

Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión*

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Málaga

LAURENZO COPELLO, Patricia. Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-21, pp. 1-42.
<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-21.pdf>

RESUMEN: En la delincuencia protagonizada por mujeres es frecuente encontrar circunstancias vitales asociadas a la violencia de género o a contextos de marginalidad económica y social que condicionan su conducta criminal. Este trabajo tiene por objeto establecer el papel que pueden desempeñar esas situaciones en la determinación de la responsabilidad penal de las autoras atendiendo a tres grupos de casos: los llamados “delitos de estatus”, como la omisión de auxilio a los hijos/as maltratados por un hombre violento o el infanticidio; el homicidio del maltratador en legítima defensa; y ciertas conductas asociadas al tráfico de drogas.

PALABRAS CLAVE: Criminalidad femenina, delitos de estatus, comisión por omisión, infanticidio, legítima defensa, tráfico de drogas.

TITLE: Women in the abyss: female delinquency in contexts of violence or social exclusion

ABSTRACT: In crimes involving women, it is usual to find circumstances associated with gender violence or contexts of economic and social marginality that condition their criminal behavior. The purpose of this paper is to establish the role that these situations can play in determining the women criminal responsibility regarding to three groups of cases: the so-called ‘status crimes’ –such as omission of assistance to the son or daughter abused by a violent man or infanticide-, murder of the violent husband in self-defense and certain behaviors associated with drug trafficking.

KEYWORDS: Female criminality, status crimes, omission, infanticide, self-defense, drug trafficking.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2019

Fecha de publicación: 18 diciembre 2019

Contacto: plarenzo@uma.es

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los delitos de estatus. 2.1. Mujeres que no evitan agresiones a sus hijos/hijas. 2.2. Mujeres que matan a su hijo/a recién nacido/a. 3. Mujeres que matan o lesionan a su pareja violenta. 4. Mujeres que trafican con drogas. 4.1. Posibles respuestas desde la teoría del delito. 5. Una conclusión. Bibliografía.

* Este trabajo se realiza en el contexto del Proyecto DER 2017-84178-P, “Comportamientos basados en el discurso del odio”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España.

I. Introducción

Existen ciertos espacios de criminalidad femenina en los que se repiten una y otra vez circunstancias vitales muy parecidas, asociadas a la violencia latente o explícita que sufren las mujeres infractoras por razones de género o debido a condiciones de marginalidad económica y social igualmente atravesadas por estereotipos de género. El sistema penal suele tener en cuenta estas circunstancias en el momento de la determinación de la pena o, en el mejor de los casos, para atenuar la culpabilidad de la autora, pero raramente se les concede un papel relevante en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad que podrían conducir a una absolución.

Un recorrido rápido por el mundo judicial permite seleccionar al menos tres grupos de casos donde las situaciones de violencia o exclusión social condicionadas por el género juegan un papel relevante como factor explicativo de la conducta criminal de muchas mujeres. (1) Ante todo cabe prestar atención a los llamados “delitos de estatus” (relacionados con roles marcadamente femeninos) que no pocas veces se producen en contextos donde la propia autora del hecho delictivo está sometida a violencia por parte de terceros o vive en condiciones de extrema vulnerabilidad social. En la práctica, así sucede con la mayoría de mujeres que matan a sus hijos/as recién nacidos/as o, también, en muchos casos de omisión de auxilio a los hijos/hijas que están siendo agredidos por el marido violento. (2) Una segunda situación paradigmática en este sector de la delincuencia femenina es el de la mujer que da muerte al compañero sentimental que la tiene sometida a violencia grave y continuada. (3) Por último, un tercer grupo de casos con una alta incidencia en la casuística judicial es el de las mujeres pobres que recurren al tráfico de drogas a pequeña escala (venta al menudeo o transporte en condición de “mulas”) acuciadas por la penuria económica y las cargas familiares, en particular cuando son el único sostén de menores o ancianos.

El objetivo de este trabajo es indagar sobre el modo en que el sistema penal y la doctrina especializada abordan estas formas específicas de delincuencia femenina con el fin de establecer si -y en qué medida- se está teniendo en cuenta la perspectiva de género en el proceso de interpretación y aplicación de las leyes penales.

A diferencia de lo que viene siendo habitual, se parte aquí de la hipótesis de que los contextos de violencia sistemática o vulnerabilidad extrema por motivos cultu-

rales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres y, por ello, pueden influir de forma determinante en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad y no sólo en el ámbito de graduación de la pena. Procederemos a verificar esta hipótesis en los tres grupos de casos enunciados más arriba.

2. Los delitos de estatus

Se conocen como “delitos de estatus” aquellos que se vinculan con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad (Maqueda Abreu, 2014: 106), entre los que ocupa un lugar preferente el papel de madre-cuidadora derivado de la función de engendrar y de la subsiguiente maternidad.

En el heteropatriarcado la función reproductora de las mujeres ha sido uno de los factores más decisivos y potentes para perfilar los roles propios de la feminidad (Pitch, 2003: 78). La construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/hijas¹ que influye de manera relevante en la valoración jurídica de sus actos. Cuando una mujer da muerte al recién nacido o no protege a sus hijos/as frente a algún peligro grave que les acecha -sea por razón de una enfermedad o de la actuación agresiva de terceros- su conducta no solo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados (vida, salud o integridad del menor) o de los deberes legales correspondientes a la patria potestad, sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora. Aparece así un componente específico de reproche que, aun sin estar explícito en la ley, se filtra con no poca frecuencia en la valoración de su conducta (Di Corleto, 2018:17) y puede influir en la determinación judicial de la responsabilidad penal.

En atención a la forma que adquiere el comportamiento penalmente relevante (acción u omisión) es posible distinguir dos grupos de delitos de estatus que resultan de interés para nuestro estudio:

- i) Por una parte, los supuestos de no evitación de lesiones u homicidio de los hijos/as causados por un tercero –generalmente la pareja sentimental-. En la práctica judicial estos hechos suelen calificarse, según las circunstancias concretas, como delito de lesiones u homicidio en comisión por omisión.
- ii) Por otro lado, desde el punto de vista de los comportamientos activos, destacan los casos en los que una mujer da muerte a su hija/o recién na-

¹ Sobre la fuerte implicación de la ética del cuidado en el juicio moral de las mujeres que rechazan un embarazo, Gilligan, 1985: 179 ss., 207, 225.

cida/o, un supuesto que, ante la ausencia de la histórica figura del infanticidio y teniendo en cuenta la práctica habitual de los tribunales españoles, puede dar lugar a su tipificación como delito de asesinato agravado por la edad de la víctima (art. 140.1º CP)

El componente intrínseco de género que es propio de los delitos de estatus se detecta de forma muy significativa cuando se trata de concretar el alcance del deber jurídico de garante derivado del vínculo, un deber que si bien en abstracto es igual para mujeres y hombres, en la práctica suele valorarse en términos más rigurosos para la madre por esa responsabilidad reforzada que se infiere del rol de cuidado atribuido de forma prioritaria al género femenino². En el caso del infanticidio, a ello se une la obligación moral de aceptar la maternidad por una especie de llamado de la naturaleza que tiene preferencia frente a cualquier otra situación personal o contexto social que presione en sentido contrario. En algunas legislaciones (en especial en América Latina) esa obligación “natural” de ser madre a cualquier precio se concreta en fuertes restricciones para acceder a un aborto legal, lo que en la práctica se traduce en la continuación de embarazos no deseados que no pocas veces vienen acompañados de condiciones muy adversas para las mujeres, como la soledad, el aislamiento social y familiar e incluso la violencia explícita o implícita, circunstancias todas ellas que pueden desembocar en el rechazo (y a veces la muerte) del recién nacido. Pero también en países donde la interrupción del embarazo está convenientemente regulada hay mujeres que viven inmersas en situaciones de exclusión y aislamiento tan severos que no consiguen acceder a los servicios públicos y acaban por abandonar o dar muerte al recién nacido, como puede suceder en determinados colectivos de inmigrantes o en familias desestructuradas que viven en condiciones de marginalidad extrema.

Por eso, a la hora de valorar el hecho y sus consecuencias penales, en los delitos de estatus es imprescindible contar con la sobrecarga de género que suponen los roles de cuidado socialmente asignados a las mujeres. Solo así es posible sacar a la luz los sesgos sexistas que con frecuencia aparecen en el proceso de determinación de la responsabilidad penal de estas mujeres, sea porque se prescinde del contexto de precariedad o violencia que podría condicionar el qué y el cómo de la exigibilidad de la conducta o, al contrario, porque al establecer el alcance del deber en la concreta situación de peligro de los hijos/as se filtran estereotipos asociados al papel de madre-cuidadora que amplían de modo desmesurado la exigencia de realizar la conducta de auxilio (así Hopp, 2017: 19)

Por una vía u otra, parece que todo gira en torno a la idea de exigibilidad como criterio regulativo que puede operar tanto en el ámbito de la tipicidad (especialmen-

² Muy clara en ese sentido la STS 1161/2000, de 26 de junio (ROJ 5229/2000), que al fijar el origen del deber de garante de una madre que no impidió los malos tratos de su pareja al hijo común de cinco meses, sostuvo que “los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hijo derivan aquí no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias

te para determinar el alcance del deber de actuar en los delitos de omisión) como en el de la culpabilidad, tal como iremos viendo en el proceso sistemático de verificación que realizaremos en los apartados siguientes a partir de los diferentes juicios que componen la teoría jurídica del delito.

2.1. *Mujeres que no evitan agresiones a sus hijos/hijas*

No son infrecuentes las situaciones de violencia doméstica en las que el maltratador agrede a los/las menores que con él conviven. En tales supuestos puede suceder que la madre se vea confrontada con el sistema penal por no intervenir para evitar un peligro para su vida o integridad. . Básicamente cabe pensar en los siguientes casos:

- Madre que se abstiene de impedir que el hombre agrede al menor causándole lesiones o la muerte en su presencia;
- No proporcionar asistencia médica inmediata al menor después de una paliza del compañero sentimental;
- Dejar al hijo/a al cuidado de la pareja a pesar de ser consciente de que lo maltrata, produciéndose una agresión en su ausencia que deriva en lesiones o muerte del niño/a.

En la práctica, muchos de estos casos vienen precedidos por contextos de violencia habitual severa que no solo afectan a los hijos/as sino también a la propia mujer que se ve implicada en los hechos, a veces profundamente afectada por un temor intenso al maltratador³. La pregunta es hasta qué punto estas situaciones pueden –o deben- tenerse en cuenta en la valoración penal del comportamiento omisivo de la madre⁴ y, en su caso, en qué ámbito de la teoría del delito podrían desplegar un papel significativo.

Como punto de partida, y teniendo en cuenta que se trata siempre de conductas omisivas, conviene aclarar que las figuras penales que entran en consideración se asientan sobre la existencia de una posición de garante derivada de la función de protección que tienen los padres/madres respecto de sus hijos/as (función de pro-

³ No cabe duda de que existen muchos otros supuestos en los que la omisión de auxilio de la madre no está supeditada a la presión provocada por el miedo y la violencia, sino que responde a motivos tan reprochables como los del hombre que agrede a los menores. Pero el estudio de tales casos excede en mucho los objetivos de este trabajo cuyo fin es únicamente analizar la eventual responsabilidad penal de mujeres implicadas en delitos cuando se encuentran en contextos de violencia o exclusión social.

⁴ En la realidad judicial española es poco frecuente que en este tipo de casos se alegue un contexto de violencia de género para exculpar a la mujer (lo que no significa que no concurra en la práctica) y, cuando se hace, difícilmente el tribunal lo tiene en cuenta. Ilustrativa resulta la STS 320/2005, de 10 de marzo (ROJ 1505/2005) donde la defensa sí que apeló a la “situación de terror y pavor” que le producían “las extorsiones y graves amenazas de muerte proferidas por el acusado” como argumento para fundar un posible miedo insuperable eximente de responsabilidad de la madre que no evitó graves malos tratos a su hija de diez años por su compañero sentimental, argumentos que fueron rechazados no solo por motivos procesales sino, además, porque a juicio del tribunal esas amenazas no justificaban la pasividad de la madre en los quince días que duraron las sevicias.

tección por el vínculo familiar). Esta premisa vale tanto para los delitos de homicidio como de lesiones en comisión por omisión.

Una primera comprobación inexcusable en el juicio de tipicidad de los delitos de omisión es la capacidad de acción del/la omitente, lo que implica constatar si en la situación concreta estaba en condiciones de cumplir con el deber. En alguna ocasión se ha sugerido que la mujer que se encuentra en una situación grave de violencia de género no está en condiciones de oponerse al hombre que la maltrata para impedirle que golpee a su hijo/a porque ella misma podría acabar siendo víctima de la agresión, por lo que faltaría ya este primer requisito básico de toda omisión típica. Sin embargo, es opinión ampliamente compartida que la capacidad de acción ha de medirse conforme a la posibilidad *física* de cumplir con el deber (sea por sí mismo o a través de un tercero) (Wohlers, 2010: parág. 13, nm. 12; Roxin, 2014: 756), de modo tal que la coacción psicológica sobre el omitente no impediría apreciar la concurrencia de este requisito. Aplicado a nuestros casos, eso significa que, si la madre está en condiciones físicas, por ejemplo, de arrebatar el niño/a al agresor o de llamar por teléfono para pedir auxilio, el hecho de sentirse coaccionada por la actitud agresiva de su pareja, por muy intensa y real que sea, no eliminaría su capacidad de realizar la acción de salvamento. Lo que no significa que esa situación de amenaza latente no pueda tener efectos en otra fase de la determinación de su responsabilidad penal, como se verá más adelante.

Distintas se presentan las cosas si volvemos la vista al otro gran elemento del que depende el surgimiento del deber de actuar en los delitos de comisión por omisión: la posición de garante. Si bien se trata de un asunto debatido en la doctrina, existe un amplio grupo de autores que, con razón, condicionan el surgimiento del deber de actuar en estos delitos a que en la situación concreta le sea exigible al garante la realización de la acción protectora del bien jurídico (Stree/Bosch, 2014: Vorbem parags. 13 ss., nm. 155; Baldó: 2016: 356)⁵, en la misma línea que sucede en los delitos de omisión pura, donde es habitual que la propia ley mencione el riesgo propio o de tercero como límite de la exigibilidad de la conducta⁶.

La exigibilidad adquiere así un papel central en el tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión -al igual que en los de omisión pura- (así, Wohlers, 2010: parág. 13, nm. 17) en la medida en que se erige en presupuesto imprescindible para

⁵ Ampliamente sobre el debate alemán en torno al papel de la inexigibilidad en los delitos de comisión por omisión, Aguado Correa, 2004: 180 ss.

⁶ El parágrafo 323c del Código penal alemán resulta especialmente claro en esta línea al condicionar de modo expreso el surgimiento del deber de socorro a que la acción *sea exigible* conforme a las circunstancias concretas, “especialmente sin riesgo propio significativo y sin la lesión de otros deberes importantes”. En esa línea también el art. 195 CP español: “sin riesgo propio ni de terceros”. Aun sin la mención explícita de la exigibilidad, la cláusula de ausencia de riesgo propio o ajeno suele interpretarse como un criterio de inexigibilidad que afecta a la tipicidad de estos delitos (así, entre otros, Muñoz Conde, 2019: 321; Portilla Contreras: 2011: 730).

que surja el deber de actuar⁷, de modo tal que aun cuando concurren los requisitos generales que determinan la posición de garante (por ejemplo, un vínculo familiar del que se derive la función de protección del bien jurídico⁸), la omisión no será típica si en la situación concreta aparecen circunstancias de tal magnitud que hacen inexigible al garante la conducta salvadora (Hruschka, 1988: 158).

