

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado «haustyrann»^()*

Miguel OLMEDO CARDENETE

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿La legítima defensa como causa de exención de responsabilidad criminal? III. La legítima defensa putativa y su reconducción a través del error en algunos de estos casos. IV. El error de prohibición y el estado de necesidad disculpante. V. Reflexión final.

I. Introducción ()**

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la praxis alemana sobre el tratamiento jurisprudencial que reciben los casos en los que la persona que es objeto de violencias habituales y sistemáticas (generalmente la mujer del agresor, aunque no siempre) decide poner fin a su dramática situación (no en vano, la doctrina y jurisprudencia alemana designan estos casos como el «*Haustyrann*» o «*Familientyrann*») acabando o intentado acabar con la vida de quien le tiene sometido a esa situación¹. Ejemplificaremos la cuestión con la exposición de los

(*) La elaboración de este trabajo ha sido posible gracias a una breve estancia de investigación desarrollada en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional con sede en Friburgo de Brisgovia (Alemania), en el otoño de 2003. Nuevamente debo expresar mi más sincero agradecimiento al Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Hans-Heinrich Jescheck por el apoyo que me brinda durante mis estancias en el mencionado Instituto.

(**) Abreviaturas utilizadas: *AT*: *Allgemeiner Teil*; *BGH*: *Bundesgerichtshof*; *GA*: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*; *HannRpfl*: *Hannoversche Rechtspflege*; *JW*: *Juristische Wochenschrift*; *LG*: *Landesgericht*; *LK*: *Leipziger Kommentar*; *NJW*: *Neue Juristische Wochenschrift*; *NK*: *Nomos Kommentar*; *NSiZ*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*; *NSiZ-R.R.*: *Neue Zeitschrift für Strafrecht. Rechtsprechungs-Report*; *StGB*: *Strafgesetzbuch*; *StV*: *Strafverteidiger*; *JR*: *Juristische Rundschau*; *JZ*: *Juristenzeitung*; *OLG*: *Oberlandesgericht*; *RG*: *Reichsgericht*; *RGSt*: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*.

¹ En España el tema ha sido ya objeto de una cierta atención doctrinal desde diferentes institutos; vid. LARRAURI PIJOÁN: «Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho», en *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995, pp. 29 y ss.; VARONA GÓMEZ: «La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica», en *Ibidem*, pp. 89 ss.; DE VEGA RUIZ: *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Pamplona, 1999, pp. 224 y ss.; REQUEJO CONDE: *La legítima defensa*, Valencia, 1999, pp. 113 y ss.; IGLESIAS RÍO: *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Granada, 1999, pp. 160, 413 y ss.; ACALE SÁNCHEZ: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 188 y ss.; VARONA GÓMEZ: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde la teoría de la justicia*, Granada, 2000, pp. 306 y ss.; OLMEDO CARDENETE: *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona,

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

hechos que sirvieron de base a la reciente sentencia dictada por el BGH el 25 de marzo de 2003²:

La acusada conoció a su marido en 1983, año en el que comenzaron sus relaciones personales. Él era entonces miembro de un grupo de rock y desde un primer momento empezó a hacer uso de la violencia física contra ella abofeteándola en numerosas ocasiones. A pesar de ello se casaron en el año 1986. Posteriormente, tras el nacimiento de su primera hija, continuó maltratándola propinándole puñetazos en la cara, en el estómago y dándole patadas. Cuando la acusada se quedó embarazada de su segunda hija el marido siguió pegándole puñetazos y patadas en la zona del vientre, con desconsideración hacia su situación de gravidez, hasta el punto de que la hija nació con una lesión en el paladar a consecuencia de los golpes recibidos. El marido la maltrataba y humillaba en múltiples ocasiones. En la Navidad del año 2000, en presencia de los miembros de un club de motoristas al que aquél pertenecía, la obligó a arrodillarse ante él y a repetir que era una puerca y una basura. Durante los dos días anteriores al que tuvieron lugar los hechos el sujeto tuvo diversos ataques de ira extraordinariamente violentos. En uno de ellos, provocado por una puerta que se cerró con fuerza a causa del viento, cuando ella intentaba calmarle, le propinó fuertes bofetadas que terminaron tirándola al suelo y acto seguido comenzó a pisotearla descalzo. En otra ocasión, le pegó súbitamente un puñetazo tan fuerte en el estómago que hizo que ella se doblara de dolor; posteriormente, encontrándose ésta ya en el suelo, le propinó al menos diez patadas con unas botas militares que vestía, arrodillándose después sobre ella y golpeándole en la cara con los puños.

Sobre este trasfondo de circunstancias los hechos se desencadenaron del siguiente modo: Al volver el marido del local de su propiedad sobre las 3:30 horas de la madrugada, empezó a discutir nuevamente con la acusada. Durante una media hora estuvo insultándola, escupiéndole y golpeándole en la cara haciendo que sangrara por la boca. Finalmente, él se fue a la cama permaneciendo la acusada despierta debido a que debía tener preparadas a sus hijas a las 6:00 de la madrugada para ir al colegio. Más

2001, pp. 119 y ss.; JIMÉNEZ DÍAZ: «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*, coordinados por MORILLAS CUEVA, Madrid, 2002, pp. 287 y ss.; SUÁREZ LÓPEZ: «Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica», en *ibidem*, pp. 239 y ss.; MAYORDOMO RODRIGO: *Aspectos criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, pp. 149 y ss.

² El texto de la resolución puede encontrarse en *NJW*, 2003, p. 2464.

tarde, en torno a las 9:00 de la mañana, entró en el dormitorio empuñando un revólver adquirido ilegalmente por su marido y, mientras éste dormía, disparó sobre el mismo a una distancia aproximada de 60 cms. vaciando las ocho balas que se encontraban dentro del tambor del arma mencionada. Dos de los disparos dieron en el blanco y le produjeron la muerte inmediata.

