

DEFENDERSE DEL TIRANO DOMÉSTICO: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS¹

FIGHTING SOMEONE OFF THE DOMESTIC TYRANT: PROBLEMS AND PROSPECTS

Massimiliano Dova
Becario de investigación
Università degli Studi Milano-Bicocca (Italia)

Fecha de recepción: 13 de julio de 2018

Fecha de aceptación: 25 de octubre de 2018

RESUMEN

La contribución analiza, desde una perspectiva comparada, los presupuestos y límites necesarios para que una mujer, víctima sistemática de ataques físicos y psicológicos, pueda defenderse legítimamente del tirano doméstico. Más allá de los arduos esfuerzos de interpretación realizados por una parte de la doctrina y la jurisprudencia, la figura de la legítima defensa parece pertenecer a un mundo poblado solo por hombres, en el que es difícil incluir la experiencia vivida por las víctimas de la violencia doméstica. Más allá de los estrictos supuestos de la legítima defensa, resulta apropiado buscar formas en las que el sistema penal atribuya (o pueda atribuir) relevancia a las razones de las mujeres víctimas de violencia doméstica que reaccionan frente al hombre que las ha maltratado de forma habitual.

PALABRAS CLAVE

Legítima defensa, violencia de género, habitualidad, Presupuestos, Derecho comparado

ABSTRACT

The contribution analyzes, from a comparative perspective, the presuppositions and limits within which a woman who is systematically victim of physical and psychological attacks can legitimately defend herself against the domestic tyrant. Beyond the arduous efforts of interpretation made by a part of the doctrine and jurisprudence, the figure of self-defense seems to belong to a world populated only by men, in which it is difficult to see the experience lived by the victims of violence domestic. Beyond the strict assumptions of self-defense, it seems appropriate to look

¹ Artículo traducido del italiano original por Manuel Luis Ruiz Morales, Investigador en Formación de la Universidad de Cádiz

for ways in which the criminal system attributes (or could attribute) relevance to the reasons of women victims of domestic violence who react to the man who has mistreated them for a long time.

KEY WORDS

Self-defense, gender violence, habitual, budgets, comparative law

ÍNDICE

1. UN PUNTO DE PARTIDA DIFERENTE. 2. LA LEGÍTIMA DEFENSA DEL TIRANO DOMÉSTICO: EL ESTADO DEL ARTE. 3. LOS CASOS MÁS RECIENTES 4. LEGÍTIMA DEFENSA Y VIOLENCIA DOMÉSTICA: ¿UN BINOMIO IRRECONCILIALE? 5. EL SÍNDROME DE LA MUJER MALTRATADA Y SUS LÍMITES. 6. ¿QUÉ ALTERNATIVAS HAY?

SUMMARY

1. FROM OTHER DIFFERENT STARTING POINT. 2. SELF-DEFENSE OF THE DOMESTIC TYRANT: THE STATE OF THE ART. 3. THE CASES MORE RECENTS. 4. SELF-DEFENSE AND DOMESTIC VIOLENCE: IS IT AN IRRECONCILABLE DUALITY? 5. THE SYNDROME OF THE BATTERED WOMAN AND ITS LIMITS. 6. WHAT ALTERNATIVES ARE THERE?

1. UN PUNTO DE PARTIDA DIFERENTE.

Además de los esfuerzos fundamentales e insustituibles que se deben realizar a nivel social y cultural para promover el cambio lento y progresivo en las relaciones históricamente desiguales entre los sexos, la contribución que puede ofrecer el Derecho penal forma parte de una perspectiva dual pero convergente. Además de la construcción de los delitos y de las sanciones que pueden prevenir, de la manera más eficaz posible, la violencia sufrida por las mujeres en un contexto de silencio, que a menudo las deja sin ninguna posibilidad de defensa, es necesario cuestionar el nivel de protección que el ordenamiento es capaz de ofrecer a la mujer víctima de violencia doméstica cuando ésta última se convierte en autora de delitos contra el tirano doméstico.

Este nivel de protección se valorará, en primer lugar, en el contexto del análisis más específico (y tradicional) de los supuestos y límites dentro de los cuales una mujer víctima sistemática de agresiones físicas y psicológicas puede defenderse legítimamente del tirano doméstico. Sin embargo, no se puede agotar aquí la investigación: las razones de las mujeres víctimas de violencia doméstica que reaccionan violentamente contra el hombre que las ha maltratado de forma habitual pueden (y deben) encontrar espacio más allá del área restringida de la justificación. De hecho, hay muchas maneras en las que el sistema penal asigna (o podría atribuirle)

importancia a la experiencia de las mujeres víctimas de violencia en las relaciones afectivas o emocionales cuando se trata de evaluar su responsabilidad penal.

El análisis se sitúa en el mismo camino trazado por los ordenamientos jurídicos de *Common Law*, que, desde hace bastante tiempo, se analizan y reconstruyen en base a una lectura de género también en relación con los temas analizados aquí². Esta lectura dista mucho de ser ajena a otros sistemas, como el español³ y el alemán⁴, que se han mostrado atentos a las diferencias de género en la construcción del sistema penal. Atención a las diferencias de género que, en este caso, no actúan como un obstáculo para la creación de nuevas o más severas formas de acusación, sino como un punto de referencia esencial para *juzgar los motivos de las mujeres víctimas de violencia doméstica que reaccionan ante su tirano*.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE AL TIRANO DOMÉSTICO: EL ESTADO DEL ARTE

El caso del tirano doméstico es uno de los más utilizados por la doctrina para explorar los límites de la legítima defensa y, al mismo tiempo, uno de los más dramáticos y delicados de resolver en la práctica.

En sus características esenciales el hecho es simple. Impulsada por la lógica del "ahora o nunca", la mujer golpeada y maltratada, al no haber encontrado (o no pudo encontrar) protección de la autoridad pública, se siente obligada a actuar: mata a su violento esposo en un momento en el que este último es inofensivo, para escapar de la espiral de violencia en la que ha estado inmersa durante mucho tiempo.

La solución propuesta puntualmente por la doctrina y la jurisprudencia es cualquier cosa menos simple y unívoca.

A la posición que niega, en estos casos, cualquier espacio para la causa de justificación, se opone una orientación que, por el contrario, incluye el caso del tirano doméstico en los límites de la legítima defensa a través de una interpretación

² Además de la literatura y la jurisprudencia que se mencionan a continuación, véase, en términos amplios, el trabajo de N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, *Reconstructing Criminal Law*, Cambridge, 2010; más reciente, v. P. KOTISWARAN, *Feminist Approaches to Criminal Law*, en *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, 2015, p. 59 ss.

³ Además de los temas tratados en la Ley Orgánica 1/2004, ver, E. LARRAURI, *Violencia doméstica y legítima defensa: un caso de aplicación masculina del derecho*, en ID., *Mujeres y sistema penal. Violencia Doméstica*, Buenos Aires, 2008, p. 41 ss.; para un análisis comparativo actualizado y en profundidad del tema, ver, también, M.C.C. FLOREZ, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del tirano de casa* (tesis doctoral), Madrid, 2016.

⁴ Considérese, en este sentido, la importancia dada a las diferencias de género en el proyecto de reforma, presentado en 2014 por la asociación de abogados alemanes (DAV) y luego compartido también por el Ministerio de Justicia, en relación con el homicidio y, en particular, la distinción entre asesinato (Mord) y homicidio (Totschlag); sobre el tema v. U. SCHNEIDER, *Der Haustyrann and die Reform der Tötungsdelikte - Ein Diskussionsbeitrag aus geschlechtsspezifischer Sicht*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, p. 64 ss.; sobre el tema de la legítima defensa en las relaciones afectivas, v. A. VOß, *Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse*, Berlín, 2013..

extensiva o analógica de sus presupuestos, o mediante el recurso al error de prohibición.

