículo 20.1 del Código Penal:

El trastorno mental transitorio es una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación pero de carácter temporal ¹⁴¹. La eximente completa como consecuencia de éste requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, mientras que se considerará incompleta cuando dicha alteración no resulte plena. Puede tener su origen, no sólo en una base patológica, sino también en una circunstancia exógena capaz de producir tal alteración, lo que requiere: una brusca aparición de breve duración que irrumpa en la mente del sujeto causándole pérdida de facultades intelectivas, volitivas o ambas, que se cure sin secuelas y que no sea autoprovocada¹⁴².

Siguiendo los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴³, vamos a analizar si la conducta de Elena puede ser subsumible en este tipo de alteración:

1º Debe constatar la existencia de estímulos o de causas que puedan ser calificados como poderosos y se entiendan suficientes para explicar la reacción del sujeto; es decir, debe haber una proporcionalidad entre el estímulo y la alteración de la conciencia que acompaña a la acción: Elena lleva sufriendo durante más de tres décadas maltratos constantes por parte de su marido, se va a casa de su madre para alejarse de esta situación y como consecuencia de ello

¹⁴¹ STS de 16 de enero 16/2018 FJ Décimo, STS de 19 de julio 580/2017 FJ Tercero, STS de 28 de abril 726/2016 FJ Tercero

¹⁴² STS de 18 de junio 293/2018 FJ Quinto cit., STS de 16 de enero 16/2018 FJ Décimo cit., STS de 19 de julio 580/2017 FJ Tercero cit., STS de 3 de abril 229/2017 FJ Segundo, entre otras.

¹⁴³ STS de 30 de noviembre 69/2018 FJ Segundo, STS de 29 de noviembre 611/2018 FJ Segundo, STS de 4 de octubre 1135/2018 FJ Tercero, STS de 18 de junio 293/2018 FJ Quinto cit., STS de 7 de diciembre 1519/2017 FJ Tercero cit., entre otras.

recibe una brutal represalia por parte del marido que la deja hospitalizada. Evidentemente un estímulo poderoso sí que se ha dado.

2º Ha de quedar acreditada la alteración que acompaña a la acción: no aparecen suficientes datos del suceso en la sentencia que permitan acreditarlo, por lo que dependiendo de las circunstancias del caso, el tribunal apreciará una u otra cosa.

3º La conducta tiene que ser consecuencia del estímulo: la mujer reaccionó así a causa del maltrato sufrido y del último suceso acaecido anteriormente mencionado.

4º Ha de existir una conexión temporal: entendemos que en este caso no hay esa conexión temporal puesto que si la mujer se encuentra en el hospital después del suceso, tiene tiempo para asentar la situación hasta que regresa a casa. Por lo tanto no parece que concurra dicho requisito.

5º Que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia: parece que dadas las circunstancias (que no pueden calificarse de normal convivencia), entendemos que debido a la cantidad de años de maltrato puede considerarse su actuación, quizás no entendible, pero tampoco repudiable.

Pese a que en nuestro caso no concurre esta eximente, se suelen resolver con ella este tipo de casos en los que la mujer maltratada mata al marido, lo que, no nos parece del todo correcto porque ello significa reconocer que la actuación de la mujer no está ni justificada, ni excusada ni se encuentra dentro de las causas de inexigibilidad¹⁴⁴.

De hecho, los casos de miedo insuperable suelen reconducirse a trastorno mental transitorio, pues la jurisprudencia entiende que “una situación de miedo insuperable que provoque un estado psíquico de inimputabilidad que anule la voluntad es poco probable que quien sufra esa alteración no sea alcanzado por la eximente de trastorno mental transitorio” y como no se pueden aplicar ambas conforme al principio jurisprudencial que dispone que de un mismo hecho psíquico no pueden derivarse

¹⁴⁴ LARRAURI (2008) *cit.* p. 52. En la misma línea: Correa Flórez (2016) *cit.* p.191.

varias eximentes del mismo carácter de modo que la existencia de una suponga la de la otra, los tribunales optan por aplicar el trastorno mental transitorio¹⁴⁵.

Además, hablando en términos de justicia, no consideramos adecuado que de forma reiterada la única salida para evitar una pena de libertad que hayan podido tener mujeres que llevan años maltratadas sea alegar una ‘‘locura momentánea’’. No son mujeres que estén ‘‘fuera de sí’’ son mujeres aterradas que llevan años sufriendo una violencia constante, y que además son plenamente conscientes de lo que han hecho.

4.4.2 Formas de la culpabilidad:

Hay elemento volitivo e intelectual en la conducta de Elena, ella quería realizarlo y conocía lo que significaba realizar la conducta. Elena cometió la conducta con dolo directo.

En cuanto a la voluntad del sujeto activo, se requiere un ánimo de matar (*animus necandi*). La jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴⁶ ha establecido una serie de criterios, que no son *numerus clausus*, para poder determinar si el sujeto activo tenía o no intención de matar:

- Relaciones previas entre agresor y agredido: en nuestro caso, evidentemente no eran buenas, Elena se encontraba sometida a constantes maltratos, lo que pudo generarla dicha intención de matar y no sólo de lesionar.
- Comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión: después de la comisión del delito, Elena acude a las autoridades a confesar lo sucedido (lo que es tenido en cuenta en la sentencia original como atenuante de confesión).
- Arma o de los instrumentos empleados: Una mancuerna es un instrumento capaz de matar a una persona.

¹⁴⁵ STS de 19 de julio 580/2017 FJ Tercero *cit.* y STS de 10 de junio 454/2014 FJ Cuarto *cit.*

¹⁴⁶ STS de 18 de octubre 487/2018 FJ Segundo, STS de 20 de diciembre 689/2018 FJ Tercero, STS de 30 de noviembre 778/2017 FJ Décimo, STS de 16 de diciembre 956/2016 FJ Quinto, STS de 25 de febrero 86/2015 FJ Primero *cit.*, entre otras.

- Zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión y de la repetición o reiteración de éstos: los golpes se profieren en la cabeza, de forma reiterada y con gran intensidad pues le llegan a causar la muerte.

Por lo tanto, resulta patente que Elena actuó con intención de matar, pero además, por si cabía alguna duda, ella misma reconoce tal intención cuando acude a las autoridades a confesar el delito.