La exposición del relato de hechos pone inmediatamente de manifiesto las dificultades que surgen en este tipo de casos para la búsqueda de una solución que sea técnicamente correcta y, a la vez, materialmente justa a la luz de las especiales circunstancias que concurren sobre las personas –principalmente mujeres- que suelen sufrir largos periodos de violencia por parte de sus maridos o compañeros sentimentales. Aunque sólo algunas de ellas van a ser objeto de atención en este trabajo, básicamente la discusión dogmática sobre las posibles causas de atenuación o exención de la responsabilidad gira en Alemania en torno a seis posibilidades: a) estimación de una legítima defensa (§ 32 StGB). b) Apreciación de un exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB) producido por confusión, temor o miedo. c) Aplicación de un estado de necesidad disculpante (§ 35.1 StGB). d) Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, con aplicación, en su caso, de las reglas sobre el error de tipo (§ 16 StGB). e) Error sobre los presupuestos objetivos del estado de necesidad disculpante previsto expresamente en el § 35.2 StGB. Y f), por último, la posibilidad de apreciar una capacidad de culpabilidad considerablemente disminuida por un eventual estado de arrebato (§ 21 StGB)³.

Con carácter previo debe advertirse, no obstante, que a veces el apoyo jurídico al que recurre la jurisprudencia alemana es mucho más difuso y se concentra especialmente en intentar paliar la rigurosidad punitiva que se cierne sobre la víctima de violencia doméstica cuyo hecho final, a la luz de las circunstancias del caso, es susceptible de ser calificado como asesinato y, por ende, de ser castigado en el país germano con cadena perpetua (cfr. § 211.1 StGB). Esto sucedió, precisamente, con el caso resuelto por el BGH cuyos hechos hemos expuesto resumidamente en líneas anteriores. Y así, el Tribunal de instancia (*LG Hechingen*) recurrió a la doctrina sentada por el Pleno de la Sala de lo Penal del propio BGH (la denominada «*Strafmaßlösung*»⁴) que por circunstancias extraordinarias permite

³ La sentencia del BGH de 8 de junio de 1983, *StV*, 1983, p. 458, alude expresamente a la legítima defensa, al estado de necesidad disculpante, a la legítima defensa putativa y al estado de necesidad putativo, como posibles institutos para la resolución de este tipo de casos.

⁴ Para más detalles sobre la doctrina del BGH al respecto, considerando que el caso del «tirano de la casa» es uno de los casos que presentan «circunstancias extraordinarias» que excepcionan el carácter absoluto de la

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

romper el carácter absoluto con el que se conmina la pena de cadena perpetua en el delito de asesinato y, de este modo, poder imponer una pena de prisión de duración determinada. En el caso comentado, el LG impuso a la acusada la pena de prisión de nueve años, evitando así la aplicación de la pena de prisión indefinida como modo de adaptar la respuesta punitiva al cuadro de violencias y vejaciones sufridas por la mujer durante varios años. Tanto el propio BGH en su sentencia⁵, como algún autor en un comentario a la misma⁶, critican que el Tribunal *a quo* no haya explorado la posibilidad de aplicar un error sobre los presupuestos objetivos de un estado de necesidad disculpante (§ 35.2 StGB). Como afirma WIDMAIER, «ciertamente, existen muchos argumentos a favor de que un error de esa naturaleza por parte de la acusada, no obstante la ausencia de otra salida que ella experimentaba sobre su situación, fuera de carácter vencible y no determinara en verdad su absolución. Sin embargo, en virtud de la expresa disposición legal [scil. el § 35.2 StGB], la pena se habría atenuado mucho más ampliamente [...]. En conclusión, pues, la emocional y voluntariosa intervención del LG ha dejado improductivas posibilidades de atenuación mucho más eficaces que se encuentran jurídicamente garantizadas y dogmáticamente estructuradas»⁷.

II. ¿La legítima defensa como posible causa de exención de responsabilidad criminal?

Comenzando con la viabilidad de la legítima defensa como causa de justificación (§ 32 StGB) para la resolución de estos casos, tomaremos como referencia la resolución del BGH de 11 de enero de 1984⁸. Los hechos enjuiciados por la sentencia fueron, resumidamente, los siguientes:

La acusada, que en el momento de los hechos se encontraba embarazada, mató a su marido de una puñalada el 17 de abril de 1982. El matrimonio soportaba desde hacía algún tiempo dificultades de diversa naturaleza. El marido había mantenido relaciones con otras mujeres, tenía problemas con el alcohol y otras drogas, y atravesaba también estrecheces económicas.

conminación penal de la cadena perpetua en el delito de asesinato, vid. GÜNTHER: «Mordunrechtsmindernde Rechtfertigungselemente», en *JR*, 1985, pp. 268 y ss.; HASSEMER: «Anmerkung zum BGH Urteil vom 2.8.1983», en *JZ*, 1984, pp. 967 y ss.; SPENDEL: «Der BGH und das Mordmerkmal "Heimtücke"», en *StV*, 1984, pp. 45 y ss.; RENGIER: «Anmerkung zum BGH Urteil vom 2.8.1983», en *NSiZ*, 1983, pp. 21 y ss. El texto de la sentencia comentada por este último autor puede encontrarse también en *StV*, 1984, p. 458, así como en *JR*, 1985, p. 299.

⁵ Vid. *NJW*, 2003, p. 2464.

⁶ WIDMAIER: «Dogmatik und Rechtsgefühl. Tendenzen zur normativen Einschränkung des Mordtatbestands in der neueren BGH-Rechtsprechung», en *NJW*, 2003, p. 2789.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *JR*, 1985, p. 113. El texto de la sentencia puede encontrarse también en *NJW*, 1984, p. 986.