Proponiendo diferentes soluciones interpretativas, un nutrido sector doctrinal cree que la justificación planteada puede funcionar incluso en estos casos⁵.

De acuerdo con una parte de la doctrina, esto puede ocurrir mediante una interpretación amplia de la noción de peligro actual. De modo que no solo es válido el peligro inminente que ya está en marcha, sino también la situación peligrosa que, iniciada en un momento anterior, está a punto de convertirse en daño. En este sentido, de hecho, se ha observado que "existen naturalmente márgenes de elasticidad en la aplicación del concepto de actualidad del peligro [...]: esto sucede, más allá de los casos típicos de los delitos permanentes, en todos los supuestos en los que la agresión que ya se ha producido pueda formar parte de contextos de violencia más graves"⁶.

En un sentido parcialmente diferente, a nivel de marco teórico, pero que coincide sustancialmente en las consecuencias, otra parte de la doctrina, basándose en la imposibilidad de posponer la acción defensiva, considera que, incluso en ausencia de un peligro inminente o persistente, la justificación de la legítima defensa se puede aplicar "tanto a través de una interpretación extensiva del requisito de la actualidad del peligro, como a través de la extensión analógica de lo dispuesto en el art. 52 C.p."⁷.

De acuerdo con una tercera vía interpretativa, la atención no debe centrarse tanto en la noción de peligro actual, sino en la necesidad de la reacción defensiva: "si, como regla general, dicha necesidad defensiva se manifiesta debido, precisamente, a la proximidad temporal de la agresión, (...) nada impide que, incluso en situaciones marcadas por la proximidad temporal de la agresión, como son el 'ahora o nunca', se pueda admitir la concurrencia de la necesidad defensiva"⁸.

Finalmente, hay otro argumento a favor de la aplicación de la legítima defensa, que hace referencia al tipo de delito cometido por el tirano doméstico. Al igual que en los delitos permanentes, en relación con los cuales se sostiene unánimemente que el peligro actual continúa persistiendo en el delito, se ha observado que "en los delitos habituales el peligro está presente siempre que se den las condiciones que usualmente determinan la conducta de reiteración: el energúmeno que regresa por la noche ebrio maltratando a los familiares, crea el peligro actual de una agresión injusta solo por el hecho de cruzar la puerta de la casa en estado de intoxicación"⁹.

⁵ Ver, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2011, p. 285 s.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2012, p. 544; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, p. 254 ss.; T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. Disc. pen.*, III, 1989, p. 498 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, p. 407. In términos problemáticos cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 555 s.

⁶ G. DE VERO, op. cit., p. 544.

⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, op. cit., p. 256.

⁸ F. PALAZZO, op. cit., p. 407.

⁹ T. PADOVANI, op. cit., p. 502. Decididamente más restrictiva es la interpretación de F. VIGANÒ, sub art. 52, G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 781. Más bien, en el

Sin embargo, otros autores rechazan esta extensión del alcance de la legítima defensa. Y ello, no tanto por la situación actual de peligro, sino más bien en relación con el aspecto más delicado de la relación entre el peligro de la ofensa y la reacción defensiva. También en este caso, por lo tanto, el requisito de la necesidad de actuar - esta vez en sentido negativo-, se convierte en el elemento decisivo. Se observa, de hecho, que "la víctima puede escapar a la reiteración de agresiones solicitando la intervención de la autoridad. La víctima habitual del tirano doméstico, que lo mata mientras duerme, no actúa en un estado de legítima defensa"¹⁰. Sin embargo, la opinión compartida de anteponer (cuando sea posible) el recurso a la fuerza pública con respecto a la legítima defensa privada, debe confrontarse con dos consideraciones adicionales que ponen en duda esta última posición.

La solicitud de intervención de la autoridad corre el riesgo de exponer a la víctima de violencia doméstica a una reacción aún más brutal por parte del tirano doméstico, lo que resulta ser completamente contraproducente: la mayoría de los asesinatos de mujeres cometidos en relaciones de pareja tienen lugar cuando esta última decide interrumpir la relación¹¹. Súmese a este hecho que, como suele suceder, la víctima puede haber solicitado repetidamente la intervención de la autoridad, sin obtener una respuesta capaz de interrumpir el ciclo de violencia, antes de hacer una elección tan dramática y arriesgada como es matar al tirano doméstico. Y más aún si tomamos en consideración el hecho de que la intervención de la autoridad (policial o judicial) a menudo se traduce en una mediación dirigida a recomponer el conflicto familiar en lugar de consistir en lograr interrumpir la escalada de la violencia. Es cierto que, incluso desde la perspectiva de la víctima, la búsqueda de un camino alternativo, que sea capaz de ofrecer una protección efectiva, debe ser privilegiada en comparación con el recurso fácil a la justificación. Sin embargo, si esta opción resulta inútil, la legítima defensa debería poder operar en los casos del tirano doméstico sobre la base de una interpretación teleológica¹². Bien visto, como se ha señalado, incluso en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica no ha reclamado la intervención de la autoridad, "parece equivocado culparla por no haber asimilado perfectamente el mensaje social de que [la violencia doméstica] es un asunto realmente privado"¹³.

Quienes niegan el espacio para la legítima defensa en el caso del tirano doméstico señalan la existencia de razones de política criminal que impiden la

caso del tirano doméstico, se puede hablar de un peligro duradero (*Dauergefahr*), C. ROXIN, op. cit., p. 970.

¹⁰ En este sentido D. PULITANÒ, *Criminal Law*, Turín, 2013, p. 265. En el mismo sentido, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 2006, p. 667 s. y 765, que considera, sin embargo, que la cuestión podría abordarse en relación con el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB).

¹¹ Cfr. A. BROWNE, K. R. WILLIAMS, *Exploring the Effect of Resource Availability and the Likelihood of Female Perpetrated Homicides*, en *Law and Society Review*, 1989, 23, p. 75 ss.; así como, A. BROWNE, *When battered women kill*, New York, 1987, p. 144; en relación a la c.d. "Asalto por separación", v. M. R. MAHONEY, *Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation*, en *Michigan Law Review*, 1991, p. 6.

¹² G. DE FRANCESCO, op. cit., Turín, 2011, p. 285 s.

¹³ Cfr. N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, op. cit. p. 815.

aceptación de una noción amplia de la exigencia de la actualidad del peligro. Esto es, en particular, la necesidad de no otorgar a las personas, en este caso a las mujeres, la posibilidad de tomar medidas de autoprotección contra el agresor que se ha convertido momentáneamente en inofensivo, reconociendo implícitamente la impotencia del sistema legal para garantizar una protección efectiva "no ya contra agresiones repentinas [...], sino contra agresiones predecibles y contornos fácilmente "calculables", contra los cuales se podrían establecer medidas preventivas eficaces". Abrir la puerta a la aplicación de la legítima defensa en el supuesto de la mujer maltratada que reacciona ante el tirano doméstico, marcaría "una peligrosa regresión del Estado de Derecho hacia un modelo del "Estado del Lejano Oeste"». En lugar de reforzar las técnicas de prevención del delito, "terminaría provocando un aumento incontrolado del uso directo de la fuerza por parte de particulares", contradiciendo así la "necesidad, propia de cada ordenamiento jurídico evolucionado, de garantizar una defensa eficaz de los derechos de los agredidos con el menor daño para el agresor"¹⁴.

Estas razones de política criminal, si bien parecen, en términos generales, totalmente aceptables, no parecen adaptarse a los casos reales en los que una mujer, víctima de violencia habitual, reacciona ante el tirano doméstico. Y ello, en primer lugar, porque la adopción de medidas preventivas más efectivas, si bien resulta deseable, corre el riesgo de chocar con la objeción de que se pondría en peligro el requisito político-criminal opuesto: asegurar al presunto agresor las debidas garantías, igualmente fundamentales, y especialmente las de tipo procesal¹⁵.