Es cierto que la propia naturaleza de la figura penal del garante justifica que el nivel de exigencia en la función de salvaguarda del bien jurídico sea mayor que en los casos de los deberes generales de solidaridad característicos de los delitos de omisión pura. Pero eso no quiere decir que ese deber sea ilimitado, porque el Derecho no puede exigir a nadie una conducta que implique el sacrificio o la severa puesta en peligro de su propia vida o de su integridad física por muy intenso que sea el deber de protección que le incumba sobre terceras personas (Stree/Bosch: Vorbem parags. 13 ss., nm. 156; Hruschka, 1988: 159)⁹. Como bien dice Baldó (2016: 358), siempre hay un “nivel normativo máximo” de riesgo exigible, sea propio o de terceros. La conclusión no puede ser, por tanto, que el hecho de ser garante obligue a actuar en todo caso y bajo cualquier circunstancia o, lo que es igual, que cualquier omisión del garante sea típica. El derecho no puede exigir conductas heroicas ni siquiera a quienes tienen una estrechísima relación con la víctima que se encuentra en peligro, como sucede con los progenitores. En consecuencia, cuando en una situación concreta se supere el nivel máximo de riesgo exigible al garante su omisión no será típica por ausencia del deber de actuar.

El problema se desplaza entonces a la determinación de los criterios para decidir hasta dónde puede exigirse la conducta de salvaguarda al garante. En la doctrina se suelen reconocer niveles de exigencia distintos en función del grupo de garantes de que se trate, pero siempre bajo la premisa de que todos ellos tienen un límite. Así, por lo que aquí interesa, afirma Silva Sánchez (1986: 307) que “las posiciones de garantía por función de protección de un bien jurídico¹⁰ no abarcan la defensa del mismo contra todos los peligros y en cualesquiera circunstancias”. Ello significa que, si bien los progenitores tienen el deber legal de proteger a sus hijos/as, el alcance de ese deber dependerá de las circunstancias concretas, por ejemplo, del mayor o menor grado de dependencia del menor en atención a su edad o situación, de la naturaleza del bien jurídico en peligro, de la intensidad del riesgo amenazante y, sobre todo, de la posibilidad que tenga el garante de actuar sin poner en serio peligro bienes jurídicos propios.

⁷ De otra opinión, incluso en los delitos de omisión propia, Kaufmann, 2006: 167.

⁸ Sobre la teoría de las funciones como criterio para determinar las posiciones de garantía, véase, por todos, Mir Puig, 2016: 327 ss. Sobre el debate doctrinal respecto al fundamento de los deberes de garante, Lascaraín Sánchez, 2002, 25 ss.

⁹ En contra de extender el efecto de la inexigibilidad a la tipicidad de los delitos de comisión por omisión, relegando sus efectos a la culpabilidad, Ramón Ribas, 2008: 186.

¹⁰ Como es el caso de los progenitores respecto de sus hijos/as.

Y ya en este punto es preciso advertir que la conclusión obtenida ha de regir de modo idéntico para los dos progenitores –madre y padre-, puesto que los deberes legales son iguales para ambos¹¹. En la práctica, sin embargo, no siempre sucede así. Con frecuencia, al determinarse la amplitud del deber de garante de las mujeres frente a situaciones de riesgo para sus hijos/as se filtran prejuicios asociados al papel de madre/cuidadora que extienden de forma exagerada su deber específico de salvaguarda, hasta el punto de exigirles, en ocasiones, conductas casi heroicas (Hopp, 2017:20).

Pero en la configuración del deber de garante materno los sesgos sexistas no solo actúan por exceso –dotándolo de un alcance desproporcionadamente amplio- sino también por defecto, como sucede cuando se prescinde de un contexto muy grave de violencia de género que en ciertas circunstancias podría hacer inexigible la conducta de salvaguarda. Una inexigibilidad que, como se ha visto más arriba, impide la subsunción típica en las figuras de comisión por omisión correspondientes (sea lesiones, homicidio o, eventualmente, abusos sexuales¹².) Dicho de otro modo: si bien la madre es garante respecto de sus hijos por la función de protección que le impone el propio ordenamiento jurídico, el deber de actuar puede decaer si en el caso concreto la realización de la conducta implica un riesgo importante para su propia vida o su integridad. Por ejemplo, si la madre se abstiene de llevar a su hijo/a al hospital tras una paliza de su pareja sentimental porque este la amenaza con hacerle daño si busca ayuda. Ciertamente es que una amenaza aislada sería insuficiente para eliminar el deber de proteger al niño/a, pero las cosas cambian si se prueba que la mujer vive sumida en un ambiente de maltrato habitual severo, como sucede cuando el maltratador impone el clima de violencia a toda la familia. Porque en estas circunstancias el riesgo para la integridad física de la mujer (o incluso para su vida) se torna muy cercano y probable, lo que puede condicionar seriamente la posibilidad de exigirle que desobedezca a su pareja y realice la acción de salvamento del menor (en nuestro ejemplo, llevarlo al hospital).

Queda claro, pues, que si bien la posición de garante eleva el nivel de riesgo que han de asumir los progenitores ante una situación de peligro para sus hijos/as, esa exigencia no puede ser absoluta y debe ceder, al menos, cuando la realización de la acción debida implique un peligro significativo y cercano para su propia vida o su integridad personal. La inexigibilidad bloquea en estos casos el surgimiento del

¹¹ No lo ve así Shünemann (2009: 386), quien, comentando la jurisprudencia alemana, expresamente sostiene que “en la responsabilidad de los padres por omisión están en primer plano, comprensiblemente, los deberes de garantía de la *madre*, pues los hijos/hijas dependen en su existencia ante todo de los cuidados de la madre”.

¹² Son frecuentes en la jurisprudencia los casos de pasividad de la mujer ante los abusos sexuales de su pareja sentimental a menores de edad que con ellos conviven, aunque lo más habitual es que esa conducta omisiva se califique como complicidad en comisión por omisión en lugar de coautoría (debido, en buena medida, a la persistencia de la tradicional teoría de los delitos de propia mano). Véase, por ejemplo, STS 1538/2000, de 9 de octubre (ROJ 7196/2000).

deber de salvaguarda activa dando lugar a la atipicidad de la conducta (Wohlers, 2010: parág. 13, nm. 17)

En otras situaciones no es la tipicidad objetiva la que se ve alterada por la presencia de un contexto de violencia de género sino la parte subjetiva del tipo penal. Esto puede suceder cuando una mujer deja a su hijo/a al cuidado de su pareja violenta y este le causa lesiones o incluso la muerte durante su ausencia. La posibilidad de aplicar en estos casos un delito de lesiones u homicidio en comisión por omisión requiere obviamente que la mujer sea consciente de que con su ausencia está poniendo al menor en una situación de peligro concreto para su vida o su salud, pues de lo contrario faltaría el dolo. Y la conciencia del riesgo real que corren los hijos no puede inferirse sin más del conocimiento que tenga la mujer del carácter violento de su pareja, ni siquiera cuando han existido episodios previos de agresiones a los menores. Porque la prueba del conocimiento propio del dolo requiere mucho más que una simple deducción hecha en abstracto. Hace falta comprobar, conforme a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que el autor/autora sabía que su conducta llevaba implícito el peligro directo de realización del tipo (Frisch, 1983: 119), sin que sea suficiente el conocimiento de un riesgo puramente genérico o indeterminado. Y lo cierto es que en los casos de mujeres que viven inmersas en contextos de violencia durante largos períodos de tiempo (muchas de ellas socializadas incluso en hábitat familiares de estas características), es posible que esa experiencia previa les impida valorar de forma adecuada la magnitud real del peligro que puede suponer dejar a los/las hijos/as al cuidado de su pareja. Cuando una mujer ha convivido con la violencia –hacia ella o hacia otras personas de su entorno- desde muy joven o desde la infancia, es lógico que parta de la normalidad de este tipo de circunstancias¹³, lo que muy probablemente le lleve a minimizar los riesgos asociados a esos contextos o incluso a descartarlos en ciertas situaciones concretas (como puede pasar si con frecuencia deja a los niños con su pareja y nunca antes les ha sucedido nada.) Esa habituación al riesgo puede impedirle evaluar de forma correcta la magnitud real del peligro que corren los menores. Y cuando falta la congruencia entre las representaciones del autor/autora y el peligro objetivamente comprobado, sencillamente falta el dolo y estaremos en presencia de un error de tipo¹⁴. También en estas circunstancias, en consecuencia, estará ausente un elemento esencial para fundamentar la tipicidad de la conducta omisiva.

Se ha sugerido en alguna ocasión que esta línea de razonamiento resulta peligrosa porque podría conducir igualmente a la exclusión del dolo del propio autor de las lesiones o de la muerte del menor, ya que si también él arrastra una larga experien-

¹³ Sobre la falta de percepción del riesgo por habituación a las situaciones de violencia, Hopp, 2017: 30 ss.

¹⁴ Sobre las particularidades del conocimiento propio del dolo y sus consecuencias desde la teoría del error, véase ampliamente Laurenzo Copello, 1999: 288 y ss.

cia de actuación violenta contra su pareja y sus hijos cabría pensar que igualmente en su caso la habituación a este tipo de escenarios violentos le impediría tener conciencia del riesgo real que una paliza puede representar para la vida o integridad del niño o niña a la que golpea (Pitlevnik/ Zalazar, 2017: 91). Sin duda se trata de una advertencia interesante, pero, en mi opinión, con pocas posibilidades de concretarse en la práctica judicial ya que, aun prescindiendo por completo del componente de género como factor explicativo de la conducta de la mujer, lo cierto es que desde el punto de vista de la determinación del dolo no es lo mismo realizar directamente la acción que conduce al resultado que omitir un comportamiento que podría evitar ese resultado. Porque ninguna experiencia previa puede neutralizar la valoración adecuada del riesgo de quien con su propio comportamiento lo está creando de forma directa y lo tiene bajo su control -el hombre que golpea de forma brutal a un niño pequeño necesariamente tiene que saber que puede matarlo, aunque nunca antes se hubiera llegado a ese resultado-. En la omisión es diferente porque aquí no se trata de crear el riesgo con la propia conducta sino de no evitar un peligro preexistente (en nuestro caso, creado por otro.) Por eso, en esta última situación sí es posible que la habituación a circunstancias semejantes conduzca a un error en la apreciación de peligro y, consecuentemente, a la falta de dolo.

En conclusión, en la tipicidad de los delitos de omisión, los contextos de violencia de género pueden desplegar efectos relevantes en dos espacios diferentes: en el tipo objetivo, para delimitar el alcance de la función de protección del garante que genera el deber de actuar y en el tipo subjetivo, para decidir si concurre o no el dolo.

Por lo que se refiere a la categoría de la antijuridicidad, la posibilidad de acudir a alguna causa de justificación queda limitada a casos muy concretos, como puede suceder si la madre se abstiene de intervenir ante un episodio de maltrato hacia uno de sus hijos/as para evitar un riesgo serio e inmediato para otro. Piénsese, por ejemplo, en la mujer que sostiene en brazos a un hijo más pequeño para evitar que también él sea objeto de la violencia del maltratador.

Pero en la práctica es en la culpabilidad donde con mayor frecuencia se acude a los precedentes de violencia de género para fundamentar una atenuación (o incluso la exclusión) de la responsabilidad penal de las mujeres que no despliegan una conducta de salvaguarda del hijo/a por encontrarse amenazadas por el hombre violento. En buena medida esto se debe a que la teoría tradicional sitúa la exigibilidad como un elemento propio de la culpabilidad, entendiendo que no se puede dirigir el juicio de reproche a quien, en la situación concreta, no está en condiciones de actuar de otro modo. Una afirmación que adquiere el máximo protagonismo precisamente en la omisión punible, hasta el punto de que cierto sector doctrinal considera que en los delitos de omisión (sean propios o impropios) “la culpabilidad debe quedar excluida en todos los supuestos de inexigibilidad, aunque la conducta

no estuviera comprendida en las causas de inculpabilidad reguladas en el Código [penal]” (Cerezo Mir, 2001: 138). Sin embargo, en la actualidad prevalece la opinión que concede a la exigibilidad un alcance mucho más amplio, como criterio regulativo que puede desplegar sus efectos en cualquier ámbito del delito y no solo en la culpabilidad¹⁵. Por eso, como ya vimos, cuando una mujer no actúa para proteger a su hijo/a por el riesgo directo de sufrir ella misma la agresión de su pareja violenta, la no exigibilidad de la conducta actúa ya en el ámbito de la tipicidad, impidiendo que surja el deber de actuar propio de su condición de garante.

Ello no impide que los contextos de violencia también puedan tener relevancia en el juicio de culpabilidad¹⁶. Porque está de sobra demostrado que un historial de violencia severa y continua puede generar en la víctima un temor fundado a sufrir represalias si contradice la voluntad del maltratador¹⁷, un temor que sin duda puede explicar que la mujer no se encuentre en condiciones de motivarse por la norma que le impone el deber de proteger a sus hijos/as o, al menos, que su capacidad de motivación esté fuertemente disminuida, todo lo cual ha de repercutir necesariamente en la graduación de la culpabilidad, pudiendo llegar a excluirla en los casos más severos de violencia de género, aquellos en los que su voluntad está seriamente condicionada por la actitud amenazante y violenta del maltratador.

Bien es verdad que esta última solución puede arrastrar un efecto estigmatizante sobre la mujer que, además, es capaz de producir efectos negativos en su vida social (Pitlevnik/ Zalazar, 2017: 77) y especialmente en la relación con sus hijos/as, hasta el punto de que se pueda llegar a utilizar para arrebatarle su custodia por falta de capacidad para cuidar bien de ellos. Por eso ha de insistirse una vez más en el papel decisivo que cumple el principio de no exigibilidad en el plano de la tipicidad de los delitos de omisión como límite del deber de actuar del garante. Pero cuando no se dan las circunstancias para acudir a esta causa de atipicidad (o sencillamente no se cuenta con aplicadores del derecho dispuestos a reconocerla), hemos de dejar abierta la alternativa del miedo insuperable, una opción que, además, bien interpretada no supone en absoluto predicar la incapacidad general de la mujer para gobernar su vida y la de sus hijos ya que la imposibilidad de actuar conforme a la norma

¹⁵ En realidad, este punto de vista se fraguó ya a mediados del siglo pasado, especialmente de la mano de Heinrich Henkel (1954) (ampliamente al respecto, Melendo Pardos, 2002: 499 ss.); pero ha jugado su papel más relevante en la dogmática de los delitos de omisión y es ahí donde mayor protagonismo se le ha concedido como principio regulativo. Al respecto, Silva Sánchez, 1986: 308.

¹⁶ Especialmente cuando no sea posible probar un peligro directo e inmediato para la vida o integridad de la mujer que permita bloquear el deber de actuar y excluir con ello la tipicidad de la conducta o, también, como recurso alternativo si se parte de la concepción clásica de la exigibilidad que concentra todos sus efectos en el ámbito de la culpabilidad.