Si bien, entendemos que Elena no sólo actuó con *animus necandi*, sino también, como ya hemos dicho anteriormente, con un *animus defendi*. Ante la posibilidad de que se entienda que Elena no se estaba defendiendo de un mal real hay autores que entienden que en este tipo de situaciones cabría la legítima defensa putativa, que debemos encuadrar dentro del error. Esta circunstancia supone la creencia fundada del sujeto de ser víctima de una agresión que ni se ha producido ni es inminente, al menos con la gravedad que el sujeto la atribuye¹⁴⁷. Muñoz Conde¹⁴⁸ entiende que para que concurra esta circunstancia se tienen que analizar dos elementos, uno subjetivo, consistente en acreditar que el sujeto verdaderamente crea que los elementos fácticos de la justificación realmente concurren (agresión en este caso) y uno objetivo, consistente en verificar que dicha creencia se corresponda con lo que una persona razonable creería bajo las mismas circunstancias. Conforme a esto último, sólo concurrirá dicha eximente si el error es plenamente racional y fundado¹⁴⁹. Además, para comprobar la concurrencia de tal eximente, habrá que atender a criterios como existencia de un comportamiento alternativo teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes así como la posibilidad de llevar a cabo una comprobación más eficiente de los hechos en atención al miedo que le pudiera causar la errónea representación¹⁵⁰.

¹⁴⁷ STS de 16 de noviembre 5/2018 FJ Primero, STS de 21 de septiembre 1366/2017 FJ Primero, STS de 7 de diciembre 1519/2017 FJ Noveno, entre otras.

¹⁴⁸ Muñoz Conde, F., ‘‘Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa’’, *Revista penal*, nº 24, 2009, pp. 123-124. En la misma línea: SAP de Madrid de 26 de octubre 610/2016 FJ Tercero y SAP de Madrid 24 de junio 404/2016 FJ Cuarto.

¹⁴⁹ SAP de Guadalajara de 28 de noviembre 106/2017 FJ Tercero, así como SAP de Madrid de 24 de junio 404/2016 FJ Cuarto.

¹⁵⁰ SAP de Guadalajara de 28 de noviembre 106/2017 FJ Tercero cit, SAP de las Palmas de 30 de noviembre 276/2015 FJ Cuarto y SAP de Islas Baleares de 24 de junio 115/2014 FJ Tercero, entre otras.

El error, por tanto, cabe en varios aspectos: o bien un error en la agresión en sí misma, o bien un error en la inminencia de ésta o en la racionalidad del medio empleado¹⁵¹.

Entendemos que el primero no concurre en nuestro supuesto, puesto que Elena sí que se estaba protegiendo frente a un ataque, que sí era real, como los informes médicos certifican. Por otro lado, pese a que, como ya hemos argumentado, también defendemos que la agresión era inminente, comprendemos que dicho aspecto pueda estar sujeto a interpretación más amplia, al igual que la racionalidad del medio empleado.

En este tipo de casos, por tanto, podrían plantear un error en la actualidad de la agresión (exceso extensivo putativo)¹⁵², basado en que Elena, debido a las amenazas proferidas pudo entender perfectamente que la agresión se iba a cometer de un momento a otro. Asimismo, también podrían defender la existencia de un error en la racionalidad del medio empleado basándose en que Elena se pudo haber equivocado al entender que causarle la muerte a Diego era un medio necesario para salvar su propia vida¹⁵³. En ambos casos concurrirían los elementos subjetivo y objetivo anteriormente mencionados. Un mayor problema plantearía concurrencia de otras alternativas así como la comprobación más eficiente en atención al miedo: en cuanto a lo primero, se solventa atendiendo a las circunstancias concretas del caso, donde Elena ya ha probado otras alternativas (irse a casa de su madre por ejemplo) y ha acabado hospitalizada por ello. Por lo que respecta a la comprobación más eficiente, entendemos que sí, que podría haberlo hecho, esperando por ejemplo a que el marido dejase de estar distraído y reposando en la cama, si bien, una vez el marido se encuentre en las mismas condiciones que Elena, la defensa de ésta devendría ineficaz debido a la diferencia de fuerza y tamaño. De nuevo, entendemos que las otras alternativas o comprobaciones, tienen que ser eficaces y exigibles, y ésta ni sería eficaz por lo anteriormente explicado, ni exigible por el miedo que Elena tiene a su marido.

Por lo tanto Elena podría encontrarse en una circunstancia de legítima defensa putativa. Reiteramos que todo esto será de aplicación, en caso de que nuestra argumentación

¹⁵¹ Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 45

¹⁵² Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 45. En la misma línea: LARRAURI (2008) *cit.* p. 80

¹⁵³ LARRAURI (2008) *cit.* p. 81

sobre la inminencia y racionalidad del medio empleado no se vea aceptada, pues nosotros entendemos que estos requisitos sí que se cumplen.

Habrá que analizar si este tipo de errores se encuadran dentro de los errores de tipo, en el caso de que afecten a algún elemento constitutivo del tipo o de prohibición, si afectan a la significación antijurídica del hecho (directo si el sujeto pensaba que la conducta estaba prohibida e indirecto si pensaba que era una causa de justificación)¹⁵⁴. Procedemos al análisis de las dos teorías desarrolladas para solventar este tipo de supuestos:

1. Teoría de la culpabilidad¹⁵⁵: “Los elementos objetivos de una causa de justificación constituyen una parte esencial de la justificación en sí misma”. Por lo tanto en este caso se trataría de un supuesto de falta de culpabilidad donde, a tenor del artículo 14 CP, si el error es invencible¹⁵⁶, no habrá responsabilidad penal mientras que si es vencible¹⁵⁷, ésta quedará atenuada (responsabilidad culposa).

Por otro lado, al no existir culpa pero sí delito, cabrá la legítima defensa ante esta legítima defensa y los cooperadores conocedores del error del autor, tendrán que responsabilidad penal. Además, al haber delito pero no culpa, sí que habrá responsabilidad civil.

2. Teoría de los elementos negativos del tipo¹⁵⁸: “Los componentes objetivos de la justificación son elementos negativos del tipo”, lo que implica este tipo de errores son aquellos que recaen sobre un elemento constitutivo del tipo. Por lo tanto, según el artículo 14 CP, si el error es invencible, se exonerará de responsabilidad penal, mientras que si es vencible se impondrá la rebaja en uno o dos grados de la pena establecida para el delito doloso. Sin embargo, en este supuesto, no cabe la legítima defensa ante dicho ataque erróneamente defensivo y, los cooperadores, pese a conocer el error, no serán

¹⁵⁴ Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*

¹⁵⁵ Muñoz Conde, F. (2009) *cit.* p.127

¹⁵⁶ Podría haberlo evitado con la diligencia debida (Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*)

¹⁵⁷ Era inevitable (Apuntes privados de Gallego Díaz (2016) *cit.*)

¹⁵⁸ Muñoz Conde, F. (2009) *cit.* p.127

responsables penalmente, pues no hay delito. Por la misma razón, tampoco cabe responsabilidad civil.

Entendemos por tanto, que, de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, más adecuada en este tipo de supuestos porque sí que hay delito (Elena ha matado a Diego), la legítima defensa putativa constituye un error de prohibición. Si bien, es preciso mencionar, que la doctrina mayoritaria¹⁵⁹ defiende justo lo contrario, la subsunción de este tipo de casos en error de tipo.