Al margen de esto, la previsibilidad y la habitualidad de las agresiones, más que facilitar el recurso al uso de medidas preventivas, parece provocar que el peligro en el caso de la violencia doméstica sea persistente y, por lo tanto, siempre actual. Pero hay más: es precisamente la imposibilidad de una reacción inmediata, por la ineficacia (real) de la protección ofrecida por la autoridad, lo que genera, como posible efecto contrario¹⁶, la necesaria reacción de la víctima. Una víctima a la que no se puede considerar "aliviada" ciertamente al hacer una elección tan dolorosa, tanto a la vista del riesgo imponderable de una (grave) reacción criminal, como a nivel psicológico: se trata de usar la violencia contra la persona con la cual la víctima trató de mantener con firmeza una relación afectiva.

De manera similar, en el caso de la violencia doméstica, parece más hipotético que real el riesgo de retroceder hacia el Estado del Lejano Oeste¹⁷: se trata, de hecho, de un modelo de violencia típicamente masculino, que se encuentra a una distancia

¹⁴ F. VIGANÒ, op. cit., p. 784.

¹⁵ Ver, por ejemplo, el informe realizado el 10 de septiembre de 2013 por el Prof. Mazza en las Comisiones Conjuntas de Asuntos Constitucionales y Justicia, en relación con el examen del proyecto de ley C. 1540 del Gobierno, de conversión en ley del Decreto Ley n. 93 de 2013, que contiene disposiciones urgentes sobre seguridad y lucha contra la violencia de género. El autor cree, de hecho, que "nunca debemos perder de vista los intereses que están en equilibrio con los de protección de la víctima, que también son los de protección del sospechoso-acusado".

¹⁶ En este sentido también el mismo F. VIGANÒ, op. cit., p. 783.

¹⁷ Sobre la cuestión, v. También A. SZEGÖ, *En las fronteras de la autodefensa. Un análisis comparativo*, Padua, 2003, p. 513.

sideral respecto de las modalidades relacionales (incluso violentas) del mundo femenino. Además, el riesgo de "acabar en el abismo de la anarquía"¹⁸, que también era temida por la jurisprudencia estadounidense como un dique político-criminal para el reconocimiento de la causa de justificación en el caso del tirano doméstico, parece más bien el reflejo de una cierta manera de concebir el papel de subordinación y dependencia que las mujeres han tenido históricamente dentro de la familia¹⁹.

En este sentido, vale la pena citar las palabras del juez Wilson en la sentencia *R. v. Lavallee* de la Corte Suprema de Canadá en un caso similar a los analizados aquí:

"lejos de protegerlas de esta [es decir, de la violencia doméstica], la ley ha autorizado históricamente la violencia contra las mujeres dentro del matrimonio como una parte del poder del esposo sobre su esposa y [como una expresión] de su 'derecho' a castigarla. Basta recordar la antigua ley que permitía a un hombre golpear a su esposa con un palo "no más grueso que su pulgar". Las leyes no surgen del vacío social. La idea de que un hombre tiene el derecho de "castigar" a su esposa está profundamente arraigada en la historia de nuestra sociedad. El deber de la mujer ha sido servir a su esposo y estar ligada a él en el matrimonio a toda costa, "hasta que la muerte nos separe", y aceptar como justo todo "castigo" que se infligiera por no haber satisfecho a su esposo. Una consecuencia de esta actitud fue que el "maltrato a la esposa" rara vez se discutía, rara vez se denunciaba y, aún más raramente, se castigaba. Aunque ha pasado mucho tiempo desde que la sociedad abandonó su aprobación formal de la violencia doméstica, la tolerancia hacia esta última ha continuado y continúa persistiendo en algunos ambientes hasta el día de hoy"²⁰.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera objeción político criminal a la posible aplicación de la legítima defensa frente al tirano doméstico, se señala que la necesidad de garantizar una eficaz defensa de los derechos de los agredidos con el menor daño para el agresor, siendo, per se, inherente al requisito de la necesidad, no parece decir nada sobre sus límites de aplicación. En otras palabras, si no hay duda de que "la intervención preventiva por parte de la autoridad conllevaría un daño más limitado para el esposo"²¹, esto depende precisamente de la capacidad de aquella para garantizar una protección preventiva efectiva: donde una mujer maltratada recurre a la autoridad sin recibir una respuesta eficaz, o incluso sufre por ello consecuencias aún más perjudiciales, no se entiende cómo el criterio del "menor daño posible" puede prevalecer sobre la única opción disponible en ese momento: la autodefensa.

En el ámbito jurisprudencial, la aplicación en estos casos de la legítima defensa es completamente incierta y poco desarrollada dentro de un panorama que, aunque podría equipararse a hechos similares, está salpicado de soluciones muy diferentes. Se

¹⁸ Así, la Corte Suprema de Kansas, *Estado v. Stewart* [243 Kan 639 (1988)], citado en N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, op. cit. p. 815.

¹⁹ A. MCCOLGAN, *In Defence of Battered Women who Kill*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1993, p. 508 ss., en particular, 521 s.

²⁰ Supreme Court of Canada, *R. v. Lavallee*, 3 maggio 1990, [1990] 1 S.C.R. 852, in <http://scc-csc.lexum.com>, p. 872.

²¹ F. VIGANÒ, op. cit., p. 784.

trata de hipótesis que son de todo menos infrecuentes, especialmente si tenemos en cuenta los casos de palizas, lesiones e intentos de asesinato que tienen como protagonistas a las mujeres víctimas de la violencia doméstica.

Frente a la jurisprudencia de instancia que, siendo más próxima al caso concreto, es sensible a razones de justicia material, y que a veces ha reconocido la legítima defensa²² o un error en la justificación²³, el Tribunal Supremo, más alejado de los hechos, tiende a excluir la existencia de la legítima defensa²⁴.

En los pocos casos en que se reconoció la justificación (incluso solo en forma putativa), la jurisprudencia ha preferido no aventurarse en el territorio "minado" de la interpretación analógica.

3. LOS CASOS MÁS RECIENTES.

En la estela ya trazada por la doctrina que ha analizado, desde una perspectiva comparada, la casuística sobre el tema objeto de estudio²⁵, se procederá a examinar la jurisprudencia más relevante y reciente.

*Tribunal de Bassano del Grappa, sez. G.i.p., de 3 de marzo de 2009*²⁶.

Durante veinticinco años, la Sra. A. es víctima de violencia tanto física como psicológica por parte de su esposo M., quien la agrede a ella y a sus hijos todos los días: golpea a sus hijos con barras de hierro, los arroja contra las aspas del ventilador, le propina puñetazos en la cabeza a su esposa, para no dejar moretones evidentes, mata a las mascotas y evita que todos los miembros de la familia reciban el tratamiento médico más básico. Nadie ha intentado seriamente detener la brutalidad de M., aunque se ha producido en varias ocasiones la intervención de diversos servicios o autoridades públicas. En la noche de los hechos, M. regresa a casa en medio

²² C. Assise di Como, 7 de abril de 1976 y C. Assise Appeal de Milán, 19 de abril de 1977 con nota de P. NUVOLONE, *Cuestiones sobre el tema de la legítima defensa*, en Ind. Pen., 1979, 135 ss. Las crónicas de sucesos muestran otros casos más recientes en los que se ha reconocido legítima defensa propia: por ejemplo, en el caso Crystal decidido por el Tribunal de Justicia de Roma (www.corriere.it, 24 de octubre de 2012); Sentencia confirmada posteriormente por el Tribunal de Justicia de Apelación (www.ilmessaggero.it, 24 de abril de 2014).

²³ Tribunal de Bassano del Grappa, sez. G.i.p. 3 de marzo de 2009, A. N., en Ius17@unibo.it, 2009, p. 365 con nota de C. SELLA. Esta solución es compartida por A. SZEGÖ, op. cit., p. 517 ss. En la doctrina alemana cfr. C. ROXIN, op. cit., p. 765 e 969 ss.