¹⁷ De hecho, este efecto de la violencia de género tiene que ver con su propia naturaleza estructural, porque, como bien dice el Tribunal Constitucional español, al actuar el agresor conforme a una pauta cultural socialmente arraigada, genera “gravísimos daños a sus víctimas”, entre los que se encuentra el daño a su seguridad, “con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, por el temor a ser de nuevo agredida” (STC 59/2008, de 14 de mayo, F.J. 9).

no se infiere de ningún desequilibrio psíquico sino de un factor externo (el maltratador) perfectamente localizado y susceptible de ser neutralizado.

2.2. *Mujeres que matan a su hijo/a recién nacido/a*

Pocos delitos están tan marcados por las representaciones sociales sobre la maternidad y la sexualidad femenina como el infanticidio. Los vaivenes que históricamente se han producido en el tratamiento penal de las mujeres que matan a su hijo/a recién nacido –sea para atenuar drásticamente la pena o, al contrario, para aplicarles el máximo rigor punitivo a través de las figuras de parricidio o asesinato– responden a profundos estereotipos de género que basculan entre la predisposición a la locura de las mujeres en el puerperio y la maldad intrínseca de quienes se apartan del rol protector “natural” de toda mujer-madre (Maqueda Abreu, 2014: 38; Di Corleto, 2018: 206; Virto, 1998: 126).

Razones vinculadas a una concepción más abierta y moderna de la sexualidad femenina llevaron a que en el ocaso del siglo XX muchos países del mundo occidental optaran por derogar la tradicional figura del infanticidio que atemperaba la sanción penal de la mujer cuando mataba al recién nacido “para ocultar su deshonor”, un cambio de rumbo que, en general, fue bien recibido por los tintes moralizantes que sin duda estaban detrás de la atenuante de honor. Sin embargo, este giro político criminal no vino acompañado de ninguna medida capaz de captar en términos normativos las particularidades que se detectan en casi todos los casos de infanticidio que llegan a los tribunales¹⁸. No faltan interesantes lecturas feministas que advierten sobre la estrecha relación que guarda el infanticidio con diversos procesos sociales de discriminación de género que de un modo u otro influyen sobre el comportamiento criminal de quienes dan muerte a su hijo/a inmediatamente después del nacimiento: desde la prohibición del aborto que aboca a las mujeres más vulnerables a afrontar embarazos no deseados, hasta situaciones de aislamiento y precariedad extrema como resultado del rechazo que provoca un embarazo clandestino -no pocas veces producto de una violencia sexual invisibilizada- en su círculo más cercano. Y lo cierto es que la alternativa de ignorar sin más estos sesgos de género, bajo el amparo de la falsa neutralidad de la ley penal, inevitablemente tiende a producir resultados injustos para las mujeres (así Virto, 1998: 159).

Con todo, la ausencia de soluciones específicas en la propia legislación penal no impide que los tribunales puedan –y deban– tener en cuenta las difíciles condicio-

¹⁸ Una excepción la encontramos en el Código penal italiano que, en lugar de derogar sin más la figura del infanticidio, en el año 1981 procedió a sustituir la tradicional “causa de honor” por una fórmula más objetiva destinada a captar las particularidades de esta conducta criminal de las mujeres sin incurrir en prejuicios morales sobre la sexualidad femenina. Concretamente, el art. 578 recoge el infanticidio en los siguientes términos: “La madre que cause la muerte del recién nacido inmediatamente después del parto, o del feto durante el parto, cuando el hecho esté determinado por condiciones de abandono material o moral conectadas al parto...” (sobre el proceso de aprobación de esta figura y los debates parlamentarios, Virto, 1998: 137 y ss.)

nes vitales que encierran muchos casos dramáticos de mujeres que matan a sus hijos recién nacidos. La pregunta es cómo y dónde hacerlo. En mi opinión, ni la tipicidad ni la antijuridicidad son espacios adecuados para abordar este asunto ya que el juicio de ilicitud es inevitable cuando alguien causa dolosamente la muerte de otra persona y no concurre un conflicto objetivo de intereses que incline la balanza en favor de la conducta típica. En cambio, una situación vital de extrema vulnerabilidad, soledad o abandono de la autora del hecho al momento de realizar la acción sí que puede tener influencia en la determinación de la culpabilidad, en particular si se hace jugar un papel relevante al principio de inexigibilidad de otra conducta.

El perfil de las mujeres que cometen un infanticidio se corresponde, en general, con personas de muy escasa instrucción, con antecedentes de aislamiento familiar y social, episodios de violencia sexual previa, escasa capacidad de comunicación con el entorno, extrema pobreza y en ocasiones consumo de estupefacientes¹⁹, una serie de factores capaces de configurar un marcado déficit de normalidad motivacional difícilmente compatible con el fundamento mismo del juicio de culpabilidad. Sin embargo, tratándose de un caso paradigmático de “mala madre”, resulta casi inevitable que se filtren estereotipos sexistas que apuntan precisamente en sentido contrario, reforzando la desvaloración penal de la conducta con el reproche moral dirigido a la mujer que desoye el llamado de la naturaleza y hace daño a su vástago recién nacido²⁰.

Las concepciones modernas de la culpabilidad propias del modelo preventivo sitúan su fundamento en la idea de motivabilidad, que permite hacer responsable penalmente por el hecho antijurídico a quien actúa encontrándose en condiciones normales de “conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarle” (Maqueda/ Lorenzo, 2017: 266). Como afirma Mir Puig (2016: 558 y s.), las normas se configuran pensando en lo que es exigible a un “hombre medio”, de modo tal que en un Estado social y democrático de derecho resulta inaceptable “llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma”. Por

¹⁹ Se trata de un perfil especialmente marcado en los países latinoamericanos, donde la prevalencia de legislaciones prohibitivas del aborto hace todavía relativamente frecuentes este tipo de casos. Con todo, también en España se han conocido casos de infanticidio en fechas recientes igualmente vinculados, en general, a situaciones de extrema vulnerabilidad social (por ejemplo, mujeres inmigrantes solas y en situación irregular).

²⁰ En Argentina se reavivó el debate sobre la figura del infanticidio con motivo del “caso Tejerina”, relativo a una joven posiblemente violada que por miedo había ocultado el embarazo a la familia y, tras dar a luz en la soledad de un baño, mató al niño de dieciocho puñaladas. En el juicio, celebrado en 2005, se demostró la extrema precariedad y aislamiento en que se encontraba la mujer, lo que no impidió que se filtraran reproches morales en la fundamentación de su condena penal refrendada por la Corte Suprema, como pone de manifiesto el voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni cuando llamaron la atención sobre la interpretación en contra de la acusada que hizo la pericia psiquiátrica de la actitud de frialdad e indiferencia que mostró la mujer inmediatamente después de los hechos, una actitud que en cualquier otro contexto –en opinión de ambos jueces– se hubiera tomado como un claro reflejo de “psiquis perturbada” y no precisamente de normalidad motivacional, como sucedió en el caso de autos (Di Corleto/ Pitlevnik, 2011: 66).

eso, la imputabilidad se entiende como “normalidad motivacional” y no requiere la incapacidad absoluta para comprender o dirigir el comportamiento conforme a criterios de autodeterminación. Una situación excepcionalmente anormal puede provocar la incapacidad en el caso concreto para dirigir la conducta conforme al dictado de la norma y, por tanto, puede resultar relevante para excluir la imputabilidad. Ciertamente es que, en general, las legislaciones vinculan esa incapacidad para comprender o para dirigir la conducta a factores patológicos (como las alteraciones psíquicas) o al efecto de determinadas sustancias (intoxicación plena por consumo de drogas, etc.) Pero eso no excluye la posibilidad de que también ciertos factores situacionales externos puedan llegar a afectar la normalidad psíquica del autor/autora en el momento del hecho hasta el punto de impedirle adecuar su comportamiento a la norma²¹. De hecho, a esa idea responde la figura del trastorno mental transitorio (art. 20.1ºCP) que, entre otras razones, puede venir provocado por “una situación vital de especial dificultad” (Mir Puig, 2016: 604; Luzón Peña, 2016:509).

El perfil que se ha trazado más arriba de la mayoría de las mujeres que matan a su hijo/a recién nacido/a es un perfecto ejemplo de ese tipo de factores exógenos extremos que en ningún caso pueden obviarse a la hora de valorar la capacidad motivacional de la autora y, en consecuencia, su imputabilidad. Y no porque exista algún tipo de desequilibrio psíquico intrínsecamente asociado al parto y al puerperio, como pretendía el positivismo criminológico al vincular ciertas formas de delincuencia de las mujeres con particularidades hormonales del género femenino (Maqueda Abreu, 2014: 36)²², sino porque la gran mayoría de estas mujeres están inmersas en contextos socioculturales sumamente adversos que, a la vista de un episodio tan fuerte como un parto en condiciones de máxima precariedad y soledad, puede provocar un trastorno transitorio de la normalidad psíquica suficiente para impedirle dirigir su conducta conforme a los dictados de la norma penal.

Como todo supuesto de capacidad motivacional, está claro que puede tener matices, de modo tal que será tarea del juez establecer caso a caso si el contexto socioambiental y el déficit afectivo de la autora son suficientes para excluir la culpabilidad por razones de inimputabilidad o, al menos, han influido de forma suficientemente intensa para actuar como atenuante de la responsabilidad criminal. El único

²¹ Hace tiempo que se ha reconocido en la literatura penal que el trastorno mental transitorio “no sólo no exige base patológica...sino que está pensado fundamentalmente para casos en los que no existe” (Cuello Contreras, 2002: 1019).

²² No me parece acertada la idea de recuperar la figura del infanticidio acudiendo al “estado puerperal”, como consideró la Cámara de Diputados argentina en 2010 (al respecto, Di Corleto/ Pitlewnik, 2011: 83) y también se había propuesto en el proceso de elaboración del Código penal de 1995 en España (vid. Maqueda Abreu, 2014: 38). Aunque se trate de un intento bienintencionado para captar desde el punto de vista penal la indudable situación de vulnerabilidad en la que actúan muchas mujeres que matan a sus hijos después del parto, no parece buena idea hacerlo mediante el uso de un argumento sexista que vincula los cambios hormonales de las mujeres con desequilibrios psíquicos. Mucho más adecuada parece la línea que siguió la legislación italiana, apelando a “condiciones de abandono moral o material” (vid. *supra*, nota nº 16).

camino sencillamente inaceptable es que ante situaciones tan sórdidas y desesperadas se ignoren sin más los condicionantes ambientales y se trate a la autora como una madre cruel que decide en pleno uso de su raciocinio desprenderse del hijo/a recién nacido/a.

3. Mujeres que matan o lesionan a su pareja violenta

El homicidio del cónyuge, conviviente u otros miembros masculinos del grupo familiar en contextos de violencia de género es otro de los ámbitos de la delincuencia femenina donde, una vez más, se detecta esa ambivalencia tan marcada con que la jurisprudencia trata a las mujeres que cometen hechos tipificados en el Código penal, a medio camino entre la reprobación y la condescendencia²³.

Un buen ejemplo en el derecho histórico español lo encontramos en la STS 1113/1933, de 16 de noviembre, referente a una joven sometida a permanentes abusos y violencia física por parte de su padre que, tras recibir amenazas de muerte si no accedía a tener nuevamente relaciones sexuales con él, aprovechó mientras dormía la siesta para matarlo de un golpe en la cabeza con una piedra. Pese a la gravedad de la amenaza que profirió el padre, el alto tribunal, en un alarde de formalismo que roza lo irreal, negó la aplicación de la legítima defensa por entender que la joven campesina, que vivía aislada con su progenitor y otros hermanos en un contexto de precariedad manifiesta y violencia brutal, disponía de medios alternativos para evitar la agresión porque podía haberse alejado de la casa para “pedir auxilio a la autoridad “en el poblado más próximo”²⁴. Con estos argumentos el Supremo confirmó la condena por parricidio alevoso, pero al mismo tiempo propuso un indulto parcial por las circunstancias muy “desgraciadas” en las que vivía la procesada.

Cierto es que el contexto histórico en el que se pronunció esa sentencia tiene poco que ver con nuestra época tanto en lo relativo a las valoraciones sociales como a la propia legislación. Las décadas del cambio de siglo han sido decisivas para el reconocimiento de la violencia de género como un tipo específico de violencia con una incidencia muy significativa en la vida doméstica²⁵. Pero si bien ese reconocimiento ha servido para variar de manera drástica la mirada con la que los tribunales juzgan las situaciones en que una mujer es *víctima* de una agresión machista, no

²³ Sobre la teoría de la “caballerosidad” y sus consecuencias en el tratamiento de las mujeres por parte del sistema penal, ampliamente, Maqueda Abreu, 2014: 116 ss.

²⁴ La sentencia describe la brutalidad del hombre con toda la familia y especialmente con la joven imputada, hasta el punto de que cuando se producen los hechos la chica estaba recuperándose del parto de un hijo habido con el propio abusador.

²⁵ Cuyo momento clave es el de la aprobación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 de diciembre. Sobre la evolución legislativa en materia de violencia doméstica y de género, *Laurenzo Copello*, La violencia de género en la ley integral, RECPC 08/2005, 3 ss.

pasa lo mismo cuando es ella quien asume el papel de *autora* del hecho delictivo, aunque sea como respuesta a un ataque previo o como mecanismo para salir de un contexto de maltrato intenso. De hecho, resulta preocupante que en diversos casos judiciales de homicidio o lesiones a la pareja sentimental masculina donde se declara probado que la mujer venía siendo objeto de un maltrato reiterado y muy severo, aun existiendo amenazas de muerte muy cercanas por parte de él, ni los tribunales ni en ocasiones la propia defensa de la mujer planteen la posible concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa (completa o incompleta), optando por repercutir los efectos del maltrato, si acaso, en el ámbito de la culpabilidad, generalmente como atenuante por algún tipo de desequilibrio psíquico.

Tal es el caso de la STS 452/1996, de 21 de mayo (ROJ 3068/1996), donde se juzgaba el hecho siguiente: al llegar el marido a su domicilio en estado de embriaguez, creyendo que su esposa le había quitado una botella de cerveza, la insultó gravemente como hacía con frecuencia y, cogiendo un cuchillo de cocina, la amenazó diciéndole que si no se marchaba del domicilio la mataría, ante lo cual ella cogió otro cuchillo y se lo clavó a su marido en la cavidad torácica, a consecuencia de lo cual falleció días más tarde. La mujer fue condenada por el otrora existente delito de parricidio con la atenuante de arrebató u obcecación por actuar “obnubilada momentáneamente, pero sin perder por completo la conciencia y voluntad”. El contexto de violencia habitual, al que no se concedió relevancia alguna en la determinación de la responsabilidad criminal de la esposa, solo se menciona en la Sentencia para explicar la actitud “cariñosa” que mostró el hombre antes de morir, al negarse a declarar contra ella porque “quizás en esos momentos en que veía próxima su muerte, arrepentido de los malos tratos de que había sido víctima su cónyuge en sus frecuentes estados de embriaguez, prevalecieron los sentimientos de arrepentimiento por su propio comportamiento en tales malos tratos por encima de lo que pudiera sentir acerca del comportamiento de su esposa”.