Entre los cónyuges se daban repetidos enfrentamientos y actos de violencia. A comienzos del año 1982 la mujer abandonó a su esposo e hijo para irse a vivir con un amigo, aunque volvió con ellos a las pocas semanas. Precisamente a causa de las dificultades económicas por las que atravesaba la pareja, la acusada había escondido en el dormitorio la cantidad de 300 marcos para poder hacer frente a gastos familiares. A última hora de la tarde de la fecha antes citada, se produjo una nueva pelea entre los esposos debido a que el hombre había cogido 100 marcos de dicho dinero, abandonado seguidamente la casa. Al cabo de una hora regresó y exigió a la acusada que le entregara el resto de sus ahorros, revolvió diversos recipientes en el dormitorio, encontró el resto del dinero e intentó irse nuevamente de la casa con el mismo. La mujer quiso impedirlo y, para ello, echó la cerradura de la puerta y se metió la llave en el bolsillo del pantalón. La mujer creyó que el marido había ido con los 100 marcos a comprar droga y que se la había inyectado, suponiendo también que había vuelto bebido. Entre los cónyuges se inició entonces un enérgico enfrentamiento en el que en un primer momento intentó mediar un amigo común que convivía con ellos. Este último, sin embargo, se fue al salón a ver un programa de televisión mientras que la pareja continuaba la discusión en la cocina. El hombre le exigió a la acusada repetidas veces la entrega de la llave, la golpeó y la empujó contra un mueble. Finalmente, la mujer cogió un cuchillo de cocina que se encontraba en el fregadero y se lo dirigió a su marido de forma amenazadora. Éste le gritó en diversas ocasiones «no lo harás, me amas» e intentó golpearla de nuevo. La mujer se protegió la cara con la mano izquierda y clavó el cuchillo en el pecho del marido alcanzándole el corazón. El *LG* condenó a la acusada por un delito de homicidio a dos años de prisión cuya ejecución fue suspendida condicionalmente.

El Tribunal de instancia reconoció el derecho de la mujer a defenderse frente a los golpes de su marido⁹, pero le reprochó rebasar con el uso del cuchillo el medio y la medida necesaria para su defensa. Consideró que existían otras posibilidades de defensa a disposición de la mujer para eludir la agresión de su esposo, porque

⁹ La actualidad de la agresión como requisito exigible de la legítima defensa para casos de violencia habitual, pero no permanente, resulta ser un aspecto muy discutido cuya concurrencia fue ya negada por el mismo RG, vid. la sentencia de 11 de abril de 1910, RGSt, 43, 342. Consúltese, igualmente, la sentencia del OLG Celle de 4 de diciembre de 1946, cuyo texto puede encontrarse en *HannRpfl*, 1947, p. 15. Doctrinalmente, sin embargo, hay opiniones que mantienen que en estas hipótesis sí está presente la actualidad del ataque, vid. SPENDEL: *LK(11^o)*, Berlin 2003, § 32 n° 130 (Stand: 1.3.1992), así como HERZOG: *NK*, 1. Auflage, Bd. 2 (Lieferung 30.11.2001) § 32 n° 29 (quien considera que esta posibilidad se presenta al menos como «digna de reflexión»).

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

podía haber entregado la llave de la puerta y haber gritado pidiendo auxilio a su común amigo que se encontraba en el salón. Pero es otro de los argumentos utilizado por el LG el que, por su trascendencia, más nos interesa destacar. Nos referimos al hecho de que, por haber sufrido la mujer agresiones de esa naturaleza, el órgano judicial consideró que «sucesos de ese tipo eran ya conocidos por la acusada. El ataque del marido no había sido ni más peligroso ni más enérgico que en anteriores actos de violencia. Los medios de defensa que se encontraban a su disposición habrían bastado para conjurar el peligro, *algo que rige tanto más por tratarse de un suceso que tiene lugar entre personas unidas por una estrecha relación personal*»¹⁰.

Con este último razonamiento el Tribunal *a quo* evoca una doctrina bastante polémica que durante años había desarrollado el propio BGH. Nos referimos al reconocimiento por parte de la jurisprudencia alemana de restricciones al derecho de defensa en aquellas agresiones que tienen lugar entre cónyuges¹¹. La propia sentencia del Tribunal Supremo Federal que comentamos sintetiza esta doctrina de la siguiente forma: «En determinados casos la jurisprudencia ha exigido al cónyuge, en ataques peligrosos para la vida, la renuncia a un medio de defensa eficaz, pero posiblemente mortal, si de la agresión que se sufre tan sólo han de ser temidas lesiones corporales leves; dependiendo de las circunstancias, en tales casos el agredido debe conformarse con un modo de defenderse menos lesivo, incluso aunque la defensa tan sólo encierre una importante probabilidad de neutralizar el ataque»¹².

Con otras palabras, la experiencia previa de la mujer maltratada en las agresiones sufridas por su cónyuge o pareja de hecho, es valorada por la jurisprudencia alemana para limitar y relativizar el carácter necesario de su defensa, especialmente en lo relativo a la peligrosidad de la forma de defenderse o de los instrumentos o armas de los que hace uso la mujer en su comportamiento que resulta ser mortal o

¹⁰ Vid. *JR*, 1985, p. 114 (sin negrita ni cursiva en el original).

¹¹ Para un análisis doctrinal del tema vid. los comentarios a esta sentencia de LOOS: «Zur Einschränkung der Notwehr in Garantenbeziehungen», en *NJW*, 1985, pp. 859 y ss., y de MONTENBRUCK: «Anmerkung zum BGH Urteil vom 11.1.1984», en *JR*, 1985, pp. 115 y ss.; vid., asimismo, ENGELS: «Die partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten», en *GA*, 1982, pp. 109 y ss.; SPENDEL: «Keine Notwehreinschränkung unter Ehegatten. Zum Urteil des BGH vom 11.1.1984», en *JZ* (1984), pp. 507 y ss.; GEILEN: «Eingeschränkte Notwehr unter Ehegatten?», en *JR*, 1976, pp. 314 y ss.; MARXEN: «Die Grenzen der Notwehr bei Auseinandersetzungen in der Ehe», en *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, ed. por LÜDERSSSEN y SACK, Tomo I, Frankfurt a.M., 1980, pp. 63 y ss.; ZENZ: «Notwehr unter Ehegatten- psychodynamische Aspekte», en *ibidem*, pp. 77 y ss.