Por otro lado, resulta importante recordar que este tipo de legítima defensa no puede tratarse como una legítima defensa real, pues mientras que la primera será una causa de justificación (no hay antijuricidad), la segunda es un supuesto de exculpación¹⁶⁰. No puede tratarse igual una circunstancia donde realmente procede defenderse legítimamente con una representación errónea de ésta.

Concluimos por tanto que en el hipotético caso de que no se considerase la agresión real, inminente o razonable, cabría alegar un error de prohibición por legítima defensa putativa.

4.4.3 Elemento normativo:

Habrá que analizar si a Elena se le exige otra conducta y si por lo tanto se encontraba o no ante una circunstancia de miedo insuperable o de estado de necesidad exculpante.

¹⁵⁹ Así lo establece Molina Fernández que, además, afirma que la opinión mayoritaria es la correcta (Molina Fernández, F., (2012) *cit.* p. 46).

¹⁶⁰ Muñoz Conde, F. (2009) *cit.* p.128. En la misma línea: LARRAURI (2008) *cit.* p. 83

- Miedo insuperable:

El artículo 20.6 CP exime de responsabilidad criminal al que “obre impulsado por miedo insuperable”.

Del precepto penal deducimos por tanto dos requisitos:

1º Que el sujeto realice la conducta a causa del miedo. La conducta se tiene que realizar a causa de un “impacto de temor o pánico que inhibe fuertemente la voluntad, afectando de modo intenso a la capacidad de elección”¹⁶¹. El miedo tiene que resultar una amenaza real, seria e inminente y acreditada, cuya valoración se realizará desde la perspectiva del hombre medio; lo que exige examinar cada caso concreto¹⁶².

2º Que sea un miedo insuperable: lo que supone la “imposibilidad de vencer el estado emotivo del sujeto, con la correspondencia de un efecto psicológico parangonable a la inimputabilidad del individuo”¹⁶³.

Siguiendo lo argumentado en apartado de la legítima defensa, entendemos que concurren todos los requisitos, pese a que dos de ellos puedan plantear algún problema:

-En primer lugar, es patente el miedo en el que se encuentran las mujeres víctimas de violencia de género pues sufren constantes amenazas y actos violentos, por lo que este requisito se cumple. Elena tiene miedo de nuevos ataques de Diego que atenten contra su vida, integridad o libertad sexual.

¹⁶¹ STS de 3 de mayo 211/2018 FJ Primero, SAP de Barcelona de 6 de julio 467/2018 FJ Tercero y SAP de Las Palmas de 18 de junio 228/2018 FJ Segundo.

¹⁶² STS de 12 de marzo 114/2015 FJ Octavo, STS de 25 de febrero 86/2015 FJ Tercero *cit.*, STS de 11 de febrero 54/2015 FJ Quinto, entre otras.

¹⁶³ STS de 3 de mayo 211/2018 FJ Primero *cit.* y SAP de Barcelona de 20 de septiembre 584/2018 FJ Primero, entre otras.

-En segundo lugar, con relación a la amenaza del mal, resulta evidente que es real y acreditado, pues las lesiones sufridas por Elena han sido ratificadas por los informes médicos y los golpes y amenazas por los testigos que presenciaron la última represalia. Hay por tanto una amenaza evidente de una agresión futura. En cuanto a la cualidad de inminencia, podría plantearnos algún problema dado los últimos golpes y la actuación de Elena no resultan realmente próximos entre ellos. Si bien, al igual que en la legítima defensa entendemos que la amenaza es constante y no termina en el momento en el que se profirió sino que permanece durante toda la situación de maltrato. Además, entendemos que en este caso resulta todavía más justificado nuestro argumento porque no estamos analizando cuándo se produjo la agresión (que el tribunal puede interpretar que esta sólo tiene lugar cuando se produce el acto violento concreto) sino cuándo se produce la amenaza de ese mal, que resulta patente que las mujeres maltratadas se encuentran en una situación de amenaza constante.

De todas formas, en el caso de que el tribunal no aprecie el carácter de inminente de la amenaza, al cumplirse el resto de requisitos, podrá apreciar la exigente incompleta¹⁶⁴.

-En tercer lugar, respecto de la relación de causalidad del miedo y la actuación realizada por Elena, entendemos que la conducta de Elena es consecuencia directa de esa situación de miedo, pues, como ya hemos mencionado previamente, tras haber sufrido dichos golpes por los que acabó ingresada, recibió amenazas para posteriormente acudir a su casa donde se encontraba su agresor. Parece razonable pensar que dicha circunstancia le causó el miedo y como consecuencia de éste actuó.

-En cuanto al carácter de insuperable de dicho miedo, sí que entendemos que puede causar más problemas, no por el hecho de que este tipo de circunstancias no pueda generar tal miedo insuperable, sino más bien porque la jurisprudencia (como la hemos recalado anteriormente) entiende que una alteración capaz de generar dicho

¹⁶⁴ STS de 12 de julio 1028/2018 FJ Único y STS de 1 de junio 956/2017 FJ Segundo, entre otras.

miedo se abarca en la eximente de trastorno mental transitorio y por tanto no puede concurrir esta eximente. Sin embargo, nosotros entendemos, que en circunstancias como la que estamos tratando, donde el miedo es constante y elevado, resulta más razonable que la exención de pena se base en la inexigibilidad de otra conducta debido al miedo que en una causa de inimputabilidad debida a una alteración psíquica. Elena es consciente de lo que hace, pero actúa movida por miedo por lo que no le es exigible otra conducta.

También entendemos que la gravedad de este tipo de situaciones, de violencia y amenazas reiteradas, puede conllevar fácilmente a un miedo de carácter insuperable.

En caso de que el miedo no fuera insuperable podrá apreciarse una eximente incompleta¹⁶⁵.

Por otro lado, es preciso recordar que Elena ha realizado la conducta concurriendo alevosía. Podría plantearse la incompatibilidad del miedo insuperable con la alevosía, pues mientras el primero supone una perturbación anímica con la consecuente falta de capacidad de razonamiento, la segunda requiere justo lo contrario, el pensar e idear una forma que facilite la comisión del delito. Si bien, nosotros discrepamos al respecto. Una persona puede tener un gran temor a algo y no por ello dejar de querer facilitar una actuación que acabe con ese mal. Así entendemos que pasa en nuestro caso; Elena teme enormemente la reacción de su marido, pues ya sabe cómo ha reaccionado en anteriores ocasiones y considera que su vida peligra, pero ello no significa que justo por ese miedo que tiene al marido, no intente buscar una situación en la que éste se encuentre desprevenido, porque no se atreve a realizar la actuación estando él en plenas facultades. De hecho, la jurisprudencia¹⁶⁶ ha admitido la compatibilidad de la alevosía con cualquier estado de perturbación anímica como por ejemplo el trastorno mental transitorio, los estados pasionales e incluso con la drogadicción; estableciendo que es posible calificar el hecho como delito donde concurren circunstancias agravatorias pero absolviendo al acusado por concurrir una circunstancia eximente. Si bien, establece

¹⁶⁵ STS de 12 de julio 1028/2018 FJ Único cit., STS de 30 de noviembre 784/2017 FJ Tercero, STS de 19 de julio 580/2017 FJ Tercero cit., entre otras.