²⁴ Recientemente, Cass.17 abril 2015, n. 37526, en *Leyes de Italia*; Cass., 11 de mayo de 2010, Rv. 247.898; Cass., 27 de enero de 2010, n. 5691, Rv. 246566, aunque en un caso de parricidio; Cass. 6 de abril de 1964, Assumma, en Cass. pluma. Misa Ann., 1965, p. 862 s.; Cass. 13 de julio de 1945, Aiello, Riv. pen., 1945, p. 294. En casos similares, incluso el Tribunal Supremo alemán tiende a excluir el requisito de la necesidad de una reacción defensiva cf. Bundesgerichtshof, 18 de abril de 2002, 3 StR 503/01, en www.bundesgerichtshof.de, que anuló la sentencia del tribunal de primera instancia (Landgericht Lünenburg del 30 de agosto de 2001), que en cambio reconoció la existencia de la legítima defensa. En el mismo sentido también Bundesgerichtshof, 25 de septiembre de 1974, 3 StR 159/74, en www.jurion.de. En este punto, para un análisis comparativo, ver M. D. DUBBER, T. HÖRNLE, *Derecho Penal. Un enfoque comparativo*, Oxford, 2015, p. 390 ss.

²⁵ A. SZEGÖ, op. cit., p. 174 ss. e 213 ss.

²⁶ Juzgado de Bassano del Grappa, cit.

de una intoxicación aguda por alcohol. La Sra. A. sabe que, incluso esa noche, como ya ha sucedido muchas otras veces, el marido puede agredirla, sin que ella tenga ninguna esperanza de reaccionar. La mujer mata al hombre en un momento en que este último está indefenso.

Al decidir el caso en cuestión, calificado como homicidio voluntario, el juez parte de una interpretación amplia del concepto de actualidad del peligro, que "es independiente de la consumación, pero también de la tentativa". El peligro actual es "el inmediatamente anterior", "siempre que no se identifique como un peligro meramente futuro". En otras palabras, según el G.u.p., "una agresión se produce desde los momentos previos a la conducta del agresor, dependiendo de cuáles sean las circunstancias objetivas del caso".

Incluso antes de una agresión que aún no se ha iniciado, el juez considera que, en virtud de la violencia física y verbal sufrida en el pasado, el peligro para la vida de A. y sus hijos "era real, concreto y coherente, ya que la agresión se manifestó inminente y segura en relación con todas las circunstancias concretas del caso».

Resueltos de este modo los problemas interpretativos relacionados con la actualidad del peligro, el juez examina la existencia del requisito de la necesidad: "A. y los niños habrían dispuesto del tiempo y de la oportunidad de pedir ayuda o escapar de esa terrible situación».

A partir de esta consideración general, el G.u.p, al enfatizar la experiencia femenina específica en estos casos (ver infra párrafo 4), y cree que "la experiencia concreta ha inducido en ellas un estado masoquista aprendido [...] determinado por una vida de dolor absoluto y continuo en el que nada ni nadie ha intervenido para detener seriamente la brutalidad de M.". De hecho, este último "había creado un espacio de impunidad concreta y efectiva al obligar a los miembros de la familia al silencio absoluto y al imbuirlos en la convicción de la inutilidad de cualquier solicitud de ayuda". Tanto es así, que la ahora acusada había solicitado repetidas veces inútilmente la intervención de la autoridad para poner fin a la situación de violencia doméstica.

Siguiendo un camino argumentativo que parecía llevar al reconocimiento de la legítima defensa, el juez prefiere, en cambio, recurrir al error de prohibición, excluyendo también el reproche residual del hecho a título de culpa, aunque realiza una referencia ambigua a la capacidad de entender y de querer de la imputada: «la génesis del error de hecho que condujo a A. a la convicción de carecer de posibles alternativas está condicionada por el estado para-delirante al que M. mismo había dirigido a su esposa y a sus hijos (lo que dio lugar a una enfermedad mental en el momento del hecho) y conduce a la exclusión de cualquier culpa residual atribuible por la conducta realizada"²⁷.

²⁷ Juzgado de Bassano del Grappa, cit.

Corte de Bolzano, secc. G.i.p., de 16 de abril de 2012²⁸.

Desde hace aproximadamente un año, la Sra. K. mantiene una relación tormentosa con M., que termina a menudo en conflictos. A veces M. la golpea y la obliga a tener relaciones sexuales. En una de estas ocasiones, M. aparece en la casa de K., pidiéndole salir. Esta última se dirige a la policía, que, sin embargo, no interviene, invitando a la mujer a presentarse en la comisaría. M. logra entrar en el edificio y, después de haber golpeado la puerta insistentemente, ella le abre. Los dos pelean y él la golpea, dejando moretones en sus manos, piernas y cuello. Ella no reacciona porque él es demasiado fuerte. Posteriormente la obliga a tener una relación sexual.

En la noche del hecho, M. la obliga a tener relaciones sexuales sin protección nuevamente, diciéndole que quiere dejarla embarazada para estar atada a ella para siempre. Tan pronto como K. va al baño a lavarse, M. la persigue y la agarra del brazo para violarla por segunda vez. En ese momento, K. toma un cuchillo y le dice que no le permitirá volver a hacerle daño. Tan pronto como M. se acerca a ella y le dice "hazlo", K. le propina una puñalada mortal en el pecho.

En este segundo caso, en el que se rechaza el homicidio preterintencional, el juez excluye la existencia de la legítima defensa, por considerar ausente el requisito de la necesidad: "en el momento de la herida causada [al hombre] no hubo una acción agresiva como para determinar la necesidad de una conducta defensiva". Y esto no solo porque "la relación sexual no deseada por K. ("él respondió que yo era suya y me tomó por la fuerza") ya había terminado" y porque el hombre "estaba vestido", sino, sobre todo, porque la mujer "podría haber abandonado fácilmente el apartamento -la puerta estaba abierta-, y pedir ayuda a P.A., en la planta baja, que siempre había demostrado su disponibilidad para ayudarlo".

Al rechazar "la suposición de que la acusada no habría podido actuar [la fuga], porque la posible reacción psicógena aguda causante de la inmovilidad tónica desapareció cuando [la mujer] eligió la respuesta y tomó el cuchillo", el juez observa que "la reacción es necesaria cuando es inevitable, es decir, cuando no es reemplazable por otra menos dañina igualmente adecuada para asegurar la protección del agredido". Y concluye: "la alternativa, en particular, si no representa ningún peligro para terceros, debe ser la solución obligatoria, ya que la reacción sigue siendo un acto violento al que sólo debemos recurrir en extrema ratio".

Más allá de las perplejidades que generan los argumentos utilizados por el G.u.p. de Bolzano para excluir la legítima defensa, no se utiliza una sola palabra en relación con el error de prohibición: una hipótesis que merecía, al menos, ser valorada ante una acusada que, después de haber sufrido una primera violencia sexual, es abordada de nuevo por el sujeto (del cual conoce bien las formas violentas y la superioridad física) que, después de haberla agarrado del brazo, quiere forzarla a tener otra relación.

²⁸ Corte de Bolzano, secc. G.i.p., el 16 de abril de 2012, en las Leyes de Italia; en el mismo sentido cf. Corte de Trapani, secc. G.i.p., 20 de diciembre de 2004, en Leyes de Italia.

A pesar de los diferentes argumentos expuestos, aún hay un aspecto común a ambos que merece ser destacado de inmediato. En ambos casos, de hecho, hay dudas sobre la capacidad de entender y de querer de la acusada.

En la primera sentencia, de hecho, el error en la situación justificante se reconduce al "estado delirante que [...] provocó un trastorno mental [de la acusada] en el momento de la acción"²⁹. Se trata de una consideración que parece conducir a la exclusión de la imputabilidad, en lugar de ser adecuada para el reconocimiento del error de prohibición.