Un camino similar siguió la Audiencia Provincial de Madrid en un caso juzgado por el tribunal del Jurado en 2011, relativo a una mujer que en el curso de una discusión en el dormitorio de la pareja, y tras sufrir una amenaza de muerte, apuñaló a su compañero de forma “súbita, sorpresiva e inesperada”, según consta en los hechos probados. El mismo relato de hechos en el que se afirma que “Loreto padecía un trauma crónico ocasionado por una situación de malos tratos causados por Martín, que se agudizó en el dormitorio cuando Martín le amenazó con matarla si viajaba a Ecuador para ver a su hijo de ocho años, fruto de una relación anterior, alterando profundamente el equilibrio emocional de Loreto, que perturbó levemente sus facultades cognitivas o volitivas”. La mujer fue condenada por asesinato a quince años de prisión con la atenuante analógica de trastorno mental transitorio²⁶. Ni una palabra de la legítima defensa.

²⁶ SAP Madrid 126/2011, de 12 de diciembre (ROJ 18060/2011).

Con todo, la atención pública que viene generando desde hace tiempo la violencia de género como un problema estructural que afecta de modo decisivo al comportamiento de quienes la sufren, necesariamente tenía que acabar por repercutir de alguna manera en la valoración judicial de hechos como los que estamos analizando. Pero el ámbito más habitual para dar cabida a los contextos de violencia severa que llevan a algunas mujeres a matar a sus parejas no ha sido, al menos hasta hace poco, el de la antijuridicidad sino más bien el de la culpabilidad, a través de la eximente (incompleta) de miedo insuperable. Y ello por la combinación de dos factores: por un lado, porque la forma que tienen las mujeres de defenderse, en general aprovechando un descuido del maltratador, lleva a que los tribunales rechacen la presencia de una agresión ilegítima inminente y, con ello, la posibilidad de aplicar la eximente de legítima defensa, pero sin descartar –y este es el segundo factor relevante- que en su decisión delictiva haya influido el estado de temor permanente característico de quien vive sumida en un escenario cotidiano de violencia.

La STS 2067/2002, de 13 de diciembre (ROJ 8381/2002), es ilustrativa de este modo de proceder. Una mujer que venía sufriendo malos tratos físicos y psíquicos de forma habitual por parte de su marido, temerosa de que se produjera otro episodio violento, lo encerró en un cuarto situado en la azotea de la casa aprovechando que el hombre estaba ocasionalmente ahí, y lo mantuvo en esas condiciones hasta que dos días después lo liberó la Guardia Civil. El Tribunal Supremo descartó desde el principio la posibilidad de justificar la detención ilegal por legítima defensa debido a la ausencia de una agresión actual, pero en cambio aplicó la eximente incompleta de miedo insuperable por entender que la violencia habitual –que había quedado probada en el juicio- es “uno de los problemas de mayor envergadura que se plantean en nuestra sociedad... que engendra naturalmente un intenso miedo racional, inspirado en un hecho efectivo, real, acreditado, que alcanza en grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva”.

Pero este razonamiento, completamente acorde con los efectos psicológicos que produce el maltrato habitual, no siempre está presente en las resoluciones de los tribunales. Llama la atención, por ejemplo, el desprecio absoluto hacia ese particular estado de ánimo que se percibe en la Sentencia nº 2/2011 del Tribunal de Justicia de Galicia²⁷, donde se juzgaba el caso de una mujer que dio muerte a su marido con una mancuerna mientras ambos estaban acostados y se consideró probado sin ningún género de dudas que la mujer y su hija habían sufrido continuos malos tratos físicos y psíquicos durante los treinta y cinco años de convivencia, hasta el punto de que los peritos describieron en el juicio un estado psicológico severo compatible con el llamado “síndrome de la mujer maltratada”. El Tribunal rechazó la eximente de miedo insuperable, incluso en su forma incompleta, por entender

²⁷ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sentencia 2/2011, de 4 de marzo (ROJ 2085/2011).

que no había ninguna prueba de que en el momento del hecho la mujer actuara movida por un “temor grave, profundo, intenso y real generado por el oponente”, demostrando así la total ignorancia de los efectos que produce el maltrato habitual sobre sus víctimas²⁸.

En cambio, sí que se han producido avances importantes en la jurisprudencia en casos donde la agresión del maltratador ha cesado momentáneamente, pero sin que se pueda descartar una reiteración más o menos inmediata del ataque, hasta el punto de que el Tribunal Supremo ha llegado a aceptar la aplicación de la eximente completa de legítima defensa.

Así se pronunció el alto tribunal en el siguiente caso: tras un episodio de violencia física contra su pareja, un hombre le puso un cuchillo de cocina en el cuello al tiempo que la amenazaba con matarla y violarla más tarde, tras lo cual, aprovechando que él había dejado momentáneamente el cuchillo, la mujer lo cogió y le asestó una puñalada en el tórax causándole lesiones. La Audiencia de Navarra condenó al hombre por un delito de violencia ocasional del art. 153 CP y apreció una eximente incompleta de legítima defensa en la conducta de la mujer²⁹, criterio que fue revocado por el Tribunal Supremo que finalmente la absolvió del delito de lesiones al admitir la concurrencia completa de esa causa de justificación³⁰.

Este breve repaso jurisprudencial pone de manifiesto las injusticias a las que puede conducir una aplicación puramente formalista y descontextualizada de las normas penales, como de hecho ha sucedido tradicionalmente con la causa de justificación de legítima defensa en los casos de mujeres que matan a sus parejas violentas. Porque si bien es cierto que la forma de defenderse de las mujeres no siempre responde al modelo sobre el que históricamente se configuraron los requisitos de aquella causa de justificación, no lo es menos que todas las normas (también las penales) admiten diversas vías de interpretación y es exigible al aplicador del derecho que opte por la que resulte más adecuada a las valoraciones sociales del momento y, sobre todo, a los estándares constitucionales de respeto de los derechos fundamentales. Como bien advirtió hace tiempo Elena Larrauri (1995: 41, 81), si hay una institución en el Derecho penal que puede resultar discriminatoria para las mujeres en caso de aplicarse de forma rígida y formalista es precisamente la legítima defensa, porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación hombre/hombre, pensando en personas con fuerzas semejantes y posibilidades de respuesta también similares, lo que deja fuera del “grupo de referencia” a la mayoría de las mujeres, cuya menor potencialidad física para repeler un ataque violento puede exigirle otro tipo de estrategias menos directas.

²⁸ Los efectos emocionales que identifican al “síndrome de la mujer maltratada” describen, en general, un estado psicológico de temor permanente que, sin embargo, no siempre las mujeres llegan a identificar como tal mientras persiste la relación tóxica. Detenidamente al respecto, Casals Fernández, 2019: 330 ss.

²⁹ SAP Navarra 215/2017, de 3 de noviembre (ROJ 518/2017).

³⁰ STS 699/2018, de 8 de enero de 2019 (ROJ 22/2019).

Ello no significa que debamos prescindir de los requisitos legales de una causa de justificación tan asentada como la que estamos comentando, ni mucho menos que se deban “atemperar” esas exigencias cuando es una mujer quien actúa. Se trata solo de corregir mediante interpretación el sesgo androcéntrico con el que fueron construidas muchas figuras jurídicas –entre ellas la legítima defensa- pensadas en función de la forma en que los hombres ejercen la violencia y se defienden, dejando totalmente al margen a las mujeres como posibles agentes del derecho de defensa, sus particularidades y situaciones. En este caso, por tanto, la incorporación de la perspectiva de género a la interpretación de la norma penal es una exigencia del principio de no discriminación y no se debe confundir con una especie de aplicación benevolente hacia las mujeres por el hecho de ser víctimas de violencia o simplemente por ser mujeres (Roa Avella, 2012: 62). Tienen razón quienes advierten sobre los peligros que implicaría optar por una “aplicación diferenciada” de la legítima defensa cuando la actora es una mujer. Y no solo porque puede volverse en su contra provocando una fuerte resistencia en la judicatura (Lauría/Saba, 2017: 51) sino, sobre todo, porque produciría un efecto simbólico-comunicativo profundamente negativo al reforzar una vez más la falsa imagen victimista y vulnerable del género femenino³¹. Lo que aquí se propone no es una interpretación *ad hoc* para las mujeres³² sino una reconsideración de los requisitos legales de la legítima defensa que permita ajustarlos al universo de sujetos al que se dirige el Derecho penal, que son hombres y mujeres con sus respectivas características y circunstancias y sus distintas formas (y posibilidades) de ejercer el derecho de defensa. En suma, lo que se persigue es alcanzar “una aplicación igualitaria de la doctrina general de la legítima defensa” (Larrauri, 1995: 29).

Antes de entrar en sus particularidades, conviene dejar claro que la relación matrimonial –o de pareja de hecho- no implica ninguna limitación del derecho de defensa, ni por la vía de imponer a la persona agredida algún tipo de asunción de riesgos ni mucho menos exigiéndole la huida³³. Estas restricciones, importadas de

³¹ Sobre los efectos perversos del pensamiento victimista en la confrontación de las mujeres con el Derecho penal, Maqueda Abreu, 2007: 32; Pitch, 2003: 186 s.

³² Es importante corregir la imagen que a veces ofrecen los tribunales de un tratamiento “más benigno” hacia las mujeres víctimas de violencia de género que se defienden frente a su agresor, como si se tratara de orillar algunos requisitos de la causa de justificación para poder eximir las de pena (o atenuar su responsabilidad.) Ese tipo de razonamiento, además de sexista, conduce a reforzar la (falsa) idea de que el (buen) feminismo intenta conseguir privilegios para las mujeres en la aplicación de la ley penal.

³³ En la jurisprudencia argentina este asunto fue especialmente debatido con motivo de un caso en el que una mujer sometida a permanentes malos tratos y encerrada por el marido en la casa, acabó clavándole un destornillador en el pecho (conocido como “caso Leiva”). En la primera instancia se rechazó la alegación de legítima defensa con el argumento de que la continuación de la convivencia a pesar del maltrato ponía de manifiesto que había un “sometimiento libre” de la mujer a su pareja que anulaba cualquier posible influencia del maltrato en su conducta homicida. Tras un largo periplo judicial, la Corte Suprema de aquel país anuló el fallo y la mujer resultó absuelta por aplicación de la causa de justificación de legítima defensa. Al respecto, Hopp, 2012; Di Corleto, 2006. Por lo demás, está demostrado que la violencia de género habitual, cuando es intensa, lleva a un estado psicológico que impide a la mujer vislumbrar otras opciones que no sea la vida con el agresor (véase Roa Avella, 2012: 61)

Alemania y sin ningún arraigo en la tradición jurídica de los países latinos, se fundamentan en el deber de garante que el propio Derecho penal establece en los casos de relaciones familiares estrechas³⁴, incluidas las relaciones conyugales o de convivencia afectivo-sexual. Tanto la jurisprudencia alemana como un amplio sector de la doctrina coinciden en que cuando existe un deber de solidaridad mutua entre agresor/a y agredido/a, puede exigirse a este último que busque el medio más suave posible para repeler la agresión, incluso si ello implica algún tipo de riesgo (leve) para su integridad (Roxin, 2006: 702)³⁵. Pero igualmente añaden que esta limitación no es aplicable cuando existe una relación previa de carácter conflictivo, como es el caso, precisamente, de las mujeres que se defienden frente a una pareja que las viene sometiendo a maltrato habitual (Perron, 2014: parág. 32, nm. 53)³⁶. En consecuencia, ni siquiera admitiendo la teoría alemana sobre limitación del derecho de defensa entre personas afectivamente próximas sería posible aplicarla en relaciones donde se ha instaurado un clima de violencia física y psíquica totalmente incompatible con cualquier clase de deber de protección de la víctima del maltrato hacia su maltratador (Suárez López, 2000: 260)

Por lo que se refiere a los requisitos básicos de la legítima defensa, un problema frecuente en casos de mujeres que actúan frente a un maltratador es el de la (supuesta) *falta de inminencia* de la agresión. Aquí deben distinguirse dos clases de situaciones: en primer lugar, el caso de la mujer que, estando frente a frente con su agresor, opta por una acción defensiva antes de que este llegue a tocarla o cuando apenas ha iniciado el episodio de golpes; en segundo término, el supuesto –mucho más complejo– de legítima defensa sin confrontación directa, esto es, cuando la mujer ataca al hombre violento en un momento en el que no la está agrediendo, por ejemplo, mientras duerme.

La necesaria objetividad que debe mantener el juzgador al valorar la concurrencia de los presupuestos esenciales de la legítima defensa –como de cualquier otra causa de justificación– no está reñida con la toma en consideración de las condiciones específicas en las que actúa quien se defiende. En palabras de Cerezo Mir (1998: 234), “el juez debe realizar un juicio *ex ante*, colocándose en el lugar del agredido y en el momento en que éste creía inminente o se iniciaba la agresión”. Por eso, para valorar la inminencia no es correcto partir únicamente y de modo descontextualizado de la conducta desplegada por el agresor en el instante previo a

³⁴ Sobre los distintos argumentos esgrimidos en Alemania para fundamentar esta restricción, incluida la asombrosa afirmación de que las agresiones en la pareja tienen menor carga lesiva que las ocurridas entre extraños, véase Iglesias Río, 1999: 415 ss.

³⁵ Extensamente sobre esta tesis, adoptando, con razón, una posición contraria a su aceptación, Palermo, 2006: 360-363.

³⁶ Roxin (2006:702) contempla dos excepciones en las que entiende que la mujer puede defenderse frente a su pareja incluso con medios contundentes (como un cuchillo o un arma de fuego.) En primer lugar, cuando la agresión implica un riesgo de lesiones de la suficiente entidad como para requerir tratamiento médico y, segundo, cuando la agresión se produce en el contexto de un maltrato habitual severo. Expresamente descarta nuestro autor que en estos casos se le pueda exigir a la mujer la huida del hogar como alternativa a la defensa.

la acción defensiva, sino que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias y antecedentes del hecho, incluidos los conocimientos de quien se defiende, en particular si ya conocía al agresor. Porque esos conocimientos especiales pueden permitirle detectar la inmediatez de un ataque que a ojos de un tercero quizás pase inadvertido. Está de sobra demostrado que las mujeres que viven inmersas en contextos intensos de violencia de género aprenden a convivir con la agresividad latente y saben reconocer la inminencia de un ataque por determinadas reacciones del maltratador que ya conocen y han experimentado en vivencias previas. Por eso resulta precipitado e inconsistente negar sin más la necesidad de la defensa cuando una víctima de violencia habitual se adelanta al ataque y reacciona antes de que la agresión comience, porque es muy posible que su conducta responda a la experiencia que le avisa del peligro inminente para su vida³⁷; igual que sucede si aprovecha que la agresión ha cesado momentáneamente porque sabe que se va a repetir y seguramente con mayor virulencia. En casos de este tipo el problema no reside, por tanto, en la falta de inminencia, sino en la falta de atención a un dato fáctico imprescindible para comprender en toda su magnitud la situación de hecho que da lugar a la acción defensiva. En esta línea afirma acertadamente el Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia 699/2018 (ROJ 22/2019) que a la hora de valorar la actualidad de la agresión ha de tenerse en cuenta si las circunstancias que rodean a las actitudes amenazadoras “son tales que permiten llevar al amenazado a la razonable creencia de un acometimiento o ataque cuya inminencia no es descartable” (FJ 6º), de modo tal que la percepción de la víctima se convierte en un elemento básico para la evaluación del carácter más o menos cercano del ataque. En palabras de Larrauri (1995: 36), “es más una cuestión de credibilidad que de actualidad”. De ahí que el historial de violencia siempre deba formar parte del material probatorio cuando una mujer mata a una pareja que la viene maltratando sistemáticamente, siendo obligatorio para los tribunales incorporar ese dato en el proceso de valoración de la antijuridicidad de la conducta³⁸.