¹² Vid. *JR*, 1985, p. 114. La sentencia contiene referencias jurisprudenciales anteriores que también recogen este criterio restrictivo: vid. las sentencias del BGH de 25 de septiembre de 1974, *NJW* 1975, p. 62 y de 26 de febrero de 1969, *NJW*, 1969, p. 802; esta última también publicada en *GA*, 1969, p. 117.

muy lesivo para el maltratador. De este modo, los antecedentes de maltrato, lejos de intervenir favorablemente en la interpretación de los requisitos de la legítima defensa (especialmente en la valoración de la racionalidad del medio de defensa), sirven de base para exigir una renuncia parcial al derecho de defensa imponiendo la necesidad de soportar el riesgo de que, en esa ocasión, la conducta del agresor vaya más lejos que en anteriores ocasiones con resultados¹³.

Lo cierto es que, la sentencia que comentamos, resulta finalmente ser muy restrictiva con este planteamiento al considerar que una limitación de esa índole no se plantea en el caso de autos, teniendo en cuenta que la mujer intentaba evitar un hurto, que se encontraba embarazada en el momento de la agresión, que fue golpeada y lanzada contra un mueble de la cocina, que cuando ella cogió el cuchillo lo mostró de forma simplemente amenazadora y que, no obstante, el marido intentó golpearla en la cabeza¹⁴, que no podía reclamar a tiempo ayuda externa, que del relato de hechos no resulta evidente la posibilidad de recurrir a un medio menos lesivo que pudiera neutralizar el ataque «con una alta probabilidad», que no existían en el relato fáctico puntos de apoyo para entender que una puñalada en la pierna o en el brazo impidiera la continuación de las agresiones y que, más aún, no puede excluirse que el intento de herir al marido en una zona no vital pudiera incrementar su ira y provocar que aquél la agrediera y pegara más enérgicamente¹⁵. Pero a pesar de tan restrictivos planteamientos, que en algún punto muy concreto también se presentan algo dudosos¹⁶, lo que puede resultar llamativo –y también preocupante– es que todavía, muy recientemente, el BGH en su sentencia de 18 de abril de 2002¹⁷ no haya negado la existencia de restricciones a la legítima defensa entre cónyuges (dejando la cuestión completamente abierta),

¹³ Rotunda en este punto es la ya tantas veces citada sentencia: «Sin embargo, la mujer tenía derecho a protegerse y defenderse simultáneamente. Un marido que contrariamente a Derecho ataca con violencia a su mujer embarazada y que, a pesar de la amenaza de ésta de defenderse con un cuchillo en caso necesario, no cesa en la continuación de las agresiones, no puede por principio exigir una “abdicación comprensiva y actuación considerada” de tal naturaleza que haga renunciar a la mujer atacada al resultado de una defensa satisfactoria por el hecho de que ésta pueda conducir a la muerte del marido agresor» (*JR*, 1985, p. 115).

¹⁴ Reproducimos, por expresiva, la afirmación del BGH en este punto: «la amenaza con el cuchillo no fue en sí misma inadecuada si la acusada no confiaba plenamente en su efecto disuasor y contaba con tener que utilizarlo en caso necesario. Al respecto puede quedar abierta la cuestión de si el derecho a la legítima defensa está o no restringida en el ámbito de las estrechas relaciones personales, pero una limitación tan amplia de tal derecho, consistente en que la víctima no pueda ni siquiera intentar evitar un ataque violento amenazando con el cuchillo al agresor, no estaría en ningún caso justificada».

¹⁵ Vid. *JR*, 1985, p. 115.

¹⁶ Especialmente en lo relativo a la supuesta imposibilidad de requerir el auxilio del amigo común que se encontraba en la misma vivienda (no se olvide que el maltratador iba desarmado) o en lo que respecta a la exclusión de la viabilidad de inferir puñaladas menos lesivas.

¹⁷ Vid. *NSIZ-RR*, 2002, p. 204.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

obviando así el historial de malos tratos que puede dar origen a la salida agresiva mortal por la que en ocasiones optan las mujeres que sufren violencias habituales. No se trata sólo de reclamar a la praxis –que también- una mayor sensibilidad en la materia valorando la especial situación en la que se encuentra el sujeto pasivo de la violencia en estos supuestos sino, al menos, de no tratar a estas víctimas más severamente a como se hace por la jurisprudencia en cualquier otra hipótesis de legítima defensa.

En relación con las especialidades que la defensa necesaria parece presentar en estos supuestos, también queremos llamar la atención sobre algunos argumentos a los que la jurisprudencia alemana recurre para negar el carácter necesario de la acción defensiva de la mujer tal y como exige el § 32.2 StGB. En este sentido, el BGH aporta reflexiones de corte victimodogmática en aquellos casos en los que aquélla, voluntariamente, decide continuar la convivencia con su marido o compañero. Y así, se valora en su perjuicio el hecho de que la mujer hubiera logrado separarse con éxito algunas veces de su victimario y que, a pesar de ello, sin mediar violencia o una situación de necesidad, hubiera vuelto voluntariamente a cohabitar con él a pesar de sus malas experiencias pasadas. De este modo, afirma expresamente el Tribunal Supremo Federal, «ella misma ha contribuido a poder ser maltratada corporalmente junto con su hija [...]. Como mínimo, a la mujer le era exigible, ante las primeras señales de una posible escalada de la pelea, abandonar la vivienda con los niños» (sentencia de 18 de abril de 2002)¹⁸. En cambio, en su resolución de 11 de enero de 1984¹⁹ el BGH no valoró como un elemento relevante la circunstancia de que la mujer decidiera voluntariamente, tras haber abandonado a su marido e hijo, volver a vivir con ellos a las pocas semanas²⁰. Básicamente, aunque con la relatividad propia del examen de cada caso concreto, traer a colación en este contexto la contribución del comportamiento de la propia víctima de violencia doméstica como criterio para restringir la viabilidad de la legítima defensa, implica dar por supuesto que la conducta de la mujer maltratada es completamente voluntaria, algo que parece dudoso a la vista de los efectos que son propios del síndrome que sufren este tipo de víctimas.