En segundo lugar, es el mismo Ministerio público quien solicita verificar la capacidad de entender y comprender de K. La imputabilidad es hasta tal punto controvertida que, según uno de los peritos, "en el momento de los hechos la acusada sufría un trastorno psíquico encuadrable en el contexto de las reacciones psicógenas agudas (RPA) ", como resultado de lo cual "la capacidad de entender y querer de la acusada estaba completamente comprometida". Sin embargo, y a pesar de las opiniones expresadas por los demás expertos y consultores técnicos, el G.u.p. de Bolzano considera que "la reacción violenta, resultante de la situación estresante experimentada, es una manifestación de su estado emocional, pero no se puede considerar que afecte, desde un punto de vista legal, a la capacidad de entender y querer"³⁰. Surge aquí una cierta tendencia a asociar la reacción violenta de una mujer maltratada con la existencia de un problema mental: además de confirmar el estereotipo de la mujer loca que mata a su pareja, parece constituir uno de los muchos obstáculos para la comprensión de las reacciones de las mujeres víctimas de violencia doméstica dentro de esquemas no patológicos.

4. LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: ¿UN BINOMIO NO CONCILIABLE?

Ante esta situación de extrema incertidumbre sobre el alcance de la legítima defensa, también en forma putativa, aparece un dato evidente: los límites actuales de la inimputabilidad se adaptan mal a la mujer víctima de un delito dentro de una relación afectiva. Más allá de los esfuerzos interpretativos extenuantes (y compartibles) realizados por una parte de la doctrina y la jurisprudencia, las nociones de "peligro actual" y "necesidad" parecen pertenecer a un *mundo poblado solo por hombres*³¹, en el que es difícil ver reconocida la experiencia de las víctimas de violencia doméstica. Esto es aún más cierto si aceptamos una interpretación restrictiva del concepto de actualidad del peligro: las diferencias en tamaño, de fuerza y de hábito a la confrontación física, no dejan ni un soplo de esperanza para una mujer, que solo puede defenderse (legítimamente) en el momento en el que el peligro parece inminente o la agresión del tirano doméstico ya ha comenzado. En esta situación, una

²⁹ Juzgado de Bassano del Grappa, cit.

³⁰ Tribunal de Bolzano, cit.

³¹ Ver J. DRESSLER, *Feminista (o "Feminista") Reforma de la Ley de Legítima defensa: Algunas reflexiones críticas*, en *Marquette Law Review*, 2010, p. 1.475 ss.

reacción defensiva femenina se vuelve totalmente contraproducente: además de la alta probabilidad de sucumbir, también existe el riesgo de desencadenar una agresión aún más violenta. En lugar de desactivar la evidente desigualdad de poder que caracteriza, en este caso, la relación entre el hombre y la mujer, los requisitos de la defensa legítima, si se interpretan con rigidez, corren el riesgo de reforzar esta disparidad.

En este sentido, vale la pena abrir un breve paréntesis para apreciar mejor algunas características de la violencia femenina. Con respecto al homicidio voluntario, cabe señalar que, según algunas investigaciones realizadas en Alemania, las mujeres cometen este delito en una proporción que varía, según la encuesta, entre el 8 y el 12% del total³². Pero el dato más interesante es otro: los asesinatos cometidos por mujeres ocurren casi exclusivamente dentro de la familia y a menudo ocurren al final de una larga relación con el hombre que las maltrató durante años³³: «para las mujeres, el asesinato es a menudo la última forma de salir de una relación desastrosa», de la que previamente intentaron salir sin éxito, en ausencia de ayuda de una autoridad pública que no está dispuesta a "intervenir activamente en conflictos conyugales o equivalentes violentos"³⁴.

Hay una diferencia fundamental y no despreciable entre los delitos de asesinato cometidos por hombres o mujeres en el contexto de las relaciones afectivas: los hombres matan a su pareja cuando este último ha decidido interrumpir la relación o poco después de la conclusión de la relación pareja, o cuando aparece otro hombre en la vida de su pareja anterior. Por el contrario, las mujeres matan a su pareja por una razón diametralmente opuesta: porque han estado atrapadas en una relación con un hombre que las ha sometido, durante mucho tiempo, a violencia física y psicológica³⁵, hasta el punto de amenazar sus vidas y la de sus propios hijos

Hay un hecho adicional que merece ser destacado: en los Estados Unidos, aproximadamente la mitad de las mujeres presas han cometido un delito para evitar la conducta violenta de su pareja³⁶. En la misma línea, se ha señalado que la mayoría de las aproximadamente 4.000 mujeres presas en el Reino Unido han sido víctimas de violencia doméstica³⁷.

A la luz de estos datos, incluso si ofrecen una imagen empírica incompleta, parece posible dibujar dos conclusiones lógicas. En términos generales, parece haber una conexión entre la violencia doméstica y la criminalidad femenina a nivel etiológico.

Por el contrario, interesa más específicamente en esta sede plantear una hipótesis: si se permitiera la aplicación de la legítima defensa en el caso del tirano

³² A. GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Tübingen, 2010, p. 20 ss.

³³ A. GRÜNEWALD, *ibidem*; así también U. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 65.

³⁴ A. GRÜNEWALD, *op. cit.*, p. 27.

³⁵ A. GRÜNEWALD, *op. cit.*, p. 22.

³⁶ En este sentido, L. K. DORE, *Downward Adjustment and the Slippery Slope: The Use of Duress in Defense of Battered Offenders*, in *Ohio State Law Journal*, 1995, p. 667 ss., en particular, p. 676.

³⁷ Así, J. LOVELESS, *Domestic Violence, Coercion and Duress*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 93 ss.

doméstico, *esta eximente protegería a las mujeres (casi) solo "sobre el papel"*. Una eximente que, de hecho, sería casi inaplicable en los casos en los que las mujeres cometiesen un delito en perjuicio de su pareja.

Construida sobre el modelo histórico y social del varón atacado en campo abierto o del que defiende su casa del ataque nocturno de un ladrón, la estructura de la legítima defensa solo puede referirse a un ideal exclusivamente masculino³⁸. Un tipo ideal que también es confirmado por la hipótesis de la legítima defensa especial introducida por la Ley de 13 de febrero de 2006, n. 59³⁹.

La disciplina de la legítima defensa responde, de hecho, a un modelo social y jurídico que, habiendo subestimado históricamente la experiencia femenina, refleja el esquema del hombre que ataca a otro hombre de igual fuerza y, por lo tanto, es capaz de defenderse⁴⁰. Ciertamente no es una mera coincidencia que los casos más frecuentes de autodefensa comparten un mínimo denominador común: la agresión y la reacción defensiva se insertan, de hecho, dentro de un episodio singular que involucra a personas que no solo no tienen vínculo afectivo, sino, que, por el contrario son (casi o) del todo desconocidos. Y no solo eso: la agresión suele ser repentina, precisamente para beneficiarse del efecto sorpresa y, en consecuencia, para minimizar el riesgo de una reacción defensiva por parte de un hombre del que se presume igual fuerza física y capacidad de reacción inmediata.

De género bien diferente es la violencia repetida a lo largo del tiempo y, por lo tanto, en cierta medida previsible que el abusador la use contra la víctima como un instrumento de sumisión y supremacía.

El modelo actual de la legítima defensa, basado en una idea de igualdad puramente formal, puede parecer totalmente inadecuado para el caso de la mujer que, en el contexto de una relación familiar o afectiva, es víctima de una agresión física y verbal constante; víctima de una lenta y progresiva erosión de la propia autoestima; víctima de un estado de tensión emocional continua, resultante del peligro constante de nuevas agresiones⁴¹.

En otras palabras, para las mujeres es la experiencia misma de la violencia lo que resulta diferente: como se desprende claramente de los datos estadísticos publicados por la Dirección General de Estadísticas del Ministerio de Justicia, es, en la

³⁸ Cfr. E. M. SCHNEIDER, *Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering*, in *Women's Rights Law Reporter*, 1986, p. 195 ss., que enfatiza la necesidad de remediar el tratamiento injusto que el sistema penal reserva a las mujeres aplicando estándares basados en un estándar masculino.