¹⁶⁶ STSJ de Madrid de 17 de julio 101/2018 FJ Primero, STSJ de Cataluña de 12 de noviembre 91/2018 FJ Segundo, STS de 5 de junio 997/2014 FJ Único.

como requisito que ésta alevosía “responda a una intención del autor de asegurar el resultado sin riesgo para su persona”¹⁶⁷. Esta compatibilidad por tanto habrá de ser analizada caso por caso.

En consecuencia entendemos que sí que pueden ser compatibles la alevosía y el miedo insuperable en las circunstancias de Elena pues ésta actuó con alevosía por miedo y para evitar el riesgo para su persona en la comisión de tal actuación.

- Estado de necesidad exculpante:

Nos remitimos a los requisitos mencionados anteriormente conforme al estado de necesidad justificante. La única diferencia con éste resulta de la cualidad de gravedad de los dos males: mientras que en el estado de necesidad justificante, el mal producido no puede ser mayor que el mal evitado, en el estado de necesidad exculpante los dos males son de la misma o similar gravedad (cuya causa de exculpación está fundada en que el derecho no puede imponer actitudes de heroicidad¹⁶⁸). Si bien, es preciso mencionar, que el estado de necesidad exculpante sólo existe desde el punto de vista de la teoría de la diferenciación (mayoritaria¹⁶⁹), que acepta la existencia de ambos tipos de estado de necesidad en función de la gravedad de los males; mientras que la teoría unitaria entiende que el estado de necesidad sólo puede ser justificante¹⁷⁰.

Entendemos, como ya hemos mencionado previamente, que en el caso de que se considere que el mal evitado por Elena sea un ataque contra su propia vida, mientras que el mal provocado a Diego es el ataque contra la suya, serían dos males de la misma gravedad y podría concurrir este tipo de estado de necesidad.

Si bien, resulta preciso mencionar que últimamente, la jurisprudencia no ha aceptado este tipo de exención¹⁷¹. No obstante, en la mayoría de los casos ha sido

¹⁶⁷ STSJ de Cataluña de 12 de noviembre 91/2018 FJ Segundo *cit.*

¹⁶⁸ SAP de Vizcaya de 22 de junio 90202/2018 FJ Tercero

¹⁶⁹ Sentencia del Juzgado de instrucción núm. 7 de Ponferrada de 25 de enero de 2014 FJ Segundo

¹⁷⁰ SAP de Vizcaya de 22 de junio 90202/2018 FJ Tercero *cit.*, SAP de Madrid del 7 de marzo 111/2017 Séptimo, entre otras.

¹⁷¹ SAP de Lugo de 13 de febrero 33/2019 FJ Segundo, SAP de Madrid de 11 de febrero 78/2019 FJ Primero, SAP de Madrid de 16 de noviembre 755/2018 FJ Segundo, SAP de Tarragona de 25 de junio 249/2018 FJ Segundo, SAP de Vizcaya de 22 de junio 90202/2018 FJ Tercero *cit.*, SAP de Tarragona de 11 de junio 214/2018 FJ Segundo, SAP de Barcelona de 17 de abril 257/2018 FJ Segundo, entre otras.

por falta de datos o documentación o por entender que existen otras alternativas, que en nuestro caso, como ya argumentamos anteriormente, esto no sucede.

4.5 Punibilidad:

Nos remitimos a desarrollo teórico ya explicado. Como Elena no es un persona que entre dentro de las causas de exclusión de la punibilidad, su conducta es punible.

En conclusión, Elena ha realizado una acción, típica por el artículo 139 CP y punible. Si bien, entendemos que no se aprecian los elementos de antijuricidad y culpabilidad del delito porque concurre una causa de justificación, que es la legítima defensa (que dependiendo de la interpretación del tribunal podrá ser completa o incompleta) y una causa de inexigibilidad, el miedo insuperable (que entendemos que supone una eximente completa).

5. CONCLUSIONES FINALES:

Se han tratado dos problemas realmente controvertidos en el ámbito de la violencia de género a la hora de aplicar las leyes correspondientes:

1º De la absorción del delito de lesiones en el delito de agresión sexual:

La jurisprudencia entiende que al requerir el artículo 178 violencia o intimidación para que se produzca la violación, de castigarse las lesiones producidas a causa de la agresión sexual de forma independiente, nos encontraríamos ante otro precepto diferente, el del artículo 181, que no exige violencia ni intimidación. Por lo tanto, dispone que cuando las lesiones se consideren necesarias para cometer la agresión, se absorberán en éste último y cuando tengan entidad sustancial autónoma se penarán por separado.

Nosotros rechazamos esta línea argumental pues entendemos que el citado precepto penal no exige la causación de lesiones corporales ya que no es un elemento indispensable para

la comisión del tipo. Se producen dos resultados distintos que afectan a dos bienes jurídicos distintos cuyo ataque ha de ser penado separadamente. De lo contrario no queda absorbida la total antijuricidad penal del hecho. En consecuencia, defendemos la aplicación de las reglas del concurso ideal y no del concurso de normas.

2º. De la tendencia jurisprudencial a rechazar la aplicación de eximentes a mujeres que causan la muerte de su maltratador (a excepción del trastorno mental transitorio):

En primer lugar, la jurisprudencia es proclive a rechazar las causas de justificación pues entiende que atentar contra el bien jurídico vida difícilmente va a ser conforme a Derecho y más aún si no se dan de forma estricta todos y cada uno de los requisitos que componen las causas de justificación.

Así, no aprecian la legítima defensa porque consideran que o bien la agresión no es actual, o bien el medio empleado no es racional o que la autora posee un *animus necandi*. Ante esto nosotros respondemos que la agresión sí es actual porque la violencia habitual es un delito permanente que comienza desde la creación del clima de temor que lo caracteriza; el medio empleado sí que es racional porque teniendo en cuenta las diferencias físicas entre el hombre y la mujer, no existen otros medios eficaces y exigibles y, finalmente, el hecho de que la mujer tenga un *animus necandi*, no es incompatible con el *animus defendi* que se requiere en este tipo de situaciones. Por otro lado, en caso de seguir afirmando la falta de actualidad o racionalidad del medio, hay autores que defienden cubrir este exceso con la concurrencia de legítima defensa putativa, encuadrable dentro del error. Si bien nosotros seguimos defendiendo que no es un error, pues sí que hay inminencia en la agresión y racionalidad del medio.