Para terminar con la legítima defensa, únicamente se hace necesario recordar que para la viabilidad de la aplicación del § 32 StGB es necesario que la mujer se enfrente a una agresión real, puesto que el exclusivo temor subjetivo de aquélla de

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Vid. *JR*, 1985, p. 113.

²⁰ Acerca de las implicaciones victimodogmáticas de estos casos vid. HILLENKAMP: «In tyrannos-viktimodogmatische Bemerkungen zur Tötung des Familientyrannen», en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, ed. por KÜHNE, Baden-Baden, 1995, pp. 141 y ss.

sufrir en breve un ataque no fundamenta por sí mismo el surgimiento de tal causa de justificación²¹.

III. La legítima defensa putativa y su reconducción a través del error en algunos de estos casos

En relación con el error sobre los presupuestos fácticos de la legítima defensa, merece destacarse el caso resuelto por la sentencia del BGH de 12 de marzo de 1987²². Resumidamente, los hechos enjuiciados por dicha resolución eran los siguientes:

Desde hace tiempo la acusada sufría un trato insensible por parte de su marido, siendo objeto de numerosos tormentos, humillaciones, insultos y golpes. Esta situación condujo a la mujer a tomar la decisión de separarse de su esposo, buscando con tal propósito el asesoramiento de un abogado. El día que el hombre tuvo conocimiento de las intenciones de su pareja, le insultó y le dijo que iba a tirotear a todos (ambos tenían, también, hijos comunes), poniéndose acto seguido a buscar una pistola de su propiedad que no pudo encontrar porque la mujer consiguió coger inadvertidamente el arma de fuego del armario en el que ésta se encontraba, escondiéndola en el bolsillo del mono que llevaba puesto. Ella le suplicó que fuera razonable, que la escuchara, y que asumía toda la culpabilidad por lo que pasaba. Él le replicó que si se separaban, qué iban a hacer con las antigüedades, la ropa y las joyas que poseían, a lo que ella contestó que podían dividir las cosas. En ese momento, la discusión fue interrumpida por el llanto irrupido por su hija más pequeña que dormía en la planta de arriba. En ese momento el esposo se tranquilizó de repente y dijo que bien, que podrían dividir las cosas, pero que iba a acabar con todo empezando con el bebé de arriba. Acto seguido el hombre salió de la casa y la acusada escuchó la puerta de cuarto de la calefacción, a la vez que oía a su marido gritar: “dónde está, dónde está”. La mujer supuso que éste buscaba el hacha para matarla a ella y a los hijos y, para evitar el ataque que ella presumía iba a producirse por parte del mismo, cogió la pistola –que estaba cargada– del bolsillo de su mono, le quitó el seguro, tiró del cañón hacia atrás y se apostó en el vestíbulo de la vivienda que se encontraba a una distancia de dos a tres metros de la puerta de entrada de la casa cuya visión quedaba, desde ese lugar, en semipenumbra. Cuando el marido atravesó la puerta gritando algo que la mujer no pudo recordar, dirigió la pistola hacia el

²¹ Sentencia del BGH de 18 de abril de 2002 (*NSiZ-RR*, 2002, p. 203).

²² *NSiZ*, 1987, p. 322. Sobre este tema puede consultarse también la sentencia del BGH de 5 de julio de 1983, *NSiZ*, 1983, p. 500.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

mismo, cerró los ojos y realizó cuatro disparos seguidos que le alcanzaron de lleno y que le originaron heridas tan graves que le produjeron la muerte en poco tiempo. Cuando el marido yacía en el suelo, la mujer comprobó que no portaba consigo hacha alguna.

El *LG Detmold* condenó a la acusada por un homicidio imprudente, a una pena de dos años de prisión cuya ejecución fue suspendida condicionalmente. El BGH anula la sentencia de instancia y censura la calificación realizada por el órgano judicial de instancia que obedecía a la estimación de un error vencible sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, aplicando el § 16.1 StGB que conduce a la punición de la conducta a título de negligencia.

De los argumentos que suministra el BGH en su sentencia pueden ponerse de relieve los siguientes: en primer lugar, el Tribunal se reafirma en su doctrina sobre la legítima defensa putativa en el sentido de que «también en la aceptación errónea de un ataque inminente el autor no puede más de lo que el agente hace en una legítima defensa real». Este argumento conduce inmediatamente al segundo, esto es, que también en este tipo de errores «el marco de la defensa necesaria se determina a través de la fuerza y peligrosidad del agresor, así como por medio de las posibilidades de defensa del agredido». Sobre estas premisas, el BGH añade, ya en más estrecha relación con los hechos que enjuicia, que la utilización de un arma de fuego que pone en peligro la vida de las personas no es, en sí misma, inadmisibles como medio de defensa, pero considera que «sólo puede ser el último medio de defensa». Por regla general, continúa la sentencia, es como mínimo exigible al agredido que amenace al agresor con el uso del arma²³. Si ello no fuera suficiente, y siempre que sea posible, deberá hacer un uso menos peligroso del arma de fuego. En este sentido se plantea la realización de disparos de advertencia que, de no ser disuasorios, pueden dirigirse a las piernas del sujeto para poder disminuir su capacidad agresiva²⁴. De este modo, el BGH reprocha al Tribunal a