³⁹ Cfr. N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, op. cit. p. 814.

⁴⁰ Ampliamente sobre la cuestión, v. A. SZEGÖ, op. cit., en particular, p. 130 s., 173 s.

⁴¹ Cfr. F. MANTOVANI, *La violenza di genere sotto il profilo criminologico e penale*, en *Criminalia*, 2013, p. 59 ss., en particular, p. 61.

gran mayoría de los casos de violencia sufrida por el hombre con quien las víctimas tuvieron una relación sentimental⁴².

Aparentemente impermeable a los cambios sociales y, por lo tanto, estructuralmente incapaz de lidiar con la aparición progresiva de un fenómeno "que acompaña a la historia de la humanidad"⁴³, como es la violencia contra las mujeres, el patrón típico de la legítima defensa parece escapar de la conexión con la realidad a la que el legislador debería anclarse en la construcción del sistema penal⁴⁴. Si la legítima defensa corresponde a una de las formalizaciones más frecuentes y estables, en el derecho positivo, de un tipo particular de conflicto, el cambio perenne en la dinámica social de los conflictos parece requerir un replanteamiento de ese modelo.

No se pretende cuestionar la necesidad de introducir límites estrictos a la legítima defensa, para evitar el riesgo de que se convierta en una venganza privada. Sin embargo, esos límites no pueden ser tan altos como para excluir a priori cualquier reconocimiento de las razones y la experiencia de toda una categoría de sujetos: las mujeres que son víctimas de violencia doméstica.

Incluso si uno trata de sortear el obstáculo que plantea la noción de peligro actual y de necesidad, recurriendo al supuesto del error de prohibición, el camino no parece ser menos accidentado. La hipótesis de la exclusión del dolo a que se refiere el art. 59, c. 4 C.p., de hecho, es interpretada de manera arbitrariamente restrictiva por la jurisprudencia consolidada⁴⁵: la convicción errónea sobre la situación de peligro, además de tener que basarse en hechos concretos, debe derivar de un *error razonable*⁴⁶ o *excusable*⁴⁷ en la apreciación de los hechos. Si parece lógico creer que la eximente putativa deba basarse en datos objetivos, parece bastante *ilógico* juzgar el error irracional como irrelevante, que, por el contrario, constituye la base típica de la responsabilidad imprudente⁴⁸.

Los temores o miedos de una mujer maltratada, que parecen irracionales según la medida del hombre medio⁴⁹, corren el riesgo de impedir el camino también al error de prohibición, incluso si el miedo se refleja en una serie histórica de violencia. Y no solo eso: la jurisprudencia, en ocasiones, ha reconocido que actuar en estado de miedo

⁴² C. PECORELLA, *¿Seguridad vs libertad? La respuesta criminal a la violencia contra las mujeres en el difícil equilibrio entre las demandas represivas y los intereses de la víctima*, actualmente en proceso de publicación. cfr. A. SZEGÖ, op. cit., p. 246 s.

⁴³ F. MANTOVANI, op. cit., p. 59.

⁴⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1.004 ss.

⁴⁵ Cfr. F. VIGANÒ, op. cit., p. 820 ss.

⁴⁶ Cf. Cass., 25 de enero de 1991, n. 3527, Rv. 186.611.

⁴⁷ Cf. Cass., 18 de febrero de 1997, n. 3898, Rv. 207.376

⁴⁸ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, p. 382.

⁴⁹ Cfr. M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, el cual observa que "las eximentes y la culpabilidad a las que se refieren no deben ser reconducidas a las unidades de medida del 'hombre medio'".

es una situación que no es comparable con el estado de ira, excluyendo así el reconocimiento de la atenuante de provocación⁵⁰.

Comprender la forma en la que una mujer responde a la violencia doméstica constituye el punto de partida indispensable para evaluar críticamente la importancia que el sistema penal atribuye hoy a las razones de la víctima que se defiende⁵¹.

Como se ha señalado, "la racionalidad objetiva y universal de la ley [...] representa una validación de la experiencia masculina, mediante la cual la experiencia masculina se transforma en una doctrina "objetiva" que viene aprobada como si fuera la "norma"»⁵².

Es precisamente sobre la base de esta experiencia por lo que se elaboran las normas generales de enjuiciamiento. Pero es necesario hacer un gran esfuerzo imaginativo para establecer lo que un hombre habría hecho en lugar de la mujer golpeada, porque los hombres no suelen encontrarse en esta situación⁵³. Para definir qué es el peligro actual y la necesidad de una reacción defensiva, se debe construir un modelo diferente, depurado de la racionalidad típica del hombre medio.

A pesar de las iniciativas legislativas -a decir verdad, más bien escasas en Italia-, destinadas a tomar en serio la violencia doméstica, el hecho de que una mujer haya sido víctima de maltrato habitual es un elemento al que difícilmente se le atribuye un peso significativo en el momento en el que es llamada a responder por su reacción violenta contra la pareja. Al juzgar el comportamiento de la mujer maltratada, el riesgo de caer en la "mitología popular" que rodea la violencia doméstica está siempre latente: se introduce la duda de que las agresiones no fueron tan graves, o se afirma que la mujer podría (o debería) haber terminado esa relación, huyendo de su hogar⁵⁴. Todavía, y a mayor abundamiento: así como no se le pide al hombre agredido dentro de su propia casa que huya en el momento en que es atacado por un intruso que pone en peligro su integridad física, no ve por qué motivo se debería pedir a la mujer víctima de violencia doméstica que abandone su hogar, si no quiere que le nieguen la eximente porque no tenía necesidad de defenderse⁵⁵. Por otro lado, como ya se destacó, se sostiene la necesidad de que la víctima de violencia doméstica haya debido pedir obstinadamente la intervención de la autoridad (v. supra § 2).

⁵⁰ Cf. Cass., 2 de marzo de 2010, n. 13921, no maximizada sobre el tema, p. 7 de la sentencia. El Tribunal considera que "la tesis defensiva no encuentra consuelo en las palabras del acusado, quien al describir su estado de ánimo no habló de "ira "o" ira ", sino que afirmó haber actuado por temor".

⁵¹ Cfr. M. A. DUTTON, *Understanding Women's Responses to Domestic Violence: A Redefinition of Battered Woman Syndrome*, en *Hofstra Law Review*, 1993, p. 1.193 e ss.

⁵² S. S. M. EDWARDS, *Abolishing Provocation and Reframing Self-Defense - the Law Commission's Options for Reform*, en *Criminal Law Review*, 2004, p. 181.

⁵³ Cfr. Supreme Court of Canada, R. v. Lavallee, cit., p. 874.

⁵⁴ Así, Supreme Court of Canada, R. v. Lavallee, cit., p. 873.

⁵⁵ Así, en cambio, el Juzgado de Bolzano, cit. Sobre el tema En el punto v. Supreme Court of Canada, R. v. Lavallee, cit., p. 888 s.

5. EL SÍNDROME DE LA MUJER MALTRATADA Y SUS LÍMITES.

A finales de los años setenta, una parte de la doctrina anglosajona resaltó la insuficiencia estructural de la disciplina de la legítima defensa ante los numerosos casos en los que las víctimas de violencia doméstica fueron encausadas para responder por el homicidio de su tirano doméstico⁵⁶.

Para sanar lo que se ha percibido como una verdadera y propia discriminación de género (*gender-bias*)⁵⁷, el síndrome de la mujer maltratada, inicialmente construido por la psicóloga estadounidense Lenore Walker⁵⁸, ha tratado de explicar, además de los estereotipos comunes, cómo se comporta y reacciona psicológicamente una mujer maltratada ante la violencia sufrida por el hombre con quien tiene una relación afectiva. Al no poder profundizar aquí un tema tan complejo y delicado, nos limitamos a delinear brevemente los dos conceptos fundamentales en los que se basa esta teoría: el ciclo de la violencia y la impotencia aprendida⁵⁹.