En cuanto al estado de necesidad justificante los tribunales rechazan esta eximente pues afirman la existencia de vías menos lesivas, la no inminencia del mal y la producción de un mal mayor. Si bien, de nuevo, los tribunales no están atendiendo a las circunstancias concretas, en la mayoría de casos han probado baldíamente otras alternativas como huir o denunciar o hacerlo supondría atenerse a las consecuencias, abandonar su identidad o carecer de medios para salir adelante, por lo tanto, no; no existen otras alternativas eficaces y exigibles. Por otro lado, en cuanto a la inminencia del mal, no han caído en la cuenta de que el delito de violencia habitual supone la existencia de un peligro constante.

Finalmente, respecto a la producción de un mal mayor, estamos de acuerdo con la jurisprudencia, pero entendemos que sí que cabe un estado de necesidad exculpante.

En segundo lugar, en cuanto a la inexigibilidad de otra conducta, se plantean dos posibilidades, habitualmente también rechazadas jurisprudencialmente:

El estado de necesidad exculpante al que ya hemos hecho referencia y el miedo insuperable. En relación a éste último, entendemos que sí que concurre puesto que en estas situaciones es patente que la mujer maltratada se encuentra ante un miedo real y acreditado a causa de un mal producido por una amenaza constante. El problema se plantea a causa del carácter de insuperable de dicho miedo. La jurisprudencia considera que cuando éste miedo anula la voluntad de tal forma que llega a considerarse insuperable, es alcanzado por el trastorno mental transitorio y habrá de ser reconducido a éste. Nosotros nos oponemos completamente a este planteamiento, pues una mujer maltratada es consciente de lo que hace, y lo hace por pánico a las futuras reacciones del marido pero no porque haya sufrido una alteración psíquica. Es una vergüenza que la única salida que tengan estas mujeres para poder evitar ser privadas de libertad es entendiendo anulada su capacidad de actuar.

En suma, entendemos que el error que cometen los tribunales en estas situaciones es analizar los requisitos de forma genérica y no atendiendo a las circunstancias concretas del caso y, en particular, a los conocimientos especiales de la mujer, debiendo utilizar el criterio de la "mujer maltratada media" y no del hombre medio.

No es justo ni veraz el análisis realizado por la jurisprudencia que penaliza a las mujeres por llevar a cabo la única vía posible para salir de aquella situación límite.

Exhorto a la jurisprudencia a enfrentarse a este tipo de barreras pues es la única manera de romperlas.

Ellas sí, la rebelión ante el maltrato se puede pagar muy caro.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Legislación

- Código Penal de 1848, que empezó a regir a partir del 1 de julio de 1848.
- Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992. Fecha de publicación de la aprobación definitiva en el boletín: 15/12/1992.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Fecha de publicación en el boletín: 31/03/2015.
- Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica. Fecha de publicación: 30/12/2003.

6.2 Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS de 26 de marzo 163/2019 FJ Trigésimo Segundo.
- STS de 19 de febrero 105/2019 FJ Séptimo.
- STS de 7 de febrero 153/2019 FJ Cuarto.
- STS de 7 de febrero 226/2019 FJ Segundo.
- STS de 5 de febrero 113/2019 FJ Tercero.
- STS de 4 de febrero 49/2019 FJ Cuarto.
- STS de 31 de enero 212/2019 FJ Segundo.
- STS de 17 de enero 13/2019 FJ Segundo.
- STS 15 de enero 5/2019 FJ Primero.
- STS de 20 de diciembre 689/2018 FJ Tercero.
- STS de 17 de diciembre 664/2018 FJ Tercero.
- STS de 14 de diciembre 650/2018 FJ Sexto.
- STS de 4 de diciembre 621/2018 FJ Primero.
- STS de 30 de noviembre 69/2018 FJ Segundo.
- STS de 29 de noviembre 613/2018 FJ Trigésimo Quinto.
- STS de 29 de noviembre 611/2018 FJ Segundo.
- STS de 16 de noviembre 5/2018 FJ Primero.

- STS de 8 de noviembre 1470/2018 FJ Primero.
- STS de 25 de octubre 505/2018 FJ Segundo.
- STS de 24 de octubre 501/2018 FJ Tercero.
- STS de 18 de octubre 487/2018 FJ Segundo.
- STS de 10 de octubre 449/2018 FJ Segundo.
- STS de 4 de octubre 1135/2018 FJ Tercero.
- STS de 4 de octubre 1243/2018 FJ Segundo.
- STS de 13 de septiembre 1266/2018 FJ Segundo.
- STS de 19 de julio 371/2018 FJ Tercero.
- STS de 12 de julio 1028/2018 FJ Único.
- STS de 6 de julio 340/2018 FJ Quinto.
- STS de 18 de junio 293/2018 FJ Tercero.
- STS de 7 de junio 861/2018 FJ Primero.
- STS de 6 de junio 271/2018 FJ Cuarto.
- STS de 24 de mayo 782/2018 FJ Segundo.
- STS de 3 de mayo 211/2018 FJ Primero.
- STS de 15 de marzo 125/2018 FJ Sexto.
- STS de 20 de febrero 749/2018 FJ Undécimo.
- STS de 5 de febrero 62/2018 FJ Séptimo. FJ Octavo
- STS de 30 de enero 49/2018 FJ Séptimo.
- STS de 7 de diciembre 1519/2017 FJ Noveno. FJ Décimo.
- STS de 30 de noviembre 778/2017 FJ Décimo.
- STS de 30 de noviembre 784/2017 FJ Tercero.
- STS de 30 de noviembre 786/2017 FJ Cuarto.
- STS de 16 de noviembre 1520/2017 FJ Tercero.
- STS de 2 de noviembre 1512/2017 FJ Único.
- STS de 19 de octubre 687/2017 FJ Cuarto.
- STS de 5 de octubre 1386/2017 FJ Único.
- STS de 28 de septiembre 1323/2017 FJ Único.
- STS de 21 de septiembre 1366/2017 FJ Primero.
- STS de 19 de julio 580/2017 FJ Tercero.
- STS de 4 de julio 511/2017 FJ Quinto.
- STS 21 de junio 450/2017 FJ Undécimo.
- STS de 8 de junio 962/2017 FJ Primero.