²³ Digna de mención es la importancia que el BGH otorga en la sentencia de 11 de enero de 1984 (*JR* 1985, p. 113) a la amenaza previa de la mujer a su marido como medio de evitar la continuación de la agresión por parte del mismo. En cambio, con un criterio sustancialmente diverso, dicho Tribunal ha sostenido que conocer el carácter agresivo y violento de la víctima, así como la previsión de una escalada de los acontecimientos constituye un elemento que juega en contra de la mujer que, a pesar de anteriores experiencias, no sólo no abandona el día de autos el domicilio común con sus hijos, sino que se presenta ante él portando un cuchillo cuya visión hace que el marido incremente su ira y que, lejos de amedrentarse, haga que se crezca en su conducta violenta intentando hacer frente a la agresión de la mujer (sentencia de 18 de abril de 2002, *NSIZ-RR*, 2002, p. 204).

²⁴ Por el contrario, la sentencia del BGH de 11 de enero de 1984 (*JR*, 1985, p. 113) no excluía que el apuñalamiento del agresor en zonas no vitales como las piernas o el cuerpo no excluía la posibilidad de que el marido se enfureciera aún más intensificando la violencia del ataque.

quo la ausencia de actuaciones dirigidas a indagar si la mujer no tenía a su disposición otros medios de defensa menos lesivos, se cuestiona por qué no obstaculizó la vuelta de su marido a la casa cerrando la puerta de entrada o echando la llave de ésta, por qué no llamó a la policía como medio para intentar calmar a su marido ante la inminente llegada de las autoridades²⁵. Asimismo, el BGH se pregunta por qué la acusada se situó sólo a una distancia de tres metros de la puerta de entrada, cuando de haberse apostado más lejos –la longitud del vestíbulo lo permitía- podría haber lanzado gritos y disparos de advertencia sin peligro para su propia vida.

Se comprueba, por tanto, que la jurisprudencia alemana, en el marco de la discusión sobre el juego de la legítima defensa putativa en estos casos, se centra esencialmente en trasladar los criterios elaborados para las hipótesis de defensa necesaria real, dedicando especial atención a la racionalidad del medio empleado por quien cree estar actuando amparado por dicha causa de justificación. Sucintamente querríamos apuntar al respecto que, probablemente, el centro de gravedad de los argumentos debería, más bien, centrarse en la vencibilidad o no del error, basándose en el análisis los indicios –bastante razonables, a nuestro juicio en el caso expuesto- que existían a favor de que el sujeto iba a desarrollar una conducta inmediatamente peligrosa para la vida de la mujer y, probablemente también, para la de sus propios hijos (los hechos probados relatan que el marido buscó infructuosamente el arma de fuego y que, por su comportamiento posterior, era lógico pensar que volvía a la casa armado con el hacha). Asimismo, la exigibilidad de una alta precisión en disparos disuasorios o menos lesivos, parece presuponer un conocimiento exacto del uso de armas de fuego (recuérdese, sin embargo, que la mujer cierra los ojos al disparar el arma) y, sobre todo, orilla las circunstancias de extraordinaria tensión en las que suelen suceder este tipo de acontecimientos y en las que resulta decisivo el análisis del estado de exaltación (miedo, pánico, terror²⁶) de la víctima y de los efectos que eventualmente puede padecer a causa del síndrome de la mujer maltratada. Éstos son, sin duda,

²⁵ En cambio, tal argumento contrasta con el empleado por el BGH en la resolución citada en la nota anterior, en la que no consideró factible que, frente a una agresión sin armas ni objetos peligrosos por parte del marido, la mujer pidiera auxilio a un amigo común que se encontraba en el comedor de la vivienda viendo la televisión y que minutos antes había terciado en la contienda familiar.

²⁶ El BGH afirma que, de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio, cabe deducir que la acusada «no perdió la cabeza» y que aunque se condujo «con un gran miedo, no lo fue en la extensión suficiente como para no poder pensar con claridad ni darse cuenta de la situación. Se hizo cargo de ésta de un modo sensato. Tuvo tiempo de quitar el seguro a la pistola y de hacer retroceder el cañón...». Estos argumentos son considerados decisivos por el Tribunal para desestimar un error sobre el carácter necesario de la acción defensiva que habría hecho decaer el dolo de la acción de la autora. Vid. *NSiZ* (1987), pp. 322-323.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO

Reflexiones sobre la idea de sanción

elementos que deberían incidir en una mayor flexibilidad a la hora de sentar parámetros que midan la racionalidad del medio empleado en la defensa (real o supuesta).

IV. El error de prohibición y el estado de necesidad disculpante

Aunque fuera ya del ámbito de la legítima defensa putativa, no queríamos dejar de apuntar el dato de que la sentencia del BGH de 12 de marzo de 1987, principal objeto de comentario en el epígrafe anterior, abre también una tímida puerta a la posibilidad de estimar la concurrencia de un error de prohibición (§ 17 StGB) si la mujer hubiera creído que la norma le habilitaba para realizar disparos que posiblemente pudieran matar al supuesto agresor, no obstante la existencia de medios menos lesivos a su disposición; esta última circunstancia, sin embargo, haría que el error hubiera sido calificable de vencible y, por tanto, ante las circunstancias del hecho, considerado irrelevante²⁷.