Y no solo para valorar la necesidad de la defensa sino también la *racionalidad del medio empleado*, porque en situaciones de violencia aprendida –como sucede en los ciclos propios de la violencia de género– una mujer es capaz de detectar cuándo un primer golpe, aunque objetivamente sea leve, es el inicio de una agresión mucho más intensa que hace necesaria una respuesta inmediata y lo suficientemente contundente como para evitar que el ataque se vuelva incontrolable e imposible de repeler más tarde (Chiesa: 53). De hecho, entre los efectos propios

³⁷ Con todo, y por mucho que sorprenda, la experiencia previa en ocasiones ha sido utilizada en el sentido contrario, esto es, para fundamentar la falta de necesidad de la defensa (o del medio empleado, si ha sido contundente) apelando a que la mujer ya sabe por muchos episodios anteriores que el ataque no va a desembocar en nada grave. Sobre esta línea en la jurisprudencia alemana, Olmedo Cardenete, 2004: 211.

³⁸ Un interesante relato del giro que dio la jurisprudencia de Puerto Rico en los casos de mujeres que matan a sus maridos violentos desde que se admitió la prueba del “síndrome de mujer maltratada” para valorar la posible concurrencia de una legítima defensa, puede consultarse en Fontanet Maldonado, 2003: 458 ss.

del llamado “síndrome de la mujer maltratada” se describe precisamente esa aptitud especial de la mujer para percibir la inminencia y gravedad del peligro para su vida incluso antes de que se produzca el ataque directo del maltratador, lo que permite fundamentar la racionalidad de la acción defensiva (Fontanet Maldonado, 2003: 463; Iglesias Río, 1999: 425, 427). Tampoco puede despreciarse en los casos de violencia de género la diferencia de fuerzas entre agresor y agredida que en no pocas situaciones puede llevar a que la mujer acuda a medios (aparentemente) excesivos³⁹, como sucede cuando ante una paliza intensa del varón, ella utiliza un instrumento punzante para defenderse. Recuerda con razón el Tribunal Supremo que la racionalidad del medio no se mide por comparación abstracta de los medios disponibles sino atendiendo a la adecuación de la conducta en función de las circunstancias del caso, “lo cual obliga a considerar la actuación concreta de la víctima y la efectiva disponibilidad de los medios defensivos que estuviera en condiciones de usar”⁴⁰.

Más complicados son los casos de defensa en los que no hay una confrontación directa entre la mujer y su maltratador, porque es cierto que en tales situaciones faltará la inmediatez de la agresión propia de la “inminencia”. Sin embargo, eso no supone necesariamente que deba descartarse la posible aplicación de la legítima defensa completa ni tampoco que la única forma de admitirla sea por la vía de renunciar a un requisito esencial de esta causa de justificación, dando lugar a una especie de aplicación privilegiada para las mujeres que matan a sus maridos de forma insidiosa⁴¹ en contextos de violencia de género (Lauría/Saba, 2017:59). Antes de llegar a ese extremo es conveniente repensar el requisito de la inminencia en atención al papel que cumple en la legítima defensa, sobre todo teniendo en cuenta el amplio margen de interpretación del que se dispone al no tratarse de una exigencia explícita de la formulación legal de la eximente en el Derecho español (art. 20.4ºCP).

En realidad, el motivo por el que se exige que la agresión al bien jurídico esté a punto de producirse es para fundamentar la *necesidad* de la acción defensiva, ya que cuanto más cercana esté la realización del riesgo menos alternativas tendrá el/la agredido/a de acudir a otros medios menos perjudiciales (especialmente medios lícitos) para evitar el daño. La inminencia no cumple, por tanto, una función legitimadora por sí misma, sino que juega como indicador de la necesidad de la defensa,

³⁹ Dice con razón Suárez López (2000: 262) que no se trata aquí de cambiar nada en el requisito previsto en la legislación penal sino de interpretarlo correctamente conforme a las circunstancias del caso concreto.

⁴⁰ STS 593/2009, de 29 de mayo (ROJ 3922/2009), relativa al caso de una mujer que, mientras cortaba verduras en la cocina, fue arrastrada y golpeada por su marido, momento en el cual ella le clavó en el tórax el cuchillo que llevaba en la mano. El tribunal de instancia solo aplicó la eximente incompleta porque apreció (a partir de una interpretación incorrecta de la exigencia de racionalidad del medio) “desproporción” en los medios, decisión que fue posteriormente corregida por el TS para admitir la causa de justificación completa.

⁴¹ Piénsese en la mujer que mata a su pareja violenta mientras duerme o le proporciona una comida envenenada que el sujeto no puede detectar.

que es el auténtico requisito esencial de esta causa de justificación junto a la agresión ilegítima⁴² (Mir Puig, 2016: 450; Maqueda/ Lorenzo, 2017: 216). Por eso, parte de la doctrina, con razón, prefiere hablar de “actualidad” de la agresión y no de inminencia, entendiéndose por tal que en el momento de la acción defensiva exista un peligro originado por el comportamiento antijurídico del agresor que “haga preciso e inaplazable actuar porque de lo contrario haya riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz” (Luzón Peña, 2016: 390). Lo esencial, en consecuencia, es que concurra un peligro de lesión para un bien jurídico de quien se defiende (o de un tercero) atribuible a la conducta ilícita del agresor que hace necesaria una acción defensiva inmediata, con independencia de que la realización de ese peligro sea o no inminente. Obviamente, cuanto menos cercana esté la realización del riesgo más dificultades habrá para justificar la necesidad de una defensa inmediata, pero esto no tiene que ver con los presupuestos materiales de la causa de justificación sino con las circunstancias de la situación de hecho. Así, en el caso de mujeres sometidas a maltrato permanente y grave que han sido aisladas de su entorno por el maltratador y donde se pueden probar episodios previos de agresiones muy intensas, no parece discutible la actualidad del peligro, aunque no haya un ataque directo en el momento en el que la mujer actúa, porque su vida e integridad física están sometidas a un riesgo constante⁴³ (así también Larrauri, 1995: 38; Roa Avella, 2012: 66)⁴⁴. Cuando a ello se añade, como sucede a menudo, un fuerte ambiente de opresión creado por el maltratador que imposibilita la búsqueda de ayuda externa⁴⁵, unido a las escasas posibilidades físicas de defenderse cara a cara, no hay razones de fondo para negar la concurrencia de la legítima defensa si la mujer espera a que el sujeto esté dormido para quitarle la vida o busca alguna otra fórmula de defensa sin confrontación. Ciertamente el camino de la justificación solo será transitable en casos muy extremos, pero lamentablemente la

⁴² Por eso tiene sentido que en el pragmático derecho anglosajón se de preferencia a la evaluación de la necesidad de la defensa en la situación concreta antes que a una rígida exigencia formal de inmediatez del peligro. Al respecto, Chiesa, 2007: 57. En realidad, lo mismo sucede en el estado de necesidad, donde se admite de manera generalizada que no es precisa la inminencia de lesión del bien jurídico para afirmar una situación de necesidad porque hay supuestos de auténtico conflicto entre bienes jurídicos en los que, sin ser inminente la lesión del que está en peligro, las circunstancias aconsejan actuar de inmediato porque el transcurso del tiempo no permite vislumbrar una solución menos perjudicial. Ampliamente al respecto, *Laurenzo Copello*, El aborto no punible, Bosch, Barcelona, 1990, 195 s.

⁴³ Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que se está hablando aquí de datos fácticos que dan cuenta de la actualidad de la agresión y no de criterios dogmáticos vinculados a la naturaleza jurídica del delito de maltrato habitual. Nada cambia, pues, porque se defina al delito del art. 173.2 CP como un delito permanente o no (sobre este punto de vista, con posiciones contrapuestas, Acale Sánchez, 2000: 188; Olmedo Cardenete, 2001: 120). Lo que permite afirmar la actualidad de la agresión es un dato fáctico –la presencia constante del riesgo de un ataque– y no la naturaleza jurídica del delito que pueda estar cometiendo el agresor.

⁴⁴ En contra de aplicar estándares diferentes a los habituales para valorar la actualidad de la agresión o la racionalidad del medio en caso de mujeres maltratadas, Iglesias Río, 1999: 429.

⁴⁵ O también, un sistema público defectuoso que no garantice la seguridad de las mujeres que se atreven a denunciar la violencia. Así, de cara a medir la racionalidad del medio empleado para repeler la agresión, Roa Avella, 2012: 63. Sobre la posible incidencia de la defectuosa respuesta institucional en la valoración de la conducta de la mujer, Olmedo Cardenete, 2004: 2018 s.

casuística de la violencia de género demuestra que estas situaciones también existen y deben tener una respuesta jurídica adecuada (y justa.)

Sin embargo, esta no es la opinión dominante. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia comparadas tienden a negar la actualidad del peligro siempre que falta la confrontación directa entre agresor y agredida, partiendo de que en tales supuestos la mujer no estaría defendiéndose de una agresión actual sino futura, por lo que prefieren acudir a la llamada legítima defensa preventiva, una fórmula que en realidad no da lugar a una causa de justificación autónoma sino que remite para su evaluación a los requisitos del estado de necesidad, sea en su forma justificante o exculpante (Varona, 2000: 306 ss.) Una alternativa poco viable en la práctica para justificar la conducta defensiva de la mujer cuando esta consiste en dar muerte al agresor, ya que la ponderación de bienes propia de esa causa de justificación difícilmente dará un resultado favorable a la acción salvadora. De ahí que algún sector doctrinal acuda a la eximente de miedo insuperable, donde ya no hace falta la preeminencia objetiva del bien salvado sino que basta con probar la presencia de un temor fundado y razonable a sufrir una agresión en un futuro cercano (así, Varona, 2000: 309 y ss.)⁴⁶ Pero esa solución, a la que se muestran propensos nuestros tribunales, no solo eleva el riesgo de condena al dejar todo librado al grado de intensidad que el juez quiera atribuir al miedo provocado por el maltratador. Sobre todo, relega injustificadamente la solución al ámbito de la culpabilidad en muchos casos donde una correcta evaluación de la situación de hecho permitiría descartar la antijuridicidad de la conducta. Porque la violencia habitual severa implica en sí misma una agresión a la que está sometida la víctima durante todo el tiempo que convive con el agresor, de modo tal que el peligro para su vida e integridad es permanente. Cuando en estos casos se niega la actualidad de la agresión solo porque en el momento de la acción defensiva no se está produciendo uno de los habituales ataques directos del maltratador es sencillamente porque se ignora el dato de la violencia latente tan característica del maltrato de género y la situación se observa de forma descontextualizada, como si cada episodio de violencia fuera un hecho aislado⁴⁷.

Una vez más, la ausencia de una perspectiva de género en la interpretación del derecho aboca a soluciones miopes y profundamente injustas para las mujeres.

⁴⁶ Jiménez Díaz (2002:298 ss.) propone la aplicación de la eximente de miedo insuperable vinculada al trastorno de estrés postraumático que muchas mujeres sufren como consecuencia de un intenso maltrato.

⁴⁷ La Asamblea General de Naciones Unidas llama la atención sobre este riesgo en la Resolución 65/228 de 21 de diciembre de 2010 cuando en el documento sobre “Estrategias y medidas prácticas modelo actualizadas para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal”, exhorta a los Estados Miembros para que se cercioren de que en los procedimientos penales “el eximente de legítima defensa de mujeres víctimas de violencia, en particular cuando haya síndrome de mujer maltratada, se tenga en cuenta en las investigaciones, instrucciones sumariales y sentencias contra ellas” (*apartado k*) del Anexo). Con razón se afirma en la misma resolución que este documento “no establecen un trato preferencial para la mujer, sino que pretenden garantizar que se eliminen las desigualdades o la discriminación contra la mujer en el acceso a la justicia...” (Apartado 8 del Preámbulo)

Disponible en https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/228&Lang=S

4. Mujeres que trafican con drogas

Más allá de los delitos de estatus que se vinculan de forma directa con roles de género, la condición femenina también puede ser un factor trascendente para explicar la implicación de las mujeres en otros ámbitos de la delincuencia con perfiles mucho más abiertos, como sucede con el tráfico de drogas, donde, como veremos, tanto la decisión de entrar en esta actividad como la asignación de funciones en la cadena de narcotráfico pueden estar condicionadas por factores de género. Esta realidad es particularmente relevante en los países “exportadores” de drogas donde las redes de narcotráfico se nutren de mujeres en condiciones de especial vulnerabilidad para el transporte a pequeña escala, en particular cumpliendo la función de “mulas”, como se las conoce generalmente. No en vano la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) en su Declaración de Antigua de junio de 2013 expresamente advirtió “que las políticas públicas relacionadas con el problema mundial de las drogas necesariamente deben ser diseñadas e implementadas con un enfoque de género, cuando corresponda”, apuntando, entre otros aspectos, a “reducir el hacinamiento carcelario” y asegurar “la proporcionalidad entre el daño y la pena y el apoyo de alternativas al encarcelamiento”⁴⁸.

Todos los estudios sobre mujeres encarceladas por delitos de drogas en América Latina coinciden en dibujar un perfil de alta vulnerabilidad y condiciones extremas de exclusión social, definido por la “marginalidad, bajo nivel educativo, historias familiares marcadas por distintas formas de violencia, inserción en el mundo del trabajo desde la infancia, principalmente en la economía informal, embarazos en la adolescencia y una ausencia de los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos por parte del estado”, añadiendo en muchos casos la responsabilidad de ser cabeza de familias monoparentales con hijos/as y personas mayores a cargo⁴⁹. Un perfil que, por reflejo, también está presente en parte de la población carcelaria femenina de los países europeos, ya que son precisamente esas mujeres las que luego acaban detenidas *in fraganti* en aeropuertos del primer mundo (Bodelón, 2007: 112 ss.) En la región andina se añade un factor étnico-cultural que debilita aún más la situación de las mujeres indígenas que cumplen funciones de transporte transfronterizo por no contar con ningún tipo de apoyo familiar o social en el lugar donde son detenidas.

Ese perfil explica por qué las mujeres de sectores socialmente oprimidos son útiles a las redes de narcotráfico, una realidad que no es exclusiva de los países exportadores, sino que también se observa en parte de la población carcelaria femenina

⁴⁸ Declaración de Antigua, Guatemala: “Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas”, Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 2013, apartados 11 y 18.