- STS de 8 de junio 1059/2017 FJ Segundo.
- STS de 1 de junio 956/2017 FJ Segundo.
- STS de 18 de mayo 889/2017 FJ Segundo.
- STS de 27 de abril 305/2017 FJ Octavo.
- STS de 3 de abril 229/2017 FJ Segundo.
- STS de 14 de marzo 161/2017 FJ Quinto.
- STS de 2 de febrero 272/2017 FJ Primero.
- STS de 31 de enero 39/2017 FJ Segundo.
- STS de 15 de diciembre 953/2016 FJ Séptimo.
- STS de 23 de noviembre 883/2016 FJ Quinto.
- STS de 11 de octubre 750/2016 FJ Séptimo.
- STS de 24 de mayo 442/2016 FJ Cuarto.
- STS de 28 de abril 726/2016 FJ Tercero.
- STS de 16 de diciembre 956/2016 FJ Quinto.
- STS de 9 de diciembre 845/2015 Antecedente Primero.
- STS de 3 de diciembre 794/2015 FJ Cuarto.
- STS de 10 de septiembre 1287/2015 FJ Único.
- STS de 26 de junio 423/2015 FJ Quinto.
- STS de 9 de abril 528/2015 FJ Único.
- STS de 18 de marzo 458/2015 FJ Segundo.
- STS de 12 de marzo 114/2015 FJ Octavo.
- STS de 25 de febrero 86/2015 FJ Tercero.
- STS de 11 de febrero 54/2015 FJ Quinto.
- STS del 15 de enero 128/2015 FJ Tercero.
- STS de 5 de junio 997/2014 FJ Único.
- STS de 10 de junio 454/2014 FJ Tercero.
- STS de 12 de noviembre 749/2014 FJ Cuarto.

Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Cataluña de 4 de febrero 19/2019 FJ Tercero.
- STSJ de Madrid de 17 de julio 101/2018 FJ Primero.
- STSJ de Madrid 24 de abril 47/2018 FJ Segundo.
- STSJ de Cataluña de 12 de noviembre 91/2018 FJ Segundo.

- STSJ de Navarra de 21 de septiembre 81/2017, FJ Sexto.
- STSJ de Asturias de 17 de julio 5/2014 FJ Cuarto.

Sentencias de Audiencias Provinciales:

- SAP de Sevilla de 31 de enero 27/2019 FJ Primero.
- SAP de Lugo de 13 de febrero 33/2019 FJ Segundo.
- SAP de Madrid de 11 de febrero 78/2019 FJ Primero.
- SAP de Madrid de 16 de noviembre 755/2018 FJ Segundo.
- SAP de Madrid de 12 de noviembre 781/2018 FJ Tercero.
- SAP de Madrid de 16 de octubre 731/2018 FJ Primero.
- SAP de Asturias de 18 de septiembre 395/2018 Cuarto.
- SAP de Navarra de 28 de septiembre 124/2018 FJ Segundo.
- SAP de Barcelona de 20 de septiembre 584/2018 FJ Primero.
- SAP de A Coruña de 24 de julio 93/2018 FJ Tercero.
- SAP de Tarragona de 29 de junio 237/2018 FJ Segundo.
- SAP de Vizcaya de 22 de junio 90202/2018 FJ Tercero.
- SAP de Almería de 13 de julio 323/2018 FJ Tercero.
- SAP de Barcelona de 6 de julio 467/2018 FJ Tercero.
- SAP de Tarragona de 25 de junio 249/2018 FJ Segundo.
- SAP de Las Palmas de 18 de junio 228/2018 FJ Segundo.
- SAP de Tarragona de 11 de junio 214/2018 FJ Segundo.
- SAP de Navarra de 5 de junio 66/2018 FJ Segundo.
- SAP de Navarra de 15 de mayo 46/2018 FJ Segundo.
- SAP de Islas Baleares de 9 de mayo 48/2018 FJ Quinto.
- SAP de Zaragoza de 25 de abril 185/2018 FJ Primero.
- SAP de Barcelona de 17 de abril 257/2018 FJ Segundo.
- SAP de Navarra de 20 de marzo 38/2018 FJ Cuarto.
- SAP de Madrid de 31 de enero 56/2018 FJ Primero.
- SAP de Sevilla de 4 de diciembre 564/2017 FJ Tercero.
- SAP de Guadalajara de 28 de noviembre 106/2017 FJ Tercero.
- SAP de Tarragona de 15 de septiembre 407/2017 FJ Tercero.
- SAP de Castellón de 12 de mayo 182/2017 FJ Primero.
- SAP de Madrid del 7 de marzo 111/2017 Séptimo.

- SAP de Navarra de 19 de diciembre 273/2016 FJ Primero.
- SAP de Madrid de 26 de octubre 610/2016 FJ Tercero.
- SAP de Madrid 24 de junio 404/2016 FJ Cuarto.
- SAP de Córdoba de 8 de febrero 51/2016 FJ Cuarto.
- SAP de las Palmas de 30 de noviembre 276/2015 FJ Cuarto.
- SAP de Alicante de 4 de noviembre 660/2015 FJ Cuarto.
- SAP de Alicante de 18 de febrero 116/2015 FJ Cuarto.
- SAP de Sevilla de 23 de enero 22/2015 FJ Cuarto.
- SAP de Alicante 5 de enero 2/2015 FJ Segundo.
- SAP de Madrid de 18 de noviembre 713/2014 FJ Tercero.
- SAP de Islas Baleares de 24 de junio 115/2014 FJ Tercero.
- SAP de Lleida de 10 de marzo 72/2014 FJ Cuarto.
- SAP de Madrid de 28 de febrero 19/2014 FJ Tercero.

Sentencia de Juzgado de Instrucción:

-Sentencia del Juzgado de instrucción núm. 7 de Ponferrada de 25 de enero de 2014 FJ Segundo

Sentencias antiguas que hemos utilizado para explicar corrientes anteriores:

- STS 29 de abril 284/2009.
- STS 7 de junio 752/2004.
- STS 18 abril 662/2002.
- STS 19 de mayo 4062/2000.

6.3. Obras doctrinales

6.3.1 Libros

- ALASTUEY DOBÓN C. et alia. *''Derecho penal. Parte General. Introducción teoría jurídica del delito''*, Comares, S.L, Granada, 2016.
- CARPERI, *''Derecho penal. Parte especial. Judicatura''* Carperi S.L, Madrid, 2019.

- GÓMEZ LANZ J. y OBREGÓN GARCÍA A., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de la teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2015.
- GÓMEZ TOMILLO M. (director), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo II. Delitos contra las personas*. Aranzadi S.A. Navarra. 2015.
- LARRAURI Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, B de F Ltda., Montevideo, 2008.

6.3.2 Artículos de revista

- Blay Gil E. *“Voy o no voy”: El recurso a la policía en el caso de la violencia de género. Perspectivas de las víctimas*, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, n. 1137-7550, 2013, pp. 369-400.
- Larrauri, E., *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 12, 2003, pp. 271-307.
- Molina Fernández, F., *La legítima defensa del Derecho Penal*, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25, 2012, pp. 19-48.
- Muñoz Conde, F., *Un caso límite entre justificación y exculpación: la legítima defensa putativa*, *Revista penal*, nº 24, 2009, pp. 122-134.
- PÉREZ RIVAS, N., *La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)*, *Opinión Jurídica*, Vol. 15, Nº 30, 2016, pp. 169-182.