Mientras que el primer concepto describe las fases a través de las cuales se articula la experiencia de la violencia doméstica, este último identifica el efecto psicológico de esta experiencia. El ciclo de la violencia, que normalmente caracteriza la relación con el hombre violento, se divide idealmente en tres fases. La primera fase se caracteriza por el creciente estado de tensión generado por la sucesión de agresiones físicas o actos verbales menores, como resultado de lo cual la víctima trata de calmar al tirano doméstico, adoptando un comportamiento sumiso, para prevenir una violencia mayor y más grave. A pesar de estos esfuerzos, la tensión sigue creciendo y el abuso físico y psicológico se intensifica hasta que resulta en un episodio de violencia severa en el que la mujer es golpeada brutalmente y con fiereza. Esta segunda fase, que marca el punto culminante del ciclo de violencia, es seguida por la tercera fase, la del arrepentimiento amoroso, en la que el tirano doméstico manifiesta su amor y busca el perdón de la víctima, prometiendo cambiar su comportamiento. A pesar de las promesas, este período de serenidad no está destinado a durar mucho: pronto comenzará un nuevo ciclo de violencia.

Forzada a vivir cíclicamente la experiencia de violencia doméstica en un estado de constante ansiedad y temor, la víctima cae en un estado de impotencia adquirida: el maltrato parece ser aleatorio, impredecible e incontrolable hasta el punto de hacerla incapaz de impedir el comienzo de un nuevo ciclo de violencia y de establecer las consecuencias de sus propias acciones. La víctima se siente psicológicamente atrapada en la relación violenta de la que no puede salir. Como se ha aclarado, "las mujeres maltratadas no intentan salir de la relación violenta, incluso cuando para un

⁵⁶ E. M. SCHNEIDER, *Describing*, cit., p. 196, que relaciona en la nota (No. 6) la amplia casuística de los Estados Unidos.

⁵⁷ Cfr. N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, op. cit. p. 810; A. MCCOLGAN, op. cit., p. 510; D. NICOLSON, *Telling Tales: Gender Discrimination, Gender Construction and Battered Women Who Kill*, en *Feminist Legal Studies*, 1995, p. 185 ss.

⁵⁸ L. E. WALKER, *The Battered Woman Syndrome*, New York, 1984; Id., *The Battered Woman Syndrome*, New York, 2009.

⁵⁹ Para un análisis en profundidad, en la literatura italiana, ver A. SZEGÖ, op. cit., p. 268 ss.

observador externo puede parecer posible un escape, porque no pueden concebir su propia salvación; creen que ni ellas ni los demás pueden hacer nada para cambiar las terribles condiciones en que viven"⁶⁰.

El síndrome de la mujer maltratada, que hoy es reconocido por la Organización Mundial de la Salud⁶¹ y está incluido en el DSM-V- (2014) como una subcategoría del trastorno de estrés postraumático⁶², ha permitido (en los sistemas de Common Law) dar voz dentro del proceso penal, a través del testimonio de un experto, a las razones de las mujeres maltratadas que reaccionan ante el tirano doméstico. Más allá del intenso debate jurisprudencial sobre la admisibilidad de este testimonio⁶³, que no se puede detallar aquí, nos limitamos a señalar que la contribución del experto, al tratar de fortalecer la credibilidad de la mujer maltratada, se limita a "explicar el modo típico en el que la víctima de violencia doméstica percibe el peligro" y por qué razón "la noción de peligro inminente adquiere un nuevo significado en estos casos"⁶⁴.

A pesar de haber tenido un reconocimiento directo también en Italia -como vimos, el G.u.p. de Bassano del Grappa hace referencia explícita al "estado de masoquismo aprendido" para explicar cómo la víctima de violencia doméstica percibe el peligro y considera necesaria su reacción-, el síndrome de la mujer maltratada ha sido objeto, desde su primera elaboración, de crítica tanto en relación con su sostenibilidad científica, como en relación con su relevancia efectiva en materia penal, es decir, su capacidad para justificar, de manera congruente, la reacción violenta de las mujeres hacia el tirano doméstico⁶⁵.

Veamos entonces cuáles son las objeciones.

Desde un punto de vista general, se ha destacado que "el síndrome de la mujer maltratada no significa, pero puede entenderse, como la confirmación de los estereotipos sobre las mujeres como pasivas, enfermas, débiles y víctimas"⁶⁶.

Por otro lado, se ha observado que la impotencia adquirida, como un efecto producido por ser sometido al ciclo de la violencia, puede explicar por qué la mujer víctima no puede finalizar la relación con el hombre que la maltrata, pero, en cambio, no logra aclarar por qué esta última reaccionó violentamente; «En la literatura sobre la

⁶⁰ L. E. WALKER, *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and how Society Responds*, New York, 1989, p. 50.

⁶¹ WHO, *International Classification of Diseases*, in www.who.int/classifications/icd/en/;

⁶² J. LOVELESS, *R. v GAC: battered woman "syndromization"*, en *Criminal Law Review*, 2014, p. 655 ss., en particular, p. 657.

⁶³ J. LOVELESS, *Domestic Violence, Coercion and Duress*, en *Criminal Law Review*, 2010, p. 93 ss., en particular, p. 101; v. también R. SCHULLER, N. VIDMAR, *Battered Woman Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature*, en *Law and Human Behavior*, 1992, p. 273 ss. Para una reseña de la jurisprudencia de California, v. S. DUVEN, *Battered Women and the Full Benefit of Self-Defense Laws*, en *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 2013, p. 103 ss.

⁶⁴ L. E. WALKER, *Battered Women Syndrome and Self-Defense*, en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 1992, p. 321 ss.

⁶⁵ Cfr. J. LOVELESS, op. cit., p. 660; D. L. FAIGMAN, *The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent*, en *Virginia Law Review*, 1986, p. 619 ss.

⁶⁶ E. M. SCHNEIDER, op. cit., p. 214.

impotencia adquirida, nada sugiere que podamos esperar un comportamiento violento de las mujeres»⁶⁷. Al contrario: es fácil deducir que una víctima psicológicamente paralizada, que no ve salida, sigue sufriendo violencia, en lugar de encontrar la fuerza para reaccionar.

Otro aspecto crítico de la teoría de la mujer maltratada está relacionado con su incapacidad para reflejar las experiencias y reacciones psicológicas extremadamente diversificadas de las mujeres maltratadas: no hay una sola, sino muchos perfiles de víctimas de violencia doméstica que cambian con el tiempo⁶⁸. El riesgo obvio es no atribuir importancia alguna, de cara a la aplicabilidad de una legítima defensa, a las experiencias individuales de cada mujer maltratada que no presenta las características de este síndrome⁶⁹. No solo eso, es precisamente el uso del término "síndrome" lo que ha causado cierta perplejidad, ya que cambia la cuestión desde el plano de la legítima defensa a la de la inimputabilidad. Una vez más, se confirmaría cómo "esos prejuicios y esos estereotipos sexistas (la mujer criminal desquiciada, o débil y pasiva) [es decir, el síndrome de la mujer maltratada] están destinados a prevalecer y vencer"⁷⁰.

Finalmente, habría un límite "interno" a la importación de esta teoría a sistemas criminales que, como el italiano, están "dotados de estructuras dogmáticas rígidas basadas en la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad"⁷¹.

6. ¿QUÉ ALTERNATIVAS HAY?

Dado el resultado de este breve recuento de las críticas al síndrome de la mujer maltratada, tal vez merezca la pena buscar una manera de superar los límites evidenciados, pero sin descartar, además, el aspecto más importante: el necesidad de comprender la experiencia de las mujeres víctimas de violencia doméstica para hacer que el modelo de la legítima defensa sea (aunque solo sea putativo) compatible con aquella última. Y es esta la perspectiva compartida también por quienes han avanzado dudas y críticas en relación con el síndrome de la mujer maltratada⁷².