La búsqueda de un pronunciamiento del BGH abiertamente favorable a estimar la eficacia de un estado de necesidad disculpante requiere remontarse a la sentencia de 12 de julio de 1966²⁸. Aunque más alejada en el tiempo, creemos que esta decisión posee una notable importancia en la medida en que para fundamentar la aplicación del antiguo § 54 StGB (actual § 35 StGB, tras la Reforma de la Parte General del texto punitivo alemán operada en el año 1975) el Tribunal Supremo Federal recurre a las insuficiencias institucionales detectadas para impedir que la víctima mortal maltratara y tiranizara a su familia. En el caso enjuiciado por la resolución mencionada, tras el tristemente habitual cuadro de violencias que se esconde tras estos supuestos, la mujer y la hijastra del fallecido causaron su muerte a través de los distintos golpes que le propinaron con una sartén en la cabeza. El Tribunal de instancia consideró que no era posible apreciar el estado de necesidad disculpante «por faltar el requisito legal de que la situación de necesidad no pueda ser eliminada de otro modo»²⁹. Por el contrario, el BGH consideró que, en relación con la actuación de la menor, podía considerarse que su hecho antijurídico era disculpable por carecer de ninguna otra opción para rescatar a su madre y al resto

²⁷ Téngase en cuenta que, de acuerdo con el § 17 StGB, y a diferencia del art. 14.3 CP español, el error vencible de prohibición da lugar sólo a una atenuación *facultativa* de la pena (vid. § 17 StGB *in fine*).

²⁸ *NJW*, 1966, p. 1824. También la doctrina alemana tiende a encuadrar los casos del «Haustyrann» dentro del estado de necesidad disculpante, por estimar que en este tipo de comportamientos concurre un peligro permanente para la vida o el cuerpo de la persona; vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducido por OLMEDO CARDENETE, Granada, 2002, § 44, antes del I, 1.2.; ROXIN: *Strafrecht. AT*, Bd. I, 3. Auflage, München, 1997, § 22 n° 17.

²⁹ Aunque las penas que impuso el Tribunal *a quo* fueron bastante leves: condenó a la mujer por un delito de homicidio a dos años y medio de prisión y a la hijastra a un año de internamiento juvenil que en parte fue suspendido condicionalmente.

de sus parientes de un peligro actual para su integridad corporal. La menor ya había hablado con la madre y no obtuvo de ella ayuda de ningún tipo al respecto, por ser ésta de carácter débil, encontrarse desmoralizada y tratarse de una persona en sí misma desamparada. Pero es que, además, señaló textualmente que «*las autoridades, a pesar de estar enteradas, tal y como se evidenció, no intervinieron enérgicamente no obstante tener conocimiento del actuar peligroso y del comportamiento inhumano*» del sujeto³⁰. Este último argumento puede adquirir especial trascendencia para una más adecuada valoración de los casos, afortunadamente cada vez menos frecuentes, en los que las autoridades policiales, judiciales o del Ministerio Fiscal, no atienden debidamente las solicitudes de auxilio de la víctima expresadas a través de la acumulación de denuncias contra su presunto agresor.

En relación con la mujer del fallecido, también el Tribunal consideró viable el estado de necesidad disculpante al señalar que aunque «*la separación matrimonial o el internamiento del hombre a causa de su adicción a la bebida*» eran salidas posibles y menos traumáticas a la situación de necesidad a la que se enfrentaba, «*con ello se le exige, hasta el eventual resultado de esas medidas, tener que seguir soportando el trato inhumano de su marido*»³¹.

En similares términos se pronunció también la sentencia del BGH de 1 de junio de 1965³². En primera instancia el LG estimó que no procedía la disculpa de la autora, tanto por no encontrarse la acusada en una situación de *peligro* actual³³, como por no haber evitado la situación de necesidad requiriendo el auxilio de la policía o rompiendo con la comunidad doméstica que la acusada mantenía con su marido³⁴. En cambio, el BGH estimó que para la apreciación del peligro actual para la integridad corporal existe «cuando el amenazado debe temer el padecimiento del mal que se cierne sobre su cuerpo si no adopta lo antes posible medidas de defensa o se somete a la voluntad de quien le amenaza». Por lo demás, el Tribunal sostiene

³⁰ *NJW*, 1966, p. 1824 (sin cursiva en el original).

³¹ *Ibidem*, p. 1825 (sin cursiva en el original).

³² *GA*, 1967, p. 113. Existen referencias jurisprudenciales anteriores del *RG* en torno al estado de necesidad disculpante y su aplicabilidad a los casos del «*Haustyrann*»; vid. las sentencias de 13 de noviembre de 1933, *JW*, 1934, p. 422, de 3 de marzo de 1930, *JW*, 1930, p. 2958 (con comentario de PFEIFFENBERGER en *ibidem*) y de 12 de julio de 1926, *RGSi*, 60, 318.

³³ Obsérvese que, como con razón apunta RENGIER, mientras que para la legítima defensa (§ 32 StGB) la norma penal exige un «ataque actual», en cambio, para el estado de necesidad (justificante, § 34 StGB, o disculpante, § 35 StGB) sólo se requiere la presencia de un «*peligro* actual», vid. «Anmerkung zum BGH Urteil vom 2.8.1983», en *NSiZ* (1983), p. 22.

³⁴ Los antecedentes de hecho de la sentencia revelaron que el marido de la acusada la forzaba, por medio de amenazas de pegarle y echarle de la casa, a mantener frecuentes relaciones sexuales con su hijo de doce o trece años.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

que no toda medida cuya adopción que se tenga por posible para evitar la situación de necesidad excluye obligatoriamente la disculpa de la autora, sino tan sólo aquella que, de acuerdo con las circunstancias suministradas por el caso concreto, le sea exigible a aquélla. De ahí que el BGH reproche al Tribunal *a quo* no haber indagado sobre si le fue o no exigible acudir a la policía o abandonar la casa separándose de su marido. Es más, respecto a esta última posibilidad, la sentencia argumenta incisivamente que el LG pasó por alto que «precisamente la mujer temía “ser expulsada de la casa” por su marido si rechazaba sus deseos; al respecto es evidente que su miedo se basaba en dejar a su hijo y a su, entonces, hija menor de edad en manos del padre y completamente desprotegidos».