6.4 Artículos de prensa

- Elena G. Sevillano, *Un 12,5 % de las mujeres ha sufrido maltrato durante su vida en España*, *El País*, 30 de marzo de 2015 (disponible en: https://elpais.com/politica/2015/03/30/actualidad/1427722209_303241.html , última consulta 02/04/2019).
- Rafael J. Álvarez, *Sólo seis de las 33 asesinadas en 2018 denunciaron, el peor dato en 12 años*, *El Mundo*, 11 de septiembre de 2018 (disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2018/09/11/5b96c67246163f62738b45aa.html> , última consulta 01/04/2019).
- Suárez, T., *La mujer que mató a su marido con una pesa dice que le golpeó por miedo*, *La Opinión A Coruña*, 23 de noviembre de 2010 (disponible en <https://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/11/23/mujer-mato-marido-pesa-dice-le-golpeo-miedo/441575.html> ; última consulta 05/04/2019).

6.5 Otros recursos

- Apuntes privados de Derecho Penal General del Catedrático Manuel Gallego Díaz, 2016.
- Correa Flórez M. *“Legítima defensa en situaciones de confrontación: La muerte del tirano en casa”*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2016.
- Real Academia Española (disponible en <http://www.rae.es/>, última consulta 02/04/2019).

7. ANEXOS

Anexo I

RELATO DE LOS HECHOS

Elena, mujer de 55 años de edad, casada desde hace 35 años con Diego de 57 años de edad, con una hija procedente de dicho matrimonio de 20 años de edad. En el curso de este matrimonio, Diego ha sometido a su mujer y a su hija a continuos malos tratos físicos y psíquicos.

Como en múltiples ocasiones anteriores, la tarde del 18 de mayo de 2018, Diego, a su llegada después del trabajo al domicilio conyugal sito en la calle DIRECCIÓN000, número NUM001, NUM002, de A Coruña, comienza a golpear reiterada y violentamente a Elena, acto que se ha convertido en costumbre desde hace 34 años. En el transcurso de la paliza, su mujer, tumbada en el suelo en posición fetal, adopta una actitud pasiva cubriéndose la cabeza y la cara con intención de protegerse y que él cese en su actitud agresiva cuanto antes. Esta pasividad, en vez de conseguir el efecto esperado, incrementa la frustración y el nivel de agresividad de Diego, que, con la intención de provocarla y de humillarla más intenta agredirla sexualmente. La mujer reacciona revolviéndose con intención de evitar la consumación de la agresión por parte su marido. Debido al forcejeo de la mujer, él separa bruscamente con sus piernas las de ésta, con la mano izquierda la presiona fuertemente el cuello y con la mano derecha aplasta la muñeca de la mujer contra el suelo consiguiendo finalmente la agresión.

Como resultado del delito de lesiones relatado, y según consta en su informe médico del servicio de urgencias, la mujer sufre hematomas en la cara, fractura de los huesos de la nariz con su correspondiente desviación del tabique nasal, dos fracturas costales, pérdida

de una pieza dental y erosiones y contusiones múltiples en ambos antebrazos y cara anterior de las manos.

Por otro lado, como resultado del delito de agresión sexual, la mujer presenta hematomas en muñecas (para intentar inmovilizarla) y muslos junto con rotura parcial de fibras musculares de los abductores de las piernas (para separación forzada y brusca de las mismas), fractura costal (por sobrepresión con el codo para inmovilizar el tórax) y desgarró vaginal (por penetración violenta).

La madrugada del 19 de mayo de 2018, a la salida de urgencias, y aunque no interpone denuncia por miedo a posibles represalias de Diego, Elena acude a casa de su madre, sita en la misma localidad de su residencia conyugal, con intención de permanecer allí algunos días para evitar otros ataques por parte de su marido.

En la tarde del día 25 de mayo de 2018, Diego, al ver que su mujer no regresaba al domicilio conyugal, decide apostarse a partir de las 17 horas en el portal de la casa de su madre para esperarla con intención de castigarla por su ausencia del domicilio conyugal. A la salida de Elena del portal, y, estando Diego escondido detrás de un contenedor de basura de gran tamaño, éste se precipita sobre ella de forma sorpresiva por la espalda agarrándola del cuello por el brazo izquierdo. Inmovilizada, le propina numerosos golpes en la espalda, y, cayendo ésta al suelo, continúa con los golpes dándole reiteradamente patadas en cabeza, costado, tórax y abdomen. Mientras profiere los mencionados golpes, repite al menos dos veces que ella es capaz de escuchar antes quedar inconsciente la frase: ‘En casa te espero’. Cuando él se aleja del lugar, dos testigos acuden en su ayuda y llaman al 112 que se persona en el lugar de los hechos a los 6 minutos de realizar la llamada, trasladándola semi inconsciente al hospital más cercano.

Como resultado del delito de lesiones cometido, la mujer presenta conmoción y edema cerebral evidenciada mediante TAC, hematomas palpebrales, pérdida temporal de visión del ojo derecho, ligera depresión respiratoria que precisa de oxigenoterapia y nuevas fracturas costales. La paciente es dada de alta tras permanecer 31 horas en observación, con tratamiento farmacológico y analgésico.

A la salida del hospital el día 27 de mayo de 2018, Elena regresa al domicilio conyugal pensando que así evitará represalias por su ausencia en casa.

“En la noche del día 27 al 28 de Mayo de 2009, Elena, se encontraba con su marido, Diego, en el domicilio que compartían en la calle DIRECCION000, número NUM001, NUM002, de A Coruña. Esa noche, Elena, con la intención de matar a Diego, y cuando se encontraban en el dormitorio de ambos, acostado en la cama, le golpea en repetidas ocasiones, con una mancuerna que su esposo utilizaba para hacer ejercicios de musculación, ocasionándole numerosas heridas en hombro y codo izquierdos, en la región cráneo-facial, en las regiones cigomática, retroauricular, occipital, temporal, frontoparietal, parietal posterior y supraciliar izquierdas, así como en las regiones parietal posterior, parietal anterior media, ciliar, supraciliar y frontal derechas, equimosis bpalpebral bilateral, herida contusa en el surco nasogeniano, con afectación del labio superior, en los labios superior e inferior de la boca, así como en la región malar y nasal, agresiones todas éstas que provocan en Diego una hemorragia cerebral, con importante pérdida de sangre, que le causaron la muerte esa misma noche. Este ataque lo lleva a cabo la mujer cuando su marido se encontraba desprevenido, y sin esperar el ataque. Tras cometer este hecho, Elena, en compañía de su hija Susana, acude a dependencias policiales, manifestando que había dado muerte a su marido con una pesa. Como ya se ha indicado, Elena y el fallecido estaban casados, prolongándose esta relación matrimonial desde hacía 35 años. En el curso de este matrimonio, el fallecido sometió a la acusada y a su hija a continuos malos tratos físicos y psíquicos.”