⁴⁹ Giacomello (2013:2 1), quien añade la condición de delincuentes primarias, no reincidentes, una característica que, como veremos, es importante para explicar el reclutamiento de este tipo de mujeres por las redes de narcotráfico.

que cumple condena por narcotráfico en España⁵⁰ y otros países europeos. Su alta vulnerabilidad y la necesidad económica acuciante las hace fácilmente manipulables y al mismo tiempo prescindibles, razón por la cual se sitúan en los niveles más bajos de las operaciones de transporte (o venta) de droga, que son las actividades más expuestas al control policial. Incluso es frecuente que sean “sacrificadas” por el narco utilizándolas como “cebo” para distraer a la policía en los controles fronterizos, tanto terrestres como en aeropuertos, con el fin de asegurar el paso simultáneo de cargamentos importantes por la misma frontera⁵¹. En todas las organizaciones criminales existen sujetos fungibles, utilizados para las tareas más arriesgadas y peor remuneradas precisamente porque son fácilmente sustituibles, como de hecho sucede con tantas personas que viven por debajo del umbral de la pobreza en vastas regiones de América Latina. Y ciertamente no son solo mujeres; también muchos hombres son reclutados en esos mismos contextos de exclusión social. Pero lo que no es casual es que la criminalidad femenina, también en países altamente consumidores de drogas como es el caso de España, se centre de forma tan marcada en los delitos de tráfico de drogas y, sobre todo, que el perfil preponderante sea el que venimos describiendo. El hecho de que el grueso de las mujeres condenadas por drogas esté conectado a situaciones de marginalidad tiene una explicación vinculada al género, es una consecuencia directa de la feminización de la pobreza que atraviesa a todo el mundo occidental por multitud de factores entrecruzados, entre los que cabe destacar la prevalencia femenina en trabajos mal pagados de la economía sumergida⁵², el aumento de cargas familiares por la crianza en soledad de hijos e hijas, la responsabilidad de manutención de ancianos a cargo, la exposición a abusos sexuales con subsiguientes embarazos no deseados y un largo etcétera.

Tanto las operaciones de transporte en la forma de “correo humano” como la venta al menudeo son actividades que reportan beneficios rápidos e inalcanzables

⁵⁰ En España, el alto número de mujeres gitanas encarceladas por tráfico de drogas también tiene que ver con la marginalidad y el contexto de pobreza en la que vive gran parte de la población gitana como consecuencia de la ancestral discriminación hacia este grupo étnico. Y si bien es cierto que este factor afecta por igual a mujeres y hombres, no lo es menos que la feminización de la pobreza está tan presente aquí como en cualquier otro sector social, de modo tal que no es raro encontrar mujeres gitanas que se han dedicado al tráfico al menudeo para responder a fuertes cargas familiares, muchas veces debido a que su compañero sentimental ya está cumpliendo condena o sencillamente ha muerto (ampliamente sobre este asunto, Equipo Barañí, 2007: 169 ss.)

⁵¹ En una investigación periodística sobre las mujeres “mulas” en la frontera entre Bolivia y Chile se explica cómo incluso se llega a vestir a las mujeres de manera que llamen la atención de la policía en los controles fronterizos para distraer el control policial mientras se está pasando un cargamento mucho más grande por algún paso clandestino cercano. Véase el reportaje “Las mujeres carne de cañón del narcotráfico”, www.connectas.org/especiales/carne-de-cañon. El mismo *modus operandi* describe Giacomello (2013:9) respecto de las mujeres latinoamericanas utilizadas como “mulas” para transportar droga por vía aérea a países europeos: en ocasiones se sacrifica a alguna de ellas mediante una denuncia anónima con el fin de distraer a la policía mientras otros cargadores que viajan en el mismo vuelo pasan desapercibidos.

⁵² Como bien apunta Bodelón (2007: 114), no es casual que las mujeres se ocupen de las tareas más precarias en las operaciones de tráfico de drogas porque no deja de ser un mercado (ilegal) de trabajo donde se reproduce la misma discriminación de género que existe en el mercado laboral ordinario.

en el mercado (legal) de trabajo que, además, como apunta Giacomello (2013: 6), permiten a las mujeres compatibilizar una fuente apreciable de ingresos con sus funciones tradicionales de cuidado familiar.

Esa misma función de protección de la familia, tan asociada a los roles de género, explica que en otras ocasiones las mujeres se echen a la espalda la responsabilidad por ciertas operaciones de pequeño tráfico o tenencia de droga en el domicilio familiar que en realidad pertenece a sus parejas o a sus hijos (Acale, 2016: 906) o que asuman personalmente la condición de traficantes para encubrir a los miembros (masculinos) del grupo familiar⁵³ y evitarles así penas más gravosas, por tratarse muchas veces de reincidentes. A lo que debemos añadir, en ocasiones, el factor de dependencia afectiva de sus parejas masculinas que las impulsan o incluso las coaccionan para que se impliquen en operaciones de narcotráfico controladas por ellos, sea en la forma de recepción o envío de paquetes que ocultan estupefacientes o por la introducción de estas sustancias en centros penitenciarios.

Todas estas circunstancias son de sobre conocidas por los operadores jurídicos que, en general, manifiestan cierta incomodidad a la hora de aplicar la rigurosa legislación penal a las mujeres que son sorprendidas transportando droga en su propio cuerpo, sea por ingesta o escondida en la vagina, o en operaciones de venta al menudeo u otras actividades conexas de escasa entidad. De forma más o menos explícita, dos ideas difícilmente conciliables entre sí aparecen con cierta persistencia en el posicionamiento de los encargados de gestionar la respuesta penal en estos supuestos. Por un lado, la idea muy generalizada de la inutilidad (e injusticia) que supone condenar a quienes constituyen el eslabón más débil de las redes de narcotráfico, generalmente utilizadas por su marcada situación de vulnerabilidad y exclusión social. Por otro, la convicción (a veces auténtica, otras veces en forma de resignación ante lo inevitable) de que la lucha contra las drogas es una prioridad absoluta que no puede ceder ni siquiera ante situaciones personales de ostensible necesidad y dramatismo, a lo que se suma el temor de que algún tipo de reconocimiento de estas situaciones en forma de eximente de pena pueda multiplicar el reclutamiento de mujeres vulnerables por las organizaciones de narcotráfico alentadas por las expectativas de impunidad. En los países latinoamericanos –no así de modo tan marcado en Europa– el resultado de esa mirada ambivalente es un poder judicial propenso a mostrar cierta benevolencia con las mujeres implicadas en pequeñas operaciones de tráfico que se traduce (a veces) en un menor rigor punitivo, pero descartando *ab initio* posibles causas de exclusión de la pena basadas en la ausencia de injusto o culpabilidad.

⁵³ En España existe una representación social muy extendida que atribuye a las mujeres gitanas ese papel de autoinculparse para salvar a su hombre. Pero algunos estudios serios sobre la cuestión gitana vinculan este mito con los estereotipos sociales que describen a las gitanas como mujeres sumisas a sus maridos y sin voluntad propia, una idea poco compatible, al parecer, con el papel principal que asumen las mujeres de ese grupo étnico en la actividad económica familiar. Al respecto, Equipo Barañí, 2007: 170.

En los últimos años, en el ámbito de la filosofía política aplicada al Derecho penal se ha intensificado el debate sobre el grado de legitimidad de un Estado para exigir responsabilidad por la comisión de (determinados) delitos a quienes se encuentran en situación de exclusión social estructural generada por el propio sistema socio-político que los margina y se desentiende de ellos⁵⁴. Dejando a un lado la alta complejidad de estos planteamientos imposible de abordar aquí, no está demás señalar que muchos de ellos apuntan a la idea de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como criterio fundamentador de una posible exclusión de pena -incluso en supuestos donde el autor/autora actúa con capacidad de culpabilidad- cuando el hecho delictivo está directamente conectado con la situación de exclusión social que lo motiva⁵⁵. Probablemente algo de esto esté en la base de esa sensación de “injusticia” que experimentan algunos aplicadores del derecho que se ven obligados (o al menos eso creen) a aplicar penas altas a personas que se implican de forma circunstancial en pequeñas operaciones de tráfico de drogas para paliar situaciones de auténtica indigencia o necesidad extrema. Porque, como bien dicen Bustos y Hormazábal (1997: 140), la exigibilidad es un concepto político que da cuenta de la relación entre la persona y el Estado, de modo tal que se trata de dilucidar si, en la situación concreta, el sistema está en condiciones de exigir al sujeto una respuesta determinada, lo que depende de múltiples variables, incluidos los factores culturales y las situaciones socioeconómicas.

Aun sin entrar en la posible construcción de una “eximente de pobreza” fundada en la idea de inexigibilidad, a los efectos del presente trabajo resulta conveniente no perder de vista la fuerte conexión que siempre se ha reconocido entre la idea de inexigibilidad y los factores socioeconómicos como posible motivación para el delito⁵⁶, ya que sin duda se trata de un argumento estrechamente relacionado con los casos que aquí se están analizando.

4.1. *Posibles respuestas desde la teoría del delito*

Desde que en la segunda mitad del siglo pasado se impusiera a nivel mundial una política prohibicionista extrema en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, arengada desde los Estados Unidos de América bajo el lema de “guerra contra las drogas”⁵⁷, resulta muy complicado encontrar espacios para el reconocimiento judicial de alguna eximente de pena en este grupo de delitos.

⁵⁴ Una excelente exposición de este debate puede consultarse en Cigüela Sola, 2019: 163 ss.; también Silva Sánchez, 2018: 98 ss.

⁵⁵ Así Silva Sánchez, 2018: 108; Cigüela Sola, 2019: 334 ss.

⁵⁶ De hecho, como bien recuerdan Muñoz Conde y García Arán (2019: 369), la teoría de la no exigibilidad surgió en Alemania en un período de grave crisis económica (principios del siglo XX) como instrumento para exculpar a quienes cometían un delito por temor a perder su trabajo.

⁵⁷ Sobre el paulatino proceso de endurecimiento de la respuesta penal al tráfico de drogas en el ámbito internacional, véase Silva Forné, 2018: 36 ss.

Incluso algunas situaciones personales extremas que en cualquier otro ámbito delictivo permitirían acudir con cierta facilidad al estado de necesidad justificante o exculpante o a una causa de inculpabilidad por miedo insuperable o eximentes análogas, encuentran poco eco en los tribunales cuando al otro extremo de la ponderación se sitúa la sacrosanta “salud pública”, elevada a categoría de bien jurídico inexpugnable en virtud de infinidad de efectos perniciosos que se asocian en bloque y sin distinción alguna a la circulación de drogas (prohibidas) en una comunidad.

Con todo, las injusticias evidentes que se vienen produciendo desde hace años como consecuencia de que la mayor parte del rigor punitivo lo están sufriendo los eslabones más débiles de la cadena de elaboración y tráfico, condenados a penas absolutamente desproporcionadas que en nada han contribuido al control del narcotráfico a gran escala, están teniendo cierta repercusión en el plano de la aplicación del Derecho, al menos en forma de atenuación de la pena o en la búsqueda de vías alternativas de cumplimiento. Un ejemplo interesante en el Derecho comparado lo encontramos en la Ley de estupefacientes de Costa Rica N° 8204, cuyo artículo 77 bis (aprobado en el año 2013) prevé una atenuación específica de la pena para uno de los casos paradigmáticos de conductas vinculadas a las drogas realizadas por mujeres: la introducción de droga en un centro penitenciario. En concreto, la pena se atenúa si la autora del hecho (en femenino en el texto legal) se encuentra en condición de pobreza o vulnerabilidad o si tiene menores u otras personas a cargo o si se trata de una adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad, previéndose, además, la posibilidad de cumplimiento en régimen de detención domiciliaria o libertad vigilada⁵⁸.

La jurisprudencia española ha ido aún más lejos, contemplando la posibilidad de declarar incluso la atipicidad de la conducta por falta de lesividad, cuando se trate de una “entrega altruista y compasiva” de pequeñas cantidades de droga a personas allegadas que sufren adicción a dicha sustancia. Esta teoría la desarrolló el Tribunal Supremo a la vista de la injusticia que suponía aplicar las altísimas penas de prisión por tráfico de drogas a quien introduce una cantidad reducida de estas sustancias en un centro penitenciario para proporcionársela a una persona drogodependiente que está privada de libertad (muy especialmente mujeres que aprovechan las visitas íntimas para suministrar droga a su pareja presa.) A partir de una impecable interpretación teleológica, el alto tribunal consideró que el destino directo de la droga para el receptor adicto permite excluir el riesgo de difusión de la sustancia entre potenciales consumidores indeterminados, por lo que no se puede considerar afectado el bien jurídico salud pública, descartando, con ello, la tipicidad de la conducta⁵⁹.

⁵⁸ Este precepto fue aprobado por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica el 30 de julio de 2013, que reforma la Ley N° 8204, sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y expresamente se refiere a que sea una mujer la autora o partícipe del delito.

⁵⁹ Entre muchas otras, SSTS 857/2004, de 28 de junio (ROJ 4522/2004); 98/2005, de 3 de febrero (ROJ 583/2005).

Más allá de estos casos muy excepcionales, es difícil encontrar argumentos para excluir la tipicidad de quien conscientemente realiza alguna operación de transporte o suministro a terceros de drogas prohibidas. La ausencia de dolo que se alega en ocasiones es muy difícil de mantener cuando se trata de ingesta de cápsulas, porque es un procedimiento en sí mismo clandestino que hace poco imaginable la falta de conocimiento del carácter ilícito del producto transportado. Y lo mismo cabe decir cuando la droga se transporta adherida al cuerpo o incluso en maletas o mochilas, porque lo habitual es que la propia organización aleccione a la persona que opera como “mula” para que mantenga el producto a buen recaudo y siempre oculto. Por eso, en estos casos es casi inevitable una imputación al menos a título de dolo eventual. Salvo, naturalmente, que sea posible probar una maniobra de engaño por parte de un tercero, sobre todo si se trata de una persona cercana que genera confianza en el/la transportista material, como puede suceder si es el marido, el hijo o incluso el empleador/a de la mujer que realiza la operación. Esta situación podría presentarse en la modalidad cada vez más frecuente de envíos o recepción de paquetes que contienen alguna sustancia prohibida. Con todo, para que el engaño resulte creíble será imprescindible aportar pruebas que demuestren que la mujer desconocía las actividades ilícitas del (posible) autor mediato, extremo ciertamente difícil cuando se trata de personas con las que se convive.

Más posibilidades se abren en la categoría de la antijuridicidad, si bien, como ya adelantáramos, la jurisprudencia comparada suele ser muy restrictiva en la aplicación del estado de necesidad justificante, sea completo o incompleto, en los delitos de tráfico de drogas⁶⁰. Hay dos razones que se repiten una y otra vez en las sentencias de los tribunales para negar la eximente de estado de necesidad incluso en situaciones donde el autor/autora actúa para evitar un peligro de máxima importancia y ambas tienen que ver con el procedimiento de ponderación de “males” que exige esta eximente. Me refiero, por un lado, a la extrema gravedad que se atribuye a cualquier operación de tráfico de drogas y, por otro, a los riesgos implícitos en la posible declaración de impunidad de ciertas conductas.

La primera de ellas es la gravedad extrema que se atribuye a cualquier acto relacionado con las drogas ilegales, un punto de vista que por derivarse de forma directa de la política internacional de “guerra contra las drogas”, es una constante en la jurisprudencia de cualquier país del mundo occidental. Así, a modo de ejemplo, los tribunales españoles entienden que casi ninguna situación de penuria eco-

⁶⁰ E incluso lo es para apreciar una atenuante analógica. Entre los escasos supuestos en los que se ha reconocido esta posibilidad, cabe citar el de una mujer colombiana que fue sorprendida en el aeropuerto de Barajas con 80 bolas de cocaína en el estómago y respecto de la cual se probó que accedió a actuar como correo humano ante una situación dramática por estar separada, con tres hijos a cargo, uno de ellos gravemente enfermo, con riesgo de desahucio por impago del alquiler y con los suministros básicos cortados por deudas. Pese a todo ello, el tribunal fue tajante en el rechazo de la eximente completa o incompleta de estado de necesidad, si bien accedió a la aplicación de la atenuante analógica apelando a la menor exigibilidad de una conducta conforme a derecho: STS 806/2002, de 30 de abril (ROJ 3095/2002)

nómica puede inclinar la balanza en favor de la acción típica porque el delito de tráfico de drogas es de los que mayores males producen en la sociedad, apuntándose en bloque a las gravísimas consecuencias que genera el consumo de estas sustancias: adicción, enfermedades varias, rupturas familiares, penuria económica, corrupción, dinero negro, etc.; de donde se infiere que “el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisor, por muy agobiante que sea” (Soto Nieto, 2000: 1693)⁶¹. De esta manera se cierran las puertas *ab initio* prácticamente a cualquier intento de confrontación con los bienes jurídicos que provocan la acción típica, salvo casos muy excepcionales de peligros evidentes y muy graves para la vida⁶².