Para evitar crear un nuevo estereotipo de una mujer maltratada, que se revela inidóneo para tomar en consideración la complejidad de las posibles reacciones psicológicas y de comportamiento de las mujeres víctimas de violencia doméstica, es necesario resaltar esta experiencia en una perspectiva individualizada basada en la clase y la duración de los abusos sufridos, así como las estrategias adoptadas por las mujeres para responder a ellas. Por lo tanto, parece necesario adaptar los requisitos

⁶⁷ A. M. COUGHLIN, *Excusing Women*, California Law Review, 1994, pág. 1 ss., En particular, p. 81; esta consideración se reitera, de forma adhesiva, también por A. SZEGÖ, op. cit., p. 278.

⁶⁸ M. A. DUTTON, op. cit., p. 1193 e ss., en particular p. 1197 s.

⁶⁹ Cfr. J. LOVELESS, op. cit., p. 656 s., 660; A. SZEGÖ, op. cit., p. 280.

⁷⁰ Así, A. SZEGÖ, op. cit., p. 281 s.

⁷¹ Así, A. SZEGÖ, op. cit., p. 281 s.

⁷² M. SHAFFER, *The battered Woman Syndrome Revisited: Some Complicating Thoughts Five Years after R. v. Lavallee*, en *The University of Toronto Law Journal*, 1997, p. 1 ss.; M. A. DUTTON, op. cit., p. 1.193 y ss.; Supreme Court of Canada, *R. v. Malott*, 12 de febrero de 1998, [1999] 1 S.C.R., p. 123 ss., en particular p. 141.

de la legítima defensa a los casos examinados, independientemente del reconocimiento de la impotencia adquirida: un presupuesto que ha resultado ser engañosa o incluso contraproducente precisamente en relación con el reconocimiento de la eximente⁷³.

Salir del modelo rígido del síndrome de la mujer maltratada también hace posible evitar el peligro de volver a caer en el estereotipo (también confirmado por los casos examinados, ver § 2.1) de la mujer-mentalmente enferma que mata a su pareja.

Sin embargo, si se hace sin el "síndrome", los límites a la importación hacia el sistema penal italiano de un modelo a través del cual se atribuya importancia a las razones de las mujeres víctimas de violencia doméstica, parecen ser más de tipo procesal que sustancial. No se trata de importar de manera acrítica un modelo proveniente de un sistema penal diferente que corre el riesgo de chocar con la rigidez de nuestras categorías dogmáticas, sino más bien de aprovechar la experiencia adquirida en otros sistemas relativa a la necesidad de atribuir a los requisitos de la legítima defensa un significado compatible con la realidad de la violencia doméstica. Para lograr este objetivo, se le deben ofrecer al juez los medios y las herramientas para poder saber: a) por qué razones la mujer no ha logrado cerrar la relación con quienes la maltratan; b) la clase y los efectos de la violencia sufrida; c) las estrategias adoptadas para acabar con la violencia (denuncias, efectividad de las intervenciones de la autoridad, etc.); d) las formas en que la mujer ha percibido el peligro y la necesidad de reaccionar de acuerdo con las circunstancias del caso específico⁷⁴. No todos estos elementos son normalmente objeto de prueba en un proceso en el que una mujer está llamada a responder por su reacción violenta hacia su pareja⁷⁵. No solo eso: se trata de elementos en los que sería deseable la contribución de un experto reclamado para asistir al juez en esta delicada operación. Intervención profesional que se mantiene excluida, sin embargo, debido a los límites legislativos sobre el objeto de la pericial y, en particular, debido a la prohibición de la pericial criminológica recogida en el art. 220 C.p.p.

Y ahora se podría buscar una solución en el plano del derecho sustantivo, identificando tres diferentes y graduables niveles de relevancia.

Se podría atribuir relevancia autónoma a la experiencia de las mujeres maltratadas, a través de una eximente específica o mediante la ampliación del alcance de la legítima defensa putativa.

Al no modificarse el juicio sobre la antijuridicidad del hecho, lo que permite evitar la difusión de un mensaje engañoso en el momento en el que la cuestión fuese resuelta en términos de antijuridicidad, parece más apropiado buscar soluciones diferentes que puedan ofrecer una respuesta más adecuada a la violencia femenina en las relaciones afectivas, sin que esta quede atrapada en una unidad de medida

⁷³ J. LOVELESS, op. cit., pp. 657, 660.

⁷⁴ Cfr. Supreme Court of Canada, R. v. Malott, 12 de febrero de 1998, cit., p. 133 s.

⁷⁵ Cfr. M. D. DUBBER, T. HÖRNLE, cit., p. 418.

masculina. Además, cualquier reconocimiento en la ley positiva de una previsión de este tipo no constituiría un "cuerpo extraño" dentro del sistema legal, ya que a los lazos familiares ya se les otorga una importancia considerable, tanto en la construcción de los tipos de injusto (v. gr., art. 572 del C.p.) como (sobre todo) en relación con las causas de inimputabilidad (v. gr., arts. 348 y 649 C.p.).

Se podría prever, en el contexto de las relaciones familiares o en cualquier otra forma de convivencia, que el error sobre la situación justificante eliminase cualquier forma de reproche (incluso por culpa impropia), si la reacción defensiva fue llevada a cabo por una víctima de violencia doméstica grave y repetida, que ha superado los límites de la legítima defensa debido a la perturbación, el miedo o el pánico.

Desde un punto de vista diferente, se podría introducir una eximente específica construida sobre el modelo del estado de necesidad previsto en el § 35 del Código penal alemán, destacando el hecho de que la víctima de violencia doméstica grave y repetida está expuesta a un peligro *permanente* para la vida, la indemnidad física o la libertad.

Finalmente, en un nivel diferente pero complementario, se podría dar relevancia a la violencia doméstica mediante una atenuante de carácter especial o mediante un tipo autónomo de homicidio cometido por una víctima de violencia doméstica.

Esto permitiría no solo facilitar los esfuerzos interpretativos para comprender *las razones de las mujeres víctimas de violencia doméstica que reaccionan ante su tirano*, sino también para releer, incluso a nivel simbólico, el sistema penal con una mirada atenta a las diferencias de género.

Como hemos intentado señalar, existe el riesgo de no dar relevancia a la hora de juzgar la reacción de la víctima que ha sufrido violencia doméstica durante muchos años: tanto la disciplina de la legítima defensa como del error de prohibición, se han creado para una tipología de conflictos típicamente masculinos, constituyendo garantías para las mujeres (al menos) "sobre el papel" para la gran mayoría de los casos (en que estas últimas reaccionan con violencia frente al tirano doméstico).

BIBLIOGRAFIA

J. DRESSLER, *Feminist (or "Feminist") Reform of Self-Defense Law: Some Critical Reflections*, in *Marquette Law Review*, 2010, p. 1475 ss.

S. S. M. EDWARDS, *Abolishing Provocation and Reframing Self-Defense - the Law Commission's Options for Reform*, in *Criminal Law Review*, 2004, p. 181

M.C.C. FLOREZ, *Legítima defensa en situaciones sin confrontación. La muerte del tirano de casa* (tesis doctoral), Madrid, 2016

E. LARRAURI, *Violencia doméstica y legítima defensa: un caso de aplicación masculina del derecho*, in ID., *Mujeres y sistema penal. Violencia Doméstica*, Buenos Aires, 2008, p. 41 ss.

J. LOVELESS, *R. v GAC: battered woman "syndromization"*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 655 ss.

J. LOVELESS, *Domestic Violence, Coercion and Duress*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 93 ss.

A. SZEGÖ, *Ai confini della legittima difesa. Un'analisi comparata*, Padova, 2003

VOß, *Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse*, Berlino, 2013