El recurso a este tipo de argumentos para la resolución de estos casos, con ser extraordinariamente importante, no deja de plantear a nuestro juicio notables inconvenientes puesto que suponen la integración en el juicio sobre la *inevitabilidad* de la situación de necesidad de elementos que escapan al control de la voluntad del autor. Por muy graves que, en ocasiones, pueda ser la pasividad o la descoordinación del sistema penal en su conjunto (policías, funcionarios de Justicia, Fiscales, Jueces o Magistrados), las insuficiencias institucionales no pueden servir de fundamento, por sí mismas, para disculpar una salida trágica – como lo es también la muerte del maltratador- que en el caso concreto pueda ser evitada de un modo menos gravoso para la comunidad jurídica. Por lo demás, la generalización de absoluciones de este tipo podría comportar el inconveniente político-criminal añadido de desincentivar a las víctimas de violencia doméstica a romper cuanto antes con la situación que soportan, mediante el recurso al auxilio de las distintas autoridades implicadas en la lucha contra la violencia doméstica, al poder considerar como como una salida factible la solución sangrienta de su conflicto familiar o parafamiliar.

Finalmente, y fuera ya del ámbito de discusión del estado de necesidad, sólo nos resta añadir que tanto la gravedad objetiva de la conducta desarrollada por la mujer frente a su maltratador como, también, el comportamiento postdelictivo de la mujer son elementos que han jugado en contra de beneficiar a ésta. En este sentido, por ejemplo, la sentencia de 18 de abril de 2002³⁵ entendió que el número de puñaladas³⁶, así como las actuaciones dirigidas a una cautelosa y eficaz

³⁵ *NSIZ-RR*, 2002, p. 204.

³⁶ Según el relato de hechos, la mujer le propinó a su marido tres puñaladas en la parte izquierda del pecho (una de ellas alcanzándole el corazón), otras cuatro más en la espalda cuando aquél se levantó del sofá en dirección a su hija y, finalmente, tras andar unos pasos tambaleándose por el pasillo y caer al suelo, le inflirió otras 44 puñaladas hasta que la víctima dejó de moverse.

eliminación de las huellas del delito y del cadáver³⁷ son «posibles indicios a favor de un homicidio ejecutado por la acusada con premeditación y sangre fría». Sin embargo, tales elementos tampoco pueden resultar decisivos para la resolución de estos casos pues, en primer lugar, la extraordinaria violencia de la mujer puede evidenciar un exceso en la legítima defensa producido por miedo (§ 33 StGB) o el padecimiento de un arrebato lo suficientemente intenso como para poner de manifiesto una disminución de la capacidad de culpabilidad de aquella. Y, en segundo lugar, los actos que buscan la autoimpunidad pueden obedecer a un simple desconocimiento del contenido de la norma prohibitiva o de las posibilidades de defensa jurídica que ofrece el caso concreto.

V. Reflexión final

Como habrá podido comprobarse a lo largo de la descripción del relato fáctico de las distintas resoluciones analizadas, no resulta nada fácil conseguir un tratamiento adecuado de estos casos. Desde luego que, como se ha evidenciado, son varios los institutos jurídicos que pueden concurrir a una búsqueda de una solución que, simultáneamente, sea técnicamente correcta y materialmente justa ante las especiales circunstancias que suelen acompañar a las víctimas de violencia doméstica. No cabe duda que el panorama en la jurisprudencia alemana es mucho más abierto que en la española³⁸, claramente mucho más restrictiva, aunque también debe reconocerse la creciente sensibilidad de la praxis de nuestro país hacia las especialidades que presentan estos casos y, particularmente, con el padecimiento del síndrome de estrés postraumático que con frecuencia padecen las víctimas de malos tratos³⁹. Con todo, la defensa jurídica de estas últimas está necesitada de la búsqueda de nuevos caminos como los que ya han sido abordados en el país germano y que en España son ya objeto de atención doctrinal. Esto no significa, ni mucho menos, que postulemos generalizadamente la impunidad para todos estos supuestos, pues lógicamente la solución dogmática más correcta y, a la vez, más ecuánime, depende en gran medida de las circunstancias del caso concreto. A veces, como ya ocurrido aquí con algún caso famoso, el obligado respeto al principio de legalidad y la necesidad de respetar los requisitos y estructura de las causas de exención y atenuación del Derecho español conducen a que, finalmente, deba recurrirse al indulto total o parcial como medida que haga

³⁷ En el caso que comentamos, la acusada y su hija llevaron el cadáver a la bañera y limpiaron las huellas de sangre producidas por las puñaladas. Ambas se prometieron recíprocamente no denunciar los hechos y en los días siguientes envolvieron el cadáver y lo trasladaron en coche hasta un bosque donde lo entregaron. El apuñalamiento sucedió el 15 de mayo de 2000 y los hechos permanecieron ocultos hasta comienzos del mes de enero de 2001.

³⁸ Al respecto, vid. los trabajos elaborados por la Ciencia penal española citados *supra* en la nota a pie nº 1.

³⁹ Detalladamente al respecto JIMÉNEZ DÍAZ: «Mujer víctima de violencia doméstica...», cit., pp. 289 y ss.

EL ILÍCITO Y SU CASTIGO
Reflexiones sobre la idea de sanción

valer la creciente sensibilidad social hacia estos casos. Habrá, como es lógico, comportamientos que merezcan ser punibles, pero también existirán otros que no. De ahí que el principal objetivo de este trabajo sea intentar hacer ver a nuestros operadores jurídicos que existen todavía algunas vías inexploradas dignas de una atenta reflexión que en otros países de nuestra cultura jurídica ya son objeto de consideración.