A mi modo de ver, el defecto básico de este razonamiento es su falta de adecuación a las reglas de ponderación propias del estado de necesidad. Porque aun cuando la ley utilice el difuso concepto de “males” para hacer la comparación, la opinión ampliamente mayoritaria interpreta este término en el sentido de que ha de concurrir un conflicto entre *bienes jurídicos* pero valorado *en concreto*, es decir, atendiendo no solo al valor abstracto de los bienes en la legislación penal, sino igualmente al conjunto de circunstancias que concurren en la situación específica que se trata de ponderar (Cerezo Mir, 1998: 276 ss.; Bernal del Castillo, 2001:89). Por eso, en el caso de pequeñas operaciones como las que se describen en el perfil de las mujeres que actúan como portadoras o vendedoras al menudeo, resulta absolutamente excesivo e inadecuado incluir en la ponderación todos los males que supone la circulación y presencia de drogas ilícitas en una comunidad (Martínez Escamilla, 2006: 250). Con este tipo de razonamientos catastrofistas es prácticamente imposible que exista un solo caso en el que pueda prevalecer la situación personal del autor/autora de la acción necesaria por muy angustiada que sea. Sin embargo, las cosas cambian radicalmente si se atiende al efecto negativo que entraña para la salud pública el *acto concreto que se está juzgando*, que en las operaciones de transporte o venta que realizan habitualmente las mujeres juzgadas por tráfico de drogas suelen limitarse a cantidades pequeñas (como cuando se introduce en un centro penitenciario oculta en la vagina o en las usuales ventas al menudeo), lo que supone un peligro muy escaso de circulación de estas sustancias a nivel global. E incluso cuando se trata de cantidades un poco mayores, las propias características del transporte en el cuerpo o en maletas o mochilas llevadas de forma individual por una mujer aislada hacen incomparablemente menos grave este

⁶¹ Muy clara en este sentido STS 1002/2011, de 4 de octubre (ROJ 6673/2011); también STS 231/2002, de 15 de febrero (ROJ 1038/2002).

⁶² Las STS 649/2013, de 11 de junio (ROJ 4218/2013) resume bien la postura del TS al afirmar que “esta Sala ha sido desde siempre contraria a admitir la eximente de estado de necesidad de tipo económico al tráfico de drogas, declarando que tal conducta entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente, de forma que este delito en principio y como regla general, sin que puedan excluirse supuestos excepcionales, no puede ser compensado, ni de manera completa e incompleta (*sic*), con la necesidad de tal remedio económico”.

tipo de operaciones que los grandes cargamentos de droga propios del narcotráfico internacional a gran escala y obviamente mucho más limitados sus potenciales efectos negativos para la sociedad.

Desde esta valoración ajustada a la magnitud real del mal implícito en una conducta concreta, mucho más adecuada a mi modo de ver al concepto y sentido de la eximente de estado de necesidad, sí que es posible realizar una comparación razonable con los males que la autora (o autor⁶³) del hecho trata de evitar con su comportamiento. Así, por ejemplo, no parece dudoso que frente a un peligro muy limitado para un bien jurídico supraindividual como es la salud pública han de prevalecer aquellas situaciones donde se trata de evitar directamente la lesión de bienes jurídicos personales de alto valor, como sucede cuando una mujer acepta realizar una operación de tráfico por ingesta de cápsulas para pagar el tratamiento médico de un hijo u otro familiar gravemente enfermo. En este caso no solo cabe argumentar en torno al alto valor que el propio ordenamiento jurídico concede a los bienes en juego (vida, salud) sino que también ha de tenerse en cuenta que se trata de un riesgo de lesión más o menos segura frente a un peligro abstracto para potenciales consumidores cuya concreción requiere todavía muchos pasos intermedios. Además de estar en juego un deber de garante de la mujer respecto a sus familiares a cargo que inclina todavía más la balanza a favor de la acción necesaria (Cigüela Sola, 2019: 316).

Tampoco se debe descartar de antemano una ponderación favorable en situaciones de necesidad económica acuciante⁶⁴, sobre todo cuando hay cargas familiares muy importantes e imposibles de atender por vías legales⁶⁵. Es verdad que en la ponderación ha de concurrir un mal concreto, sin que resulte suficiente la alegación de pobreza, falta de trabajo, etc. Pero no es menos cierto que en el proceso judicial es habitual que se ignoren sin más los efectos perversos que provoca la pobreza en personas concretas con historias de vida muy dramáticas y reales. Hay mujeres que tienen que asumir en solitario la manutención de toda una familia, con hijos peque-

⁶³ Nada excluye que los mismos argumentos utilizados aquí para fundamentar una posible exclusión o atenuación de pena por estado de necesidad puedan aplicarse también a un hombre que actúe como mula o vendedor a pequeña escala en condiciones de grave penuria económica. Pero es un hecho que la feminización de la pobreza ha llegado también, desde hace años, al tráfico de drogas y es un factor que no puede ignorarse a la hora de valorar la conducta de tantas mujeres que realizan arriesgadas operaciones de transporte de sustancias prohibidas para subvertir situaciones de precariedad extrema que no solo les afecta a ellas sino, en general, a un complejo grupo familiar.

⁶⁴ Con razón sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005: 634) que la miseria es un factor susceptible de ser apreciado en el estado de necesidad justificante.

⁶⁵ La frecuente alegación de que difícilmente no existan medios menos perjudiciales que una actuación como “correo” de la droga para evitar situaciones de penuria económica (así Silva Sánchez, 2018: 90) me parece poco realista a la vista de las condiciones de vida en algunas regiones de los países latinoamericanos, de donde proceden la mayoría de las llamadas “mulas” que ingresan a territorio español, sobre todo por vía aérea. Salvo que se quiera remitir la solución alternativa a un indeterminado conjunto de “centros e instituciones de beneficencia, tanto nacionales como internacionales” y a las “obras y fundaciones de caridad y asistencia social”, como hace la STS 729/1996, de 14 de octubre (ROJ 5514/1996).

ños y ancianos incluidos, muchas veces con antecedentes de violencia de todo tipo y que no tienen la más mínima posibilidad de acceder a un trabajo o a prestaciones públicas para paliar la situación. Por eso es tan reprochable que los tribunales tiendan a minimizar los efectos de la pobreza, como si se tratara de un mal fácilmente evitable frente a los horribles efectos que se atribuye sin paliativos ni matices a cualquier operación donde estén presentes las drogas ilegales⁶⁶. En realidad, lo habitual es que ni siquiera se haga un intento de ponderación de los intereses en juego (Martínez Escamilla, 2006: 250), sino tan solo un alegato institucional aprendido e impuesto de antemano como presupuesto indiscutible que sitúa al tráfico de drogas como el peor de los males de nuestra sociedad. Pero eso no debe impedir que una y otra vez se alegue el estado de necesidad cuando las situaciones concretas indiquen su oportunidad, con la precaución, eso sí, de proporcionar todas las pruebas que puedan fundamentar de forma contundente las situaciones de penuria económica o vulnerabilidad extrema que atraviesa la mujer que realiza la conducta típica, incluidos los imprescindibles informes socio-ambientales ciertamente difíciles de conseguir en el caso de mujeres extranjeras detenidas en operaciones de tráfico transfronterizo.

La otra razón que se alega con frecuencia para rechazar el estado de necesidad en conductas de tráfico de drogas marcadas por la penuria económica es de naturaleza preventivo general (Martínez Escamilla, 2006: 235): se apela al riesgo de que proliferen este tipo de comportamientos ante la expectativa de impunidad que supuestamente generaría la exoneración (o atenuación) de la pena. En palabras del Tribunal Supremo, “la inexcusable necesidad de impedir la apertura de un portillo a través del cual se alcanzara una semiimpunidad de conductas tan repudiables y perniciosas, conducen a esta Sala a no aliviar todavía más la respuesta punitiva a que se ha hecho acreedora la acusada”⁶⁷.

Varias consideraciones merece este planteamiento. Ante todo, es obvio que no es legítimo utilizar un argumento puramente utilitarista para limitar un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico-penal como el que concede la eximente de estado de necesidad (art. 20.5ºCP). Es bueno recordar que estamos hablando de una situación en la que el Derecho penal considera lícita la conducta típica y no de una simple disculpa ante una actuación antijurídica. De ahí que no resulte legítimo incluir más exigencias de las que la propia ley contempla, a riesgo de infringir el principio de legalidad (Martínez Escamilla, 2006: 262). Bien es verdad que para eludir este escollo podría pensarse en incorporar los criterios preventivos a la

⁶⁶ Así la STS 1157/1998 (ROJ 5628/1998), donde expresamente se dice que la precaria situación económica de la acusada (sin trabajo, sin vivienda propia, con varios hijos menores a cargo y viviendo de la exigua pensión de su padre) es incomparablemente menos grave que el daño provocado a la salud pública por la venta al menudeo al que se dedicaba.

⁶⁷ STS 1157/1998 (ROJ 5628/1998) Con ese argumento el tribunal rechazó la posible aplicación de una atenuante analógica en un supuesto evidente de penuria económica de la acusada.

propia ponderación de intereses, lo que permitiría entender que el riesgo de impunidad futura es un elemento más a tener en cuenta en la valoración del mal que causa la conducta. Pero este razonamiento implica una inaceptable argumentación apriorística donde se afirma que el mal causado por la operación de tráfico es mayor porque si se lo considera menor acarreará consecuencias negativas *a posteriori*. Parece claro que en la evaluación de los males en conflicto ha de partirse de las circunstancias objetivas concurrentes en el momento de la acción y no de consideraciones relacionadas con los posibles efectos futuros de la resolución judicial. Por otro lado, nadie dice que cualquier alegación de penuria o vulnerabilidad pueda dar lugar a la eximente de estado de necesidad. Siempre será preciso probar con datos concluyentes que en la situación concreta existían unos condicionantes específicos generadores de un peligro real y objetivo para unos bienes jurídicos igualmente concretos y constatables, de modo tal que el reconocimiento de un estado de necesidad será en todo caso excepcional. No hay motivos, por tanto, para temer a un supuesto “efecto llamada” (Cigüela Sola, 2018: 318) que únicamente tendría sentido si se implantara una línea judicial orientada de forma general a declarar impune cualquier operación de tráfico de drogas protagonizada por una persona pobre que viva en condiciones más o menos marginales⁶⁸.

Por otra parte, y entrando ya en el ámbito de la culpabilidad, en el caso de mujeres en situaciones económicas precarias que aceptan pasar droga oculta en su propio cuerpo o en otras condiciones semejantes, no se puede perder de vista la posibilidad de que concurra un supuesto de trata de personas subsumible en la modalidad de captación con fines de explotación laboral⁶⁹, concretamente, en la forma de utilización de la persona tratada para cometer delitos⁷⁰. Para casos como este parece estar previsto el último párrafo del art. 177 bis CP español, donde se dispone que “la víctima de trata quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida”⁷¹, una eximente que parece responder al principio de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho en los supuestos en los que la libertad del autor/autora del hecho ilícito se encuentra gravemente constreñida -o sencillamente anulada- por el comportamiento

⁶⁸ A ese riesgo se refiere, aunque sin más fundamento que la vaguedad que supone la apelación a una situación de penuria extrema, la STS 729/1996, de 14 de octubre (ROJ 5514/1996).

⁶⁹ La captación de mujeres vulnerables por las organizaciones de narcotráfico está tan presente en América Latina que la propia OEA en el Preámbulo de la ya citada Declaración de Antigua sobre política de drogas de 2013, expresamente reconoce que las mujeres “pueden ser víctimas de explotación por las redes de tráfico ilícito de drogas, lo que ocasiona daños en el núcleo familiar y en la sociedad”.

⁷⁰ En general, sobre esta modalidad de trata de seres humanos, Villacampa, 2011: 77; Daunis, 2013: 119.

⁷¹ En la jurisprudencia argentina resulta ilustrativo el fallo del caso “Martínez Hassan”, de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, de 18 de octubre de 2018, donde claramente se apuntó a la aplicación de una eximente de pena prevista en el art. 5 de la Ley N° 26.364 en un supuesto de tráfico de drogas cometido por una mujer en el contexto de una situación de trata. Concretamente se trataba de una la mujer que había sido compelida a pasar droga por la frontera norte de Argentina para saldar una deuda contraída con los titulares de las sustancias con motivo de un previo traslado para ejercer la prostitución en una localidad muy distante de su domicilio.

coactivo de un tercero⁷². La fuerte restricción de la capacidad de autodeterminación genera una situación anormal en la que el autor/a no está en condiciones (normales) de motivarse por la norma, excluyendo así la culpabilidad. Con todo, entiendo que esta alternativa de exención de pena ha de considerarse subsidiaria de la causa de justificación de estado de necesidad cuando concurren todos los requisitos para su aplicación (así, Benítez Ortúzar, 2011: 230), como de hecho sucede en muchos casos de mujeres que se avienen a realizar una operación de transporte de droga en condiciones penosas para neutralizar un mal grave e inaplazable para ella o para sus hijos. En estos casos la causa de justificación tiene preferencia en la medida en que bloquea el juicio de antijuridicidad sin esperar a una mera “disculpa” del Derecho por un defecto motivacional. Nada de ello impide, desde luego, que además se alegue la condición de víctima de trata para optar a los derechos asistenciales que la ley concede a estas personas, sin olvidar los importantes efectos en materia migratoria que pueden beneficiar, en particular, a las mujeres extranjeras.

Y precisamente en relación a las mujeres extranjeras implicadas en el tráfico transfronterizo de estupefacientes, un breve apunte sobre una realidad muy frecuente en las zonas andinas de América Latina. Me refiero a mujeres pertenecientes a comunidades indígenas que, debido a la ubicación geográfica y como parte de sus tradiciones locales, están acostumbradas al contrabando artesanal en reducidas dimensiones de todo tipo de productos, entre los que incluyen en alguna ocasión también drogas prohibidas. Cuando se trata de mujeres apegadas a su grupo y tradiciones, en muchos casos que solo hablan quechua y apenas se relacionan con personas de otros ámbitos culturales, cabe la posibilidad de acudir al llamado por Zaffaroni⁷³ *error de comprensión*, entendido como una forma de error de prohibición directo que se basa en la falta de internalización de las normas por una socialización diferenciada⁷⁴. Tienen razón quienes insisten en que la conciencia de la antijuridicidad no puede interpretarse en el sentido puramente formal de conocimiento de la existencia de la norma penal, puesto que puede haber situaciones en las que ese conocimiento formal no sea suficiente como factor motivacional debido a que el autor/autora, por vivir en un contexto cultural distinto y con escasa o nula comunicación externa, organiza su vida sobre la base de parámetros y valores diferentes a los de la comunidad de referencia para el ordenamiento punitivo (Castillo Ara, 2014: 256). Y eso es precisamente lo que sucede con las mujeres indíge-

⁷² No es pacífica la doctrina sobre la naturaleza de esta causa de exención de pena, fluctuando entre su consideración como causa de inexigibilidad (por tanto, de inculpabilidad) y excusa absolutoria. Al respecto, Boldova Pasamar, 2016: 189.