Anexo II

Consideramos necesario adjuntar la noticia¹⁷² que informó sobre este caso puesto que, pese a que su fiabilidad no es comparable con los hechos probados de una sentencia, entendemos que ésta es realmente escueta y no relata detalladamente lo que sucedió. Además, es preciso mencionar que, como se observa en la noticia, el tribunal no admitió la circunstancia de que la pareja se hallase discutiendo porque en la sentencia de primera instancia se estableció que Diego se encontraba tumbado en la cama. Nosotros hemos analizado los hechos conforme a la sentencia, pero consideramos relevante que el lector

¹⁷² Suárez, T., “La mujer que mató a su marido con una pesa dice que le golpeó por miedo”, *La Opinión A Coruña*, 23 de noviembre de 2010 (disponible en <https://www.laopinioncoruna.es/coruna/2010/11/23/mujer-mato-marido-pesa-dice-le-golpeo-miedo/441575.html> ; última consulta 05/04/2019).

ojee la noticia citada pues no siempre todos los hechos probados por una sentencia son los realmente ocurridos:

‘LA MUJER QUE MATÓ A SU MARIDO CON UNA PESA DICE QUE LE GOLPEÓ POR MIEDO:

La procesada sostiene que agredió a su esposo, un marinero jubilado de 64 años, durante una pelea. La imputada admitió entre sollozos que está arrepentida y que aún lo quiere

Treinta y cuatro años de insultos, empujones, tirones de pelo y violaciones. Eso es lo que asegura que vivió durante su matrimonio la mujer que en mayo del año pasado mató a su esposo con una de las pesas que la víctima usaba para hacer gimnasia. La procesada, que reconoció el crimen durante el juicio, sostiene que golpeó a su marido durante una discusión porque se asustó cuando vio que se dirigía hacia ella con el puño en alto. El representante de la Fiscalía solicita que sea condenada a 14 años de prisión

La mujer de 58 años que mató a su marido golpeándole más de veinte veces con una pesa en la cabeza sufrió durante los 34 años que duró el matrimonio una "convivencia diabólica". Eso al menos es lo que aseguró su abogado, el penalista José Ramón Sierra, a los miembros del tribunal popular que enjuiciará a la acusada. La imputada, que se entregó a la policía tras cometer el crimen, volvió a reconocer el homicidio durante el juicio. "Le vi la cara cuando venía hacia mí para pegarme con el puño, cogí lo primero que vi y le golpeé. Le di otra vez y después ya no sé lo que hice. Pensé que no tenía sitio para escapar, no sé cuánto tiempo estuve golpeándole", relató la procesada, que sostiene que mató a su esposo durante una discusión que iniciaron en el dormitorio de la vivienda que compartían en el Agra do Orzán.

"No se le podía llevar nunca la contraria. Yo procuraba no discutir, pero él siempre buscaba algo", admitió la mujer entre sollozos. La procesada afirmó que a su marido no le gustaba que saliese de casa y que era habitual que la insultase, la agarrase de los pelos, la empujase o le tapase la boca y que en ocasiones la obligaba a mantener relaciones sexuales. "No lo denuncié por miedo. Me decía que iba a matar a nuestra hija y a mi madre. Cuando mataban a una mujer y salía en la tele decía que era una puta menos. Yo

ya me había hecho a eso", declaró al tiempo que aseguró que no le contaba a nadie los malos tratos a los que le sometía su marido "por vergüenza".

La imputada sostiene que agredió a la víctima porque se asustó. Ambos estaban tumbados en la cama y el hombre, un marinero jubilado de 64 años, le reprochó que esa tarde hubiese quedado con su hija, que se había ido de casa cuando tenía 18 años por la mala relación que tenía con él. La joven veía a su madre a escondidas porque no subía al domicilio familiar. "Me dijo que me fuese con la puta de mi hija. Lo empujé con los pies y se cayó al suelo, yo también me caí porque creo que me empujó. Caí a su lado y cuando se intentó incorporar cogí lo primero que tenía a mano. Siempre tenía pesas en la habitación porque era normal que viese la tele e hiciese pesas. Las tenía por toda la casa. No me dijo nada, no me insultó, intentó darme con el puño y me asusté. A partir de ahí ya no sé", declaró. Tras golpear a su marido con la mancuerna llamó a su hija y quedó en recogerla en un taxi en la zona del Orzán. "En el taxi iba muy nerviosa, le agarraba la mano a mi hija, pero no le dije nada hasta que llegamos a su casa. No me acuerdo cómo reaccionó. Me decía: 'mamá, tranquila', 'mamá, tranquila'. Yo estaba muy nerviosa", indicó. La procesada decidió ir a la comisaría de policía de Lonzas para confesar los hechos. "No sabía si estaba vivo o muerto", afirmó.

El letrado de la defensa insinuó que el fallecido abusó de la hija del matrimonio. "Su hija le contó cosas cuando salieron a pasear al perro, ¿no? Cosas que no sabía que le había hecho su padre?", le espetó su abogado. "No quiero saber las cosas que me contó mi hija. No quiero saber", murmuró entre sollozos la mujer, que está en prisión desde que sucedieron los hechos. "Y con su sobrina, ¿qué pasó?", insistió Sierra. "No lo sé, no quiero", respondió la acusada, que finalizó su declaración asintiendo con la cabeza entre lágrimas cuando su abogado le preguntó si todavía quiere a su marido y si está arrepentida de haberlo matado.

El fiscal la acusa de cometer un delito de homicidio y solicita que sea condenada a 14 años de cárcel. El representante del Ministerio público subrayó que la mujer nunca denunció a su esposo por malos tratos y que el sistema judicial español está "muy

avanzado" en la protección de las víctimas de violencia de género. "Nunca fue denunciado y ahora no está aquí para defenderse", indicó mientras recalcó que los forenses localizaron "más de veinte heridas" en el cadáver de la víctima, la mayoría en la cabeza.

La familia del fallecido no reclama indemnización y no contrató a ningún abogado para que ejerza de acusación particular contra la procesada. La hija del matrimonio, según aseguró el fiscal, rehusó hacerse cargo del cadáver de su padre. "Tuvo que venir su hermano desde Madrid. Por eso la hija no reclama indemnización, algo habitual en estos casos", explicó el representante de la Fiscalía.

El abogado de la procesada subrayó durante su alegato inicial ante el tribunal popular que su clienta sufre "el síndrome de la mujer maltratada" y que así lo indican los informes de los forenses que la examinaron tras cometer el crimen. "Una de las primeras frases que escuché de la acusada cuando contrató mis servicios fue que se sentía liberada porque estaba mejor en la cárcel que durante los 34 años que duró su matrimonio", contó Sierra, quien destacó que la conducta de la procesada fue motivada por miedo. "¿Todas las muertes deben ser castigadas en la misma medida? Es evidente que si me agreden tengo derecho a defenderme", dijo el letrado a los miembros del jurado."