⁷³ Zaffaroni/ Alagia/ Slokar, 2005: 736 ss.

⁷⁴ Prefiero este término al de socialización *exótica* acuñado por Jakobs y ampliamente reconocido en la doctrina comparada. Véase Castillo Ara, 2014: 256, quien, además, distingue entre error de comprensión (relacionado con la interpretación que hace el autor de la norma que capta intelectualmente, pero entiende de forma distinta a la generalmente admitida) y falta de internalización de la norma, entendida en un sentido mucho más profundo de socialización en un contexto cultural distinto y contrapuesto al mayoritario. Al respecto, Cisneros Ávila, 2018: 266 ss.

nas que perciben con total normalidad el paso de productos de todo tipo de un lado a otro de la frontera: no les falta conocimiento de la ilicitud del contrabando, pero lo perciben como algo normal y socialmente tolerado. Por eso, es irrazonable pensar que su valoración tiene que ser otra cuando lo que transportan son drogas en lugar de alimentos, bebidas, tabaco, etc.

Algunos autores prefieren relacionar esa socialización diferenciada con una especie de alteración cognitiva que encontraría mejor anclaje en la imputabilidad⁷⁵. En esa línea se mueve también el Código penal colombiano que declara inimputables, entre otros, a quienes en el momento de ejecución de la conducta no tuvieron capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinarse por esa comprensión debido, entre otras causas, a la “diversidad sociocultural o estados similares” (art. 33). El problema es que incluso extendiendo el concepto de imputabilidad más allá de los condicionantes psíquicos para incluir también los de tipo socio-cultural⁷⁶, solo cabría acudir a la inimputabilidad en casos muy extremos de vida comunitaria diferenciada y totalmente aislada del grupo social mayoritario (así Cigüela, 2019: 290), algo muy difícil de argumentar en las situaciones que estamos analizando en este trabajo.

Por último, conviene recordar que las actividades de transporte de drogas en la forma de “correo humano” no implica que estas personas formen parte de las redes de narcotráfico para las que realizan un trabajo puntual y, por tanto, no se les pueden aplicar las circunstancias agravantes por pertenencia a organización criminal tan frecuentes en la legislación penal comparada (art. 369 bis CP español), lo que al menos debería impedir la aplicación de penas totalmente desproporcionadas a la magnitud real de este tipo de conducta delictiva⁷⁷.

5. Una conclusión

El estudio que hemos realizado hasta aquí permite confirmar la hipótesis de partida de este trabajo. En los tres grupos de casos estudiados se ha podido comprobar

⁷⁵ Así, Silva Sánchez, 2018: 90; Cigüela, 2019: 289, aunque este último autor lo limita a casos extremos de vida prolongada en aislamiento respecto de la sociedad de referencia normativa. También deja apuntada esta posibilidad, aunque sin asumirla totalmente, Castillo Ara, 2014: 256.

⁷⁶ Las propuestas doctrinales a las que me vengo refiriendo han desarrollado esta idea para los casos extremos de “exclusión social”, lo que me lleva a pensar en cierta visión estigmatizante que es preciso evitar. En el fondo el problema es que la imputabilidad, entendida como capacidad general de motivarse por las normas, siempre se ha vinculado a carencias biológicas y psíquicas que en ningún caso pueden reputarse de quienes se han socializado en culturas diferentes a la nuestra. Pero también es verdad que en la base de algunas de estas posiciones hay un cambio en el propio concepto de imputabilidad que la extiende más allá de los factores bio-psíquicos, lo que abriría las puertas a un concepto más neutro. Con todo, es difícil entender la imputabilidad en un sentido distinto al de “alteración” de alguna clase, y eso no es apropiado para tratar los asuntos de culturas diferentes.

⁷⁷ Con razón ha dicho a este respecto Bodelón (2007: 113) que la supuesta pertenencia a un “cartel” de la droga sirve al sistema judicial para justificar las penas tremendamente desproporcionadas que aplican a muchas mujeres que cumplen funciones de transporte (corporal) de cantidades generalmente poco significativas de estupefacientes.

que los contextos de violencia habitual o vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género pueden jugar un papel relevante en la conducta criminal de las mujeres que están insertas en esas situaciones y, por tanto, han de tenerse en cuenta a la hora de verificar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de su conducta.

Bien es cierto que cada grupo de casos tiene sus particularidades y en algunos de ellos el género es más determinante como causa explicativa de la conducta criminal que en otros. Así, hay hechos delictivos protagonizados por mujeres que son consecuencia directa de la violencia a la que están sometidas por su pareja sentimental u otros miembros del grupo familiar en los que es evidente la necesidad de contar con ese contexto para valorar de forma adecuada (y justa) su responsabilidad penal. Es el caso de las mujeres que matan a su maltratador como mecanismo de autodefensa frente a una amenaza constante para su vida o integridad, donde, como hemos visto, puede aplicarse, según las circunstancias, tanto la causa de justificación de legítima defensa como el miedo insuperable⁷⁸. También en ciertas conductas omisivas relacionadas con situaciones de peligro para los/las hijos/as creadas por el hombre violento es imprescindible considerar el riesgo constante al que está sometida la mujer maltratada para evaluar el alcance de su deber de garante, un factor que puede condicionar nada menos que la existencia del deber de auxilio y, por tanto, la tipicidad de la conducta. Y, a la inversa, en este tipo de situaciones igualmente se deben tener en cuenta –para excluirlos de la interpretación judicial– los fuertes estereotipos de género que con frecuencia se filtran en la valoración de la conducta criminal de las mujeres cuando entra en juego su papel de madre-cuidadora, como sucede no solo en los casos de madres que no socorren a sus hijos en situaciones de peligro sino también en el paradigmático supuesto del infanticidio (los llamados “delitos de estatus”).

Pero también hay otro ámbito muy frecuente en la criminalidad femenina que, si bien no es reconducible sin más al hecho de ser mujer, sí que está fuertemente atravesado por factores de género que pueden (y deben) tenerse en cuenta al enjuiciar la conducta transgresora. Me refiero a los delitos de tráfico de drogas, donde no por casualidad las mujeres suelen ocupar posiciones de bajo nivel y particular exposición al riesgo de ser detenidas (sea en la tarea de “mulas” de la droga o en la venta directa al menudeo.) Esas características son un reflejo de lo que sucede en general en la economía informal, marcada por el fenómeno universal de feminización de la pobreza. Si a ello se une el peso que supone el papel de cuidadora del

⁷⁸ Quizás con la intención de asegurar la consideración de estos supuestos por parte de los tribunales, la Ley Integral sobre violencia contra las mujeres de Uruguay aprobada en 2017 optó por incorporar una eximente específica al Código penal por la que se faculta al juzgador a “exonerar de pena por los delitos de homicidio y de lesiones” al “cónyuge, excónyuge o concubino” que actúe en “estado de intensa conmoción por el sufrimiento crónico producido por haber estado “sometido a intensa y prolongada violencia por parte de la víctima” (art. 26 Código penal de Uruguay).

hogar para muchas mujeres pobres que han de ocuparse del sostén de sus hijos (y, a veces, también de los ancianos de la familia), aparece un cuadro de precariedad social y penuria económica marcados por el género que puede adquirir máximo protagonismo en la valoración de la conducta criminal, sea en la forma de eximente de estado de necesidad o, al menos, como una circunstancia potente para atenuar la culpabilidad.

Queda demostrado, por tanto, que los contextos de violencia y vulnerabilidad social y económica dependientes de la discriminación de género son un factor relevante para explicar la conducta criminal de muchas mujeres y, por ello, no pueden ser ignorados por los tribunales a la hora de enjuiciar su conducta delictiva.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, María (2000), *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ACALE SÁNCHEZ, María (2016), *La vis atractiva del Derecho penal para las mujeres inmigrantes en España*, en “Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto”, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp. 895-914.
- AGUADO CORREA, Teresa (2004), *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*, Comares, Granada.
- BALDÓ LAVILLA, Francisco (2016), *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., B de F, Montevideo/ Buenos Aires.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio (2011), *Capítulo 10. Trata de seres humanos*, en Morillas Cueva (coord.), “Sistema de Derecho penal español. Parte Especial”, Dykinson, Madrid.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (2001), *Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad*, en “El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz”, Aranzadi, Pamplona, pp. 81-100.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna (2007), *Mujer inmigrante y sistema penal en España. La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal*, en Almeda Samaranch; Bodelón González (eds.), “Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género”, Dykinson, Madrid, pp. 105-131.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (2016), *Capítulo 8. La trata de seres humanos*, en Romeo Casabona et. al. (coords.), “Derecho Penal. Parte Especial”, Comares, Granada.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1997), *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Trotta, Madrid.
- CASALS FERNÁNDEZ, Ángela (2019), *El síndrome de la mujer maltratada: medidas de prevención e intervención*, en Fernández González (coord.), “Tratado sobre igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI”, Dykinson, Madrid, pp. 327-338.
- CASTILLO ARA, Alejandra (2014), *La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición*, en Revista de Derecho, Vol. XXVII, nº 2, 2014, pp. 243-267.

- CEREZO MIR, José (1998), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, T. II, 6ª ed., Tecnos, Madrid.
- CEREZO MIR, José (2001), *Curso de Derecho penal español. Parte General*, T. III, Tecnos, Madrid.
- CHIESA, Luis Ernesto (2007), *Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona*, en *Revista Penal*, nº 20, pp. 50-57.
- CIGÜELA SOLA, Javier (2019), *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CISNEROS ÁVILA, Fátima (2018), *Derecho penal y diversidad cultural*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2002), *El Derecho penal español. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto (2013), *El delito de trata de seres humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DI CORLETO, Julieta (2006), *Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº5/2006.
- DI CORLETO, Julieta; PITLEVNIK, Leonadro (2011), *El fallo “Romina, Tejerina”, infanticidio y aborto en la Argentina*, en “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, T. 10, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 69-99.
- DI CORLETO, Julieta (2018), *Malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*, Didot, Buenos Aires.
- EQUIPO BARAÑÍ (2007), *Apuntes sobre la situación de la Comunidad Gitana en la sociedad española. Mitos y realidades que influyen en la criminalización de las mujeres gitanas*, en Almeda Samaranch; Bodelón González (eds.), “Mujeres y Castigo: un enfoque socio-jurídico y de género”, Dykinson, Madrid, pp. 163-184.
- FONTANET MALDONADO, Julio (2003), *El síndrome de la mujer maltratada. Vivencias y experiencias de dos casos*, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, nº 37 (2), pp. 457-476.
- FRISCH, Wolfgang (1983), *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymann, Colonia/ Berlin/ Bonn/ Munich.
- GIACOMELLO, Corina (2013), *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*, Documento informativo del IDPC (Consortio Internacional sobre Políticas de Drogas).
https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf
- GILLIGAN, Carol (1985), *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, Fondo de Cultural Económica, México.
- HENKEL, Heinrich (1054), *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Edmund Mezger*, Munich/ Berlin.
- HOPP, Cecilia Marcela (2012), *Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias*, en Pitlevnik, Leonardo (dir.), “Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, T. 13, Hammurabi, Buenos Aires.

- HOPP, Cecilia Marcela (2017), “Buena madre”, “buena esposa”, “buena mujer”: *abstracciones y estereotipos en la imputación penal*, en Di Corleto, Julieta, “Género y justicia penal”, Didot, Buenos Aires, pp. 15-46.
- HRUSCHKA, Joachim (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2º ed., de Gruyter, Berlin/ New York.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel (1999), *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, Comares, Granada.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José (2002), *Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y exigente de miedo insuperable*, en Morillas Cueva, Lorenzo (coord.), “Estudios penales sobre violencia doméstica”, Edersa, Madrid, pp. 287-313.
- KAUFMANN, Armin (2006), *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons, Madrid.
- LARRAURI, Elena; VARONA, Daniel (1995), *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2002), *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1990), *El aborto no punible*, Bosch, Barcelona.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1999), *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LAURÍA MASANO, Mauro; SABA SARDAÑONS, Nuria (2017), *Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género*, en Di Corleto, Julieta, “Género y justicia penal”, Didot, Buenos Aires, pp. 47-71.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel (2016), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007), *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?*, Indret 4/2007.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2014), *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Dykinson, Madrid.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa; LAURENZO COPELLO, Patricia (2017), *El Derecho penal en casos. Teoría y práctica*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (2006), *Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español*, en Cuerda Riezu (dir.), “La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos”, Dykinson, Madrid, pp. 229-264.
- MELENDO PARDOS, Mariano (2002), *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*, Comares, Granada.
- MIR PUIG, Santiago (2016), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2019), *Derecho Penal. Parte Especial*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes (2019), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- OLMEDO CARDENETE, Miguel (2001), *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel (2004), *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"*, Cuadernos de Política Criminal nº 82, 2ª época.
- PALERMO, Omar (2006), *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona.
- PERRON, Walter (2014), en Shönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed., Beck, München.
- PITCH, Tamar (2003), *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid.
- PITLEVINK, Leonardo; ZALAZAR, Pablo (2017), *Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia*, en Di Corleto, Julieta, "Género y justicia penal", Didot, Buenos Aires, pp. 73-101.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2011), *Lección 22, Omisión del deber de socorro*, en Álvarez García (dir.), "Derecho penal español. Parte Especial", t. I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo (2008), *La inexigibilidad y los conflictos de intereses como causas de exclusión de la tipicidad*, en Carbonell Mateu (dir.), "La justificación penal: balance y perspectivas", Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 175-216.
- ROA AVELLA, Marcela (2012), *Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y el estado de necesidad exculpante*, en Nova et Vetera, Vol. 21, nº 65, pp. 49-70.
- ROXIN, Claus (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4ª ed., Beck, München.
- ROXIN, Claus (2014), *Derecho Penal. Parte General*, T. II, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona.
- SHCÜNEMANN, Bernd (2009), *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, Madrid.
- SILVA FORNÉ, Diego (2018), *Regulación de la marihuana. Drogas y Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Librería Bosch, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018), *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- SOTO NIETO, Francisco (2000), *El delito de tráfico ilegal de drogas y el estado de necesidad*, en Revista jurídica La Ley, 2000, pp. 1692-1694.
- STREE, Walter; BOSCH, Nikolaus (2014), en Shönke/Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29ª ed, Beck, München.
- SUÁREZ LÓPEZ, José María (2002), *Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica*, en Morillas Cueva, Lorenzo (coord.), "Estudios penales sobre violencia doméstica", Edersa, Madrid, pp. 239-264.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (2000), *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Comares, Granada.

- VIRTO LARRUSCAIN, María José (1998), *La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto*, en “Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género”, Emakude, Vitoria-Gasteiz, pp. 115-159.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (2011), *El delito de trata de seres humanos*, Thomson Reuters, Pamplona.
- WOHLERS (2010), en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 3ª ed., Nomos, Baden Baden.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2005), *Derecho Penal: parte general*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires.