

La tutela de la mujer en el Derecho penal español. Especial referencia a los malos tratos en el ámbito familiar y violencia de género*

Prof. Dr. Edgar Iván Colina Ramírez
Universidad de Sevilla

Sumario: I. La desigualdad de género. II. ¿El Derecho “penal” tiene género? III. Interpretación de la ley a través de una perspectiva de género. IV. Mujer y Derecho penal a través de la codificación (s. XIX y s. XX). A. Código penal de 1822. B. Código penal de 1848. C) Código penal de 1995. D) Sobre la Directiva (UE) 2024/1385 de lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. E) Aplicación de la teoría del delito a casos límites en violencia de género. (Especial referencia a la legítima defensa). Conclusiones. Bibliografía.

Resumen: A lo largo del tiempo la legislación se ha centrado en cuestiones morales, una buena muestra de ello es el tratamiento que se daba a la mujer en la comisión de ciertos delitos, como el adulterio, que en casos iguales con el hombre era más complaciente, basta solo ver el Código penal español de 1848. Sin embargo, ello ha ido cambiando con el paso del tiempo, donde cada día los Estados establecen legislaciones integrales en aras de proteger y velar por la igualdad entre hombres y mujeres.

Sin embargo, todavía existen algunas instituciones en la teoría del delito que para casos límite como lo es la “defensa” cuando no hay ningún acto de confrontación por parte del tirano que la maltrata y amedrenta, que resultan inaplicables y por tanto deberíamos buscar otras alternativas, pues querer introducir a la fuerza estos supuestos están creando mayores problemas que soluciones.

Abstract: Over time, legislation has focused on moral issues, a good example of this is the treatment given to women in the commission of certain crimes, such as adultery, which in equal cases with men was more accommodating, just look at the Spanish Penal Code of 1848. However, this has

* El presente artículo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “El acceso a la justicia de las personas vulnerables”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Proyectos I+D+i de Generación de conocimiento (Ref. PID2021-1234930B-I00), cuya investigadora principal es la Profa. Dra. Mercedes Llorente Sánchez-Arjona.

been changing over time, where every day States establish comprehensive legislation in order to protect and ensure equality between men and women.

However, there are still some institutions in the theory of crime that for limit cases such as the “defense” when there is no act of confrontation on the part of the tyrant who mistreats and intimidates it, which are inapplicable and therefore we should look for other alternatives, because wanting to introduce these assumptions by force are creating greater problems than solutions.

Palabras clave: mujer, género, violencia de género, causas de justificación.

Keywords: woman, gender, gender violence, causes of justification.

I. LA DESIGUALDAD DE GÉNERO

Las diferencias de género nunca se pueden abordar desde una perspectiva neutral, ya que hablar de género significa en gran medida una forma de estratificación social,¹ la que por lo general es desigual para la mujer frente al hombre.

Esto ha llevado que, con el paso del tiempo, numerosas disciplinas se dediquen a investigar y explicar las desigualdades; lo que ha generado una infinidad de perspectivas teóricas para tratar de explicar “el perdurable dominio del hombre sobre la mujer”.

Los enfoques feministas han tratado de explicar las desigualdades de género mediante diversos procesos sociales, que por lo general están relacionados con el capitalismo, el patriarcado, el sexismo, y otros factores; últimamente han incluido al ámbito del Derecho.² Estos enfoques o movimientos feministas presentan diferencias unas de otras, aunque no sustanciales.

El primer enfoque es el “feminismo liberal”, que trata de encontrar explicaciones de la desigualdad de género en el ámbito social y cultural;³ centra sus estudios principalmente en el sexismo y la discriminación en el terreno laboral, en las instituciones educativas, y demás. Sus objetivos son el establecimiento y protección en igualdad de oportunidades para las mujeres por medio de reformas legislativas y otros procedimientos democráticos.⁴

¹ Giddens, A. y Sutton, P. W. (2022). *Sociología* (Trad. Alejandra Freund) (9ª. ed.) (p. 310). Madrid: Alianza.

² Dentro de la abundante bibliografía *vid.* por todos Sordi, B., El Derecho penal y la rearticulación del mito de la neutralidad jurídica, *Revista General de Derecho Público Comparado*, (31), 2022, *passim*.

³ Probablemente uno de los pioneros en el enfoque feminista fue Mill, J. S. (2005). *El sometimiento de las mujeres* (Trad. A. de Miguel Álvarez) (*passim*). Madrid: Edaf.

⁴ Nations, United, Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer | Naciones Unidas, United Nations, <https://www.un.org/es/conferences/women/mexico-city1975>.

Otro enfoque de este movimiento es el denominado “feminismo socialista”,⁵ cuya argumentación se basa en que bajo el capitalismo los factores materiales y económicos son la base de la sumisión femenina ante los hombres, pues el patriarcado hunde sus raíces en la propiedad privada. De ahí que el triunfo de la economía capitalista se base, entre otras cosas, en que las mujeres trabajen de forma gratuita en el hogar cuidando y limpiando.⁶ Su propuesta se basa en el final de la “esclavitud doméstica” y la introducción de sistemas colectivos para la crianza y el cuidado de los hijos, así como el mantenimiento del hogar.

Diversas perspectivas presentan el “feminismo radical”, pues su premisa se basa en el derrocamiento del sistema patriarcal, ya que parten de que los hombres son responsables de la explotación de las mujeres y que se benefician de ellas. Entienden que la familia es una de las principales fuentes de opresión social, pues las mujeres que tienen hijos llegan a depender materialmente de la protección y sustento de los hombres, por lo que se genera una desigualdad biológica y que solo se puede liberar a través de la ruptura de la familia y las relaciones de poder que la caracterizan.⁷

En los últimos tiempos ha surgido el denominado “feminismo posmoderno”, el cual rechaza la existencia de una teoría unitaria para explicar la posición de todas las mujeres en la sociedad. Por lo que rechazan las diversas posturas feministas “clásicas” para explicar la desigualdad de género, como el patriarcado, clase social, entre otros, ya que entienden que no existe un núcleo esencial que represente lo femenino; sino, al contrario, existen muchos individuos y grupos con diferentes experiencias.⁸

Pues bien, con independencia de los diversos derroteros que han seguido cada uno de estos movimientos feministas, no se puede desconocer que ello ha generado grandes cambios en el ámbito social. Es evidente que su activismo en aras de buscar la igualdad en todos los sentidos ha calado no solo en los discursos académicos, también se han propiciado cambios legislativos de gran relevancia para proteger a la mujer, como lo es la legislación penal.

II. ¿EL DERECHO “PENAL” TIENE GÉNERO?

Diversas voces han manifestado que el Derecho penal tiene un sesgo machista,⁹ es decir, que la ley es sexista, masculina y de género. Entiende que la ley es sexista

⁵ Eisenstein, H. R. (1980). *Patriarcado capitalista y feminismo socialista* (pp. 15 y ss.). México: Siglo Veintiuno.

⁶ Giddens, A. y Sutton, P. W., *Sociología...*, op. cit., 2022, p. 312.

⁷ Firestone, S. (1976). *La dialéctica del sexo. En defensa de la revolución feminista* (p. 116). (Trad. de R. Ribé). Barcelona: Kairós.

⁸ Nicholson, L. J. (1992). *Feminismo-posmodernismo (passim)*, Buenos Aires: Feminaria.

⁹ Vid. ampliamente con la bibliografía ahí citada a Sordi, B. (2022). *El Derecho penal y...*, op. cit., p. 3.

porque juzga a las mujeres utilizando estándares inapropiados o porque se da a entender que ellas son las responsables de herir o provocar a los hombres.

Siguiendo la idea de que la legislación es “masculina”, según esos puntos de vista, se ha notado que la neutralidad, igualdad y objetividad legal difundidos por el Derecho son esencialmente masculinos.¹⁰

Aunque estos argumentos resultan en principio válidos, ya que no se puede negar que era necesaria una reivindicación del papel de la mujer en la vida social, pues resulta obvio el sometimiento y maltrato que han sufrido las mujeres por el solo hecho de serlo. Sin embargo, manifestar que la legislación obedece a cuestiones de género es ir demasiado lejos, e incluso llegar a manifestar sin mayor reparo que se debe establecer la perspectiva de género en el ámbito legislativo y judicial¹¹ resulta, cuando menos, aventurado.

En efecto, es arriesgado porque con ello se pone de manifiesto el sesgo unilateral que rodea al fenómeno feminista; la interpretación que se está dando a juzgar con perspectiva de género rompe en muchas de las ocasiones con los principios básicos de todo Estado social y democrático de Derecho. No debemos pasar por alto que muchos de estos cambios se producen a través de fallos judiciales (jurisprudencia) que, hasta cierto punto, modifican o distorsionan los principios e instituciones jurídicas en aras de un supuesto trato igualitario. Esto lleva consigo, como denunció en su momento Sebastián Soler, el hecho de dejarse llevar por “modas” que a la postre terminan por caer en desuso.¹²

Lo que nos planteamos ante todo este maremágnum de información (sentencias y posiciones doctrinales) es qué implicaciones jurídicas tiene la aplicación de tales perspectivas.

De ahí que resulte necesario establecer cuáles son las líneas y accidentes por los que atraviesa el fenómeno de perspectiva de género, ya que el enfoque que se está adoptando pareciera más bien una metástasis que se irriga por el cuerpo jurídico en su conjunto. Es innegable que la mal entendida perspectiva de género ha penetrado en todos los campos de la sociedad, al punto que juristas de gran solvencia intelectual predicán sorprendentemente un menosprecio a la dogmática y sobre todo al sentido común, mostrándose complacidos y abducidos por el sentido político y caprichoso de tal perspectiva. No cabe duda que hoy día cualquier razonamiento que se muestre contrario a tales pretensiones de género resulta perverso, misógino y machista, sin importar la razón jurídica que ello aporte; lo peor es que con ello se pueden poner en juego los principios jurídicos e interpretativos contruidos arduamente durante cientos de años.

¹⁰ Sordi, B. (2022). *El Derecho penal y...*, op. cit., p. 3.

¹¹ Poyatos, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (2), 3.

¹² Soler, Sebastián, Interpretación de la ley, Barcelona, Ariel, 1962, p. 3.

III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY A TRAVÉS DE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Durante largo tiempo se han venido construyendo diversas formas de interpretación de la ley, que en su justa medida han tratado de desentrañar la verdadera voluntad del legislador. Se ha entendido que la interpretación es una operación o conjunto de operaciones, a través de las cuales se da sentido a los enunciados jurídicos.¹³ Por lo que, como es lógico, no existe solo una vía de interpretación, al contrario, a lo largo de la historia han surgido diversas formas de interpretación. Ahora bien, en lo que se refiere estrictamente al ámbito jurídico-penal, esta parcela es especialmente delicada y se debe abordar con mucho tiento, pues con independencia del sesgo político que se le trate de dar a la norma, no se puede perder de vista que en el derecho positivo no se debate el conflicto entre norma y realidad, sino más bien se desenvuelve la regulación propia de la norma.¹⁴

Aunque es cierto que la interpretación debe hacerse de acuerdo con la realidad social, ello jamás se puede hacer en detrimento de los principios constitucionales y jurídico penales. Estos son un puente infranqueable en la construcción de cualquier ordenamiento que se tilde de democrático.

La teoría objetiva ha ido ganado terreno en el ámbito jurídico-penal, en lo que respecta a las formas de interpretación. Esto no es más que intentar determinar cuál es la voluntad o sentido objetivo de la propia ley en el momento actual, lo que significa hacer un juicio de valor y establecer su propósito dentro de un contexto social y jurídico determinado.¹⁵ No obstante, cabe aclarar que esta no es la única interpretación posible. Antes bien, conviven diversas formas de interpretación atendiendo a diversos supuestos. Por ejemplo, en referencia al sujeto se atiende a la interpretación auténtica, doctrinal y jurisprudencial. En cuanto a sus efectos son la extensiva y restrictiva; por su método se observa la interpretación literal o gramatical, histórica, sistemática, teleológica y valorativa.¹⁶

Esta se realiza cuando existen varias posibilidades de interpretación; de las cuales, por lo menos una conduce a la conformidad de la norma con la constitución, y otra a su inconstitucionalidad. Aunque esta manera de interpretación brinda amplia seguridad jurídica, es necesario tomarlo con cautela, ya que si tales interpretacio-

¹³ Silva, J. M. (2006). Sobre la interpretación teleológica en Derecho penal. En M. Díaz y García y J. A. García (Eds.), *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (p. 368). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

¹⁴ Ascoli, M. (1946). *La interpretación de las leyes* (p. 108). (Trad. de R. Smith). Buenos Aires: Losada.

¹⁵ Luzón, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (3a. ed.) (p. 108). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

¹⁶ Kuhlen, L. (2012). *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* (Trad. Nuria Pastor Muñoz) (*passim*). Madrid: Marcial Pons.

nes van más allá del significado literal, infringen sin lugar a duda la prohibición de analogía. Por tanto, a mi juicio, la interpretación literal y su correspondencia con la norma penal será la regla para seguir al considerar una interpretación conforme a la constitución. Sobre todo porque, en el Derecho penal, la tarea de interpretación cobra gran relevancia, habida cuenta de las graves consecuencias que conlleva la imposición de una pena. De ahí que se deba aplicar con gran rigor y de manera estricta el principio de legalidad penal.¹⁷

El propio legislador, al crear las normas penales debe respetar el principio de taxatividad; así como el intérprete debe atender a las exigencias del referido principio. En consecuencia, no se puede tomar como una cuestión baladí el contenido que se le atribuye a las normas penales, pues de la interpretación dada depende la imposición de una pena o no.

Llegados a este punto, resulta necesario plantearse, si la perspectiva de género es una forma más de interpretación o estamos ante un fenómeno difícilmente reconducible a esta institución. Si entendemos que la interpretación no es otra cosa que la atribución de significado, a las leyes e instrumentos jurídicos, en el caso en que surjan dudas acerca de cuál es el que debe atribuírseles,¹⁸ no se podría decir que la perspectiva de género es una forma más de interpretación. Esta reflexión nos obliga a plantearnos que es en realidad juzgar con perspectiva de género.

No cabe duda de que es mandato constitucional erradicar todo tipo de discriminación (incluyendo la de género), sin embargo, malgrè lui para estas teorías el artículo constitucional no solo opera para cuestiones de género, más bien es uno de los motivos de discriminación que prohíbe la Constitución. Entre los que se señala de manera enunciativa y no así limitativa es la discriminación por razón de género, no obstante, a mi juicio la discriminación por perspectiva de género establecida en la ley suprema no se refiere a modo de interpretación alguno, más bien al modo de actuación de los poderes públicos y los legisladores al momento de realización de una ley.

Es decir, es la propia autoridad quien no puede realizar dichas conductas con motivos discriminatorios por las razones establecidas en la propia Constitución, de ahí que si, por ejemplo, una mujer en un juicio de carácter familiar presenta fuera de plazo las pruebas que acrediten sus pretensiones (del pago de la pensión alimentaria), y por tanto el juez no admite dichas pruebas, este no está discriminando, sino más bien aplicando en su justa medida la ley procesal de la materia. De lo contrario, vulneraría el principio de tutela judicial efectiva establecida en la constitución. Cosa distinta es que el enjuiciador desechase las pruebas por el simple hecho de que esa

¹⁷ Muñoz, F., García, M. y García, Pastora (2022). Derecho penal. Parte general (11a ed.) con la colaboración de Pastora García Álvarez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 133.

¹⁸ Endicott, Timothy A. O. (2007). *La vaguedad en el Derecho* (p. 39). (Trad. de A. del Real y J. Vega. Madrid: Dykinson.

persona perteneciese a una etnia indígena, sea homosexual o que practique determinada religión, sea hombre o mujer, por el simple hecho de serlo. Ahí si se estaría dando un trato discriminatorio, ya que se da un trato diferente a personas que merecerían recibir el mismo trato que otras de su género.

Dicho lo anterior, podemos decir que la perspectiva de género no se puede tomar como una forma de interpretación o complemento de la ley, por los siguientes motivos: en primer lugar y como es lógico, en el ámbito del Derecho cabe la interpretación cuando existe oscuridad gramatical o lógica del texto, que dificulten la reconstrucción del pensamiento del legislador.¹⁹

Esto en el caso de perspectiva de género no da lugar a interpretación alguna, pues en principio los textos legislativos están pensados en la realización o no de determinadas conductas con independencia de quien las realice, es decir, del género. No significa que no se protejan a determinados colectivos, mismos que se encuentran desde la propia ley perfectamente identificados y protegidos, por lo cual no existe controversia o supuesto alguno que no se pueda identificar en las propias normas. En segundo lugar, cabe decir que las interpretaciones jurisprudenciales no corresponden de suyo a una auténtica forma o método interpretativo, sino más bien se debe a la imposición de una ideología en el campo legislativo y jurisdiccional, a mi juicio contraria a un Estado Social y Democrático de Derecho.

IV. MUJER Y DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LA CODIFICACIÓN (S. XIX Y S. XX)

Pocas legislaciones causan tanto revuelo en una sociedad como lo es el código penal, ya con razón en su momento menciono Jakobs, que el Derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad,²⁰ pues no se puede desconocer que el Código penal es hijo de su tiempo, para ello solo basta observar los cambios que se han producido en torno a la mujer.

A. Código penal de 1822

En efecto, si analizamos algunos de los delitos en el Código penal de 1822 y sus respectivas modificaciones podremos encontrar cómo ha evolucionado el Derecho penal en materia de género y poco a poco ha introducido una importante tutela hacia la mujer.

¹⁹ Ramírez, H. A. (2007). ¿Por qué es necesario interpretar el Derecho? Un análisis a la respuesta de Joseph Raz, Anuario de la Facultad de Derecho, XXV, 2007, p. 216.

²⁰ Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional (p. 22). (Trad. M. Cancio y B. Feijóo). Madrid: Civitas.

Así, por ejemplo, bajo este código se castigaba a la mujer que desobedeciese al marido,²¹ si era reincidente el alcalde podría poner a la mujer en una casa de corrección que eligiera el marido, y por el tiempo que este quisiera, con tal de que no pasara de un año.

La pena que se le imponía al sujeto homicida respecto a la mujer (ya fuese de su hija, nieta o descendiente en línea recta, o su mujer), cuando la sorprendía en acto carnal con un hombre era de seis meses a dos años, y con un destierro de dos a seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas en contorno.²²

En referencia a los delitos de violación, se castigaba al sujeto que la cometiese con la pena de cinco a nueve años de obras públicas, siempre que la mujer fuere casada, pero si la mujer era “pública” la pena se reducía a la mitad.²³

Este código decimonónico también castigaba el adulterio cometido por la mujer, con la pérdida de todos los derechos de la sociedad conyugal, y una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pasara de diez años.

B. Código penal de 1848

El Cp de 1848 sigue en gran medida la estela del anterior, no obstante se suprimen los delitos de desobediencia al marido; empero, sigue siendo tipificado el adulterio, pero la pena cambia a reclusión menor y el marido sigue teniendo la potestad para reducir la pena.²⁴ Ahora bien, en caso de que el marido encontrase a su mujer yaciendo con otro y por tal motivo le da muerte o la lesiona gravemente, únicamente se le impondrá la pena de destierro, en lesiones leves quedaba exento.²⁵

El delito de violación se castiga con cadena temporal,²⁶ y el abuso deshonesto se castigaba con la pena de prisión menor a la correccional. El estupro con doncella menor de 23 años se castigaba con la pena de prisión menor.²⁷ Lo sorprendente es que, si el ofensor se casaba con su víctima, este quedaba relevado de la pena.

Llama la atención que en los códigos penales, tanto el de 1822 como el de 1848, no se tutelase en sí la libertad sexual, sino más bien se podía entender como un

²¹ Art. 570, del C. VI. De las desavenencias y escándalos en los matrimonios, del Título VII delitos contra las buenas costumbres, del Cp. de 1822.

²² Art. 619 del Cp. de 1822.

²³ Art. 669 del Cp. de 1822.

²⁴ Art. 349 del Cp de 1848.

²⁵ Art. 339 del Cp de 1848.

²⁶ Art. 354 del Cp de 1848. Cabe mencionar que la pena de cadena podía durar de doce a veinte años, según lo disponía el artículo 26 del citado código.

²⁷ Art. 356 del Cp de 1848

La tutela de la mujer en el Derecho penal español...

delito contra el honor de la familia o el honor del marido que debía ser resarcido a toda costa.

Los códigos sucedáneos (1850, 1870, 1928) presentaron cambios poco relevantes en los delitos de violación, adulterio, amancebamiento o estupro, salvo la reducción de la pena en el delito de adulterio, donde en el código penal de 1928 se reduce la pena de uno a tres años.

Con el código penal de la República de 1932 se despenaliza el adulterio y el amancebamiento, ya que la Ley de Divorcio establece en su exposición de motivos²⁸ que el adulterio es causa de la disolución del vínculo; por tanto, no tiene razón de ser. Por esta razón, los artículos 448 al 452, relativos al adulterio y amancebamiento deben ser derogados. Además, se suprimió también el artículo 455 porque es redundante e inútil, pues el precepto sobre la bigamia del nuevo artículo 465 abarca los supuestos del 455.

Sin embargo, en el código penal de 1944 se vuelve a reinsertar el delito de adulterio, ello unido a connotaciones morales y religiosas, vinculados al nacional catolicismo,²⁹ con las mismas condiciones que se venían imponiendo antes de su derogación por el Código penal de 1932. Asimismo, en los delitos contra la honestidad, la violación mantiene la pena de reclusión menor.

En referencia al aborto, su regulación es extensa, pues se incluyen los supuestos de la Ley de 24 de enero de 1941. No obstante, algunos supuestos de aborto donde no existiera consentimiento de la mujer eran castigados con pena larga de prisión.³⁰

Dicha línea continuista se prolonga hasta la reforma del año 1978 a través de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, en el que el adulterio deja de ser delito en España.

C) Código penal de 1995

Es con el Código penal de 1995 (llamado Código penal de la democracia) con el que se cambia de paradigma respecto a la tutela penal de la mujer. Por ejemplo, en

²⁸ Vid. al respecto la exposición IV relativa a las "Reformas de errores materiales de técnica, e incorporación de leyes complementarias", del Código penal de 1932, p. 16.

²⁹ En el preámbulo del Código penal de 1944, en su apartado A) textualmente se establece: «Inserción de las disposiciones posteriores a 1870, establecidas o aceptadas por el Nuevo Estado que no alteren la armonía científica del Código, como son algunos preceptos del de 1870, mayor número de ellos correspondientes al de 1928-, las Leyes de Seguridad del Estado, Terrorismo y robo a mano armada, Tenencia de armas, Redención de Penas por el Trabajo, Abandono de familia, Adulterio, delitos contra la honestidad, delitos contra la propiedad y otros semejantes», p. 5.

³⁰ Corral, N. (2015). *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal* (p. 162). Madrid: Dykinson.

los delitos sexuales, se asume que se protege la indemnidad o libertad sexuales, es decir, la decisión autónoma y libre de la víctima, no así la manifestación sexual en sí. Hoy, a 29 años del “nuevo” Código penal, “se ha terminado” con la desigualdad que durante mucho tiempo discriminaba a las mujeres y las cercenaban en la igualdad de oportunidades; lo que supuso el inicio de la quiebra de años de opresión sustentado sobre la diferencia natural de capacidades y expectativas, y la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres desde los parámetros del principio de igualdad, sin tener que probar su honestidad.³¹

Es innegable que hoy en día la preocupación de la sociedad por hechos tan execrables y recurrentes, como lo son los delitos sexuales, han llevado a una regulación de su uso, como lo es Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, sobre garantía integral de la libertad sexual.³² En dicha legislación, se da un paso más allá y no solo se entiende por violencia sexual el acto físico sexual que realiza una persona sobre la otra, ya sea un tocamiento en sus genitales o la cópula no consentida, pues en su exposición de motivos se considera, además, a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital. Lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual.³³

También se establecen los derechos a los que las personas víctimas de delitos sexuales se pueden acoger, como información y orientación sobre sus derechos y recursos; atención médica especializada y psicológica; atención a las necesidades económicas, laborales, de vivienda y sociales; asesoramiento jurídico previo y asistencia jurídica gratuita en los procesos derivados de violencia; seguimiento de sus reclamaciones de derechos; servicios de traducción e interpretación; asistencia personal para las mujeres con discapacidad y atención especializada para niños y niñas víctimas de violencias sexuales y explotación sexual.

Otro de los delitos en los que el legislador ha tratado de paliar sus efectos son los denominados de violencia de género, cuya preocupación ha llevado a la creación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo contenido no solo se basa en la protección jurídico penal, sino como su propio nombre o indica es una medida integral en todos los ámbitos, sobre todo en la prevención.

Esta ley establece medidas de sensibilización, prevención y detección, en el ámbito educativo; en la publicidad y de los medios de comunicación, y en el ámbito

³¹ Rodríguez, J. R. (2020). *La mujer en el Derecho penal español* (p. 940). Amigos del Archivo Histórico Diocesano de Jaén.

³² *Vid.* al respecto un estudio integral a Iglesias, I. C. (2022). Libertad sexual y violencia sexual. En I. C. Iglesias y M. J. Bravo, Valencia. *Libertad sexual y violencia sexual* (p. 287 y ss.). Madrid: Tirant Lo Blanch.

³³ Dentro de la abundante bibliografía *vid.* por todos la importante contribución de Sanz, N. (2018). *Violencia de Género y Pacto de Estado (passim)*. Madrid: Tirant Lo Blanch.

La tutela de la mujer en el Derecho penal español...

sanitario. Asimismo, se definen los derechos de las víctimas a la información y a la asistencia social mediante servicios de atención especializados.³⁴

Se concede el derecho a la asistencia jurídica gratuita, no solo para las víctimas directas, sino también para los afectados en caso de que la víctima fallezca. En el ámbito social, se implementan medidas para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de violencia de género, además de permitir su movilidad geográfica e incluso la suspensión con reserva del puesto de trabajo o la extinción del contrato. De igual manera, se establecen medidas de ayuda a las funcionarias que sean víctimas de violencia de género.³⁵

Por otro lado, implementan ayudas económicas para que las víctimas de la violencia de género tengan derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo. Asimismo, se sugieren ayudas sociales donde la víctima, debido a su edad, falta de preparación o circunstancias sociales no va a mejorar su ingreso al mercado laboral.³⁶

Con esta ley se crearon diversos organismos institucionales, como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, entre otras. En el ámbito jurídico penal, se incluyeron dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigan como delito las coacciones y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres.³⁷

Respecto al ámbito judicial, se crearon juzgados especializados en violencia sobre la mujer, descartando la posibilidad de crear un nuevo sistema judicial o la transferencia de competencias penales a los jueces Civiles. Estos órganos jurisdiccionales conocerán de la instrucción, y, si corresponde, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas.³⁸

Las medidas de protección que, en su caso, pueden establecer los jueces especializados en violencia sobre la mujer regulan la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar. De igual manera, se opta por la delimitación temporal de estas medidas hasta el término del proceso.³⁹

³⁴ *Vid.* ampliamente la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

Cabe señalar que esta Ley tuvo una reforma sustancial a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de los delitos de violencia de género; por ejemplo, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del art. 22 del Código Penal.⁴⁰

Se recurre a la imposición de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente cuando se trata de delitos de violencia de género y doméstica, así como una ampliación considerable de la medida de libertad vigilada.⁴¹ Se tipifica como delito de quebrantamiento de los actos tendentes a alterar el correcto funcionamiento de los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género.⁴²

D) Sobre la Directiva (UE) 2024/1385 de lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

Recientemente (14 de mayo 2024), la Unión Europea ha dictado una directiva sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (cuya entrada en vigor en España fue el 13 de junio de 2024), con ella se trata de proporcionar un marco integral para prevenir y combatir eficazmente la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en todos los países integrantes de la Unión Europea.

Se establece que los Estados miembros deben prestar la debida atención a las víctimas afectadas por la discriminación interseccional (que tiene origen en dos o más elementos que confluyen en la misma persona),⁴³ adoptando medidas específicas, como la evaluación individual para determinar las necesidades de protección de las víctimas.

Esta directiva define los delitos que los Estados deben regular en caso de no tenerlos tipificados, como son la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, la difusión no consentida de material íntimo o manipulado, el ciber-acecho (*cyber stalking*), el ciberacoso (*cyber harassment*), el ciberexhibicionismo (*cyber flashing*), la incitación a la violencia o al odio por medios cibernéticos.

⁴⁰ Vid. ampliamente con la bibliografía que ahí se cita a Silva, A. (2017). La violencia de género tras la reforma penal de 2015. En M. Á. Cuadrado (Ed.), *Cuestiones Penales : A Propósito de la Reforma Penal de 2015* (p.40). Madrid: Dykinson.

⁴¹ Silva, A., La violencia de..., *op. cit.*, p. 41.

⁴² Silva, A., La violencia de..., *op. cit.*, p. 44.

⁴³ Cavalcante, A. M. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, (7), p. 16.

Determinados delitos que entran dentro de la definición de violencia contra las mujeres, como el feminicidio, la violación, el acoso sexual, los abusos sexuales, el acecho, el matrimonio precoz, el aborto forzado, la esterilización forzada, y diferentes formas de ciber-violencia, como el acoso sexual en línea y el cyber bullying. Asimismo, se entiende que la violencia doméstica es una forma de violencia que podría estar tipificada penalmente de manera específica o quedar integrada en delitos cometidos dentro de la unidad familiar o doméstica o entre cónyuges o excónyuges o parejas o exparejas, tanto si comparten un hogar como si no.

E) Aplicación de la teoría del delito a casos límites en violencia de género. (Especial referencia a la legítima defensa)

Como ha quedado expuesto a lo largo de este trabajo de investigación, la evolución de la legislación penal ha dado un giro radical en relación a la tutela de la mujer. No obstante, llama la atención cómo se ha tratado de establecer de manera forzada instituciones de la teoría del delito a situaciones que en principio resulta inaplicables, al menos desde una lógica irreductible y no sin ello desvirtuar la esencia de instituciones. Aunque entendemos desde una lógica inexorable que la mujer víctima de violencia de género necesita una especial protección, no por ello podemos alterar los contenidos de la teoría del delito, *so pena* de caer en grandes contradicciones.

Una persona que priva de la vida a otra para defenderse o para defender a un tercero actúa amparada bajo una causa de justificación, conforme al artículo 20.4 del Código penal español, cuyo contenido esencial establece que la agresión sea ilegítima, que la reacción defensiva sea racionalmente necesaria y que no se haya provocado el ataque.

En efecto, lo mencionado anteriormente parece relativamente sencillo determinar cuándo una conducta se encuentra amparada bajo la figura de la legítima defensa y cuándo no. Sin embargo, hay situaciones en las que la configuración de la legítima defensa no surge *ictu oculi*, sino solo después de un examen en profundidad de las circunstancias concretas en las que se producen los hechos.

Uno de los casos paradigmáticos se presenta en los supuestos en los que mujeres que han sufrido vejaciones y maltratado matan a su pareja-agresora en circunstancias, sin embargo, no hay agresión en ese momento contra la propia mujer.⁴⁴

Sin duda, no se puede desconocer que la mujer que realiza un delito de homicidio en contra de su agresor, que además es su pareja, está dormido, borracho o

⁴⁴ Vid. al respecto un interesantísimo trabajo de investigación de Correa, M. C. (2016). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa (passim)*. Madrid: Autónoma de Madrid, Madrid.

desprevenido, se puede convertir dicha conducta en un asesinato. Como es evidente, afectará a la calificación del delito y a la pena que se le impondrá (por ejemplo, en España se castiga el asesinato con la pena de 15 a 25 años, mientras que el homicidio de 10 a 15 años).

No obstante que la acción de la mujer que actúa contra su maltratador puede ser un acto de defensa, parece difícil encuadrar el caso dentro del perímetro de la legítima defensa. Como es evidente, no se da una agresión actual, porque el agresor podría estar durmiendo. En otras palabras, cuando la mujer realiza la acción defensiva no hay confrontación, lo que respalda la noción de que no puede haber legítima defensa si no hay agresión.⁴⁵

Es evidente que en estas circunstancias no se puede aplicar la figura de la legítima defensa, ya que afirmar lo contrario sería caer en graves contradicciones. Sin embargo, no podemos desconocer que no es correcto que estas mujeres reciban el mismo trato jurídico-penal, que aquellas personas que matan en situaciones en las que sus vidas no están en riesgo y que no actúan para defenderse a sí mismas o a terceros, pues tratar con el mismo rigor punitivo estas situaciones significaría condenarlas a ser víctimas de una nueva agresión que podría resultar en su muerte.

Bajo esta idea han surgido innumerables propuestas doctrinales para tratar de dar una respuesta a través de la legítima defensa para eliminar o reducir el castigo de todas estas mujeres.⁴⁶ Todas estas soluciones, aunque valiosas, parecen ser el resultado de un análisis erróneo de las circunstancias y el contexto en el que se desarrollan los hechos, lo que pone de manifiesto una posible interpretación errónea de la legítima defensa, como figura dogmática.

A pesar de su existencia, las medidas estatales destinadas a proteger a las mujeres maltratadas no son suficientes,⁴⁷ ya que la realidad del entorno muestra una cruda situación que, a pesar de los esfuerzos realizados tanto de la Unión Europea como en España, no son suficientes. En los últimos diez años, se han asesinado a más de 581 a manos de sus parejas o exparejas.⁴⁸

⁴⁵ En referencia a la actualidad de la agresión Requejo, C. (1999). *La legítima defensa* (p. 108 y ss.). Madrid: Tirant Lo Blanch.; Iglesias, M. Á. (1999). *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa* (p. 137 y ss.). Granada: Comares."publisher":"Comares","publisher-place":"Granada", "title":"Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa","author":[{"family":"Iglesias Rio","given":"Miguel Angel"}],"issued":{"date-parts":["1999"]},"locator":"137 y ss.", "label": "page"},"schema":"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}]

⁴⁶ Solo a modo de ejemplo vid. Larrauri, E. y Varona, D. (1995). *Violencia doméstica y legítima defensa (passim)*. Barcelona: EUB.

⁴⁷ En España la Ley de Violencia de Género.

⁴⁸ Vid. al respecto, Víctimas mortales por violencia de género. Serie 1999-2023, INE, https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=v02001.px#_tabs-grafico.

La tutela de la mujer en el Derecho penal español...

Un caso paradigmático de la justicia mexicana, en el que ya he tenido ocasión de pronunciarme,⁴⁹ es el de una mujer víctima de violencia de género que frecuentemente sufría abusos, era golpeada y violada por su agresor. El día en que ocurrieron los hechos puso diez pastillas de clonazepam en un jugo y se lo dio a su esposo y de forma casi inmediata comenzó a temblar, por lo que se fue a acostar a la cama. Ella fue a buscar a su yerno con el que previamente había concertado el homicidio de su marido para que le ayudara. Al llegar a su casa, su yerno subió a la azotea para quitar varios lazos de plástico; al bajar, ella tomó una bolsa de plástico y se la colocó a su marido en la cabeza. Su yerno amarró los lazos alrededor del cuello de su esposo y los jaló fuerte para que dejara de respirar. Después de cinco minutos, dejaba de respirar y de moverse.

Su yerno amarró el cuerpo y lo metieron en unas bolsas negras de plástico, salieron al patio para poner el cadáver en un triciclo y lo taparon con cartones, para posteriormente tirarlo en un descampado⁵⁰.

El Tribunal de primera instancia la declaró penalmente responsable por el homicidio calificado (asesinato) de su pareja sentimental bajo la hipótesis de ventaja, por lo que se le impuso la pena de 27 años y 6 meses de prisión. Inconforme, la mujer interpuso un recurso de apelación. La sala penal que conoció del asunto modificó la sentencia en lo concerniente a la indemnización por muerte en favor de sus hijos y la reparación de daño moral en su modalidad de pago de tratamientos curativos respecto de uno de sus hijos.

La acusada, inconforme con esta sentencia, presentó demanda de amparo, en la cual se advirtió que la sala penal había omitido juzgarla con perspectiva de género y tomar en consideración la situación de violencia que sufría por parte de su pareja sentimental. Sin embargo, no conforme con ello presento Recurso de Revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se resolvió revocar la sentencia recurrida en la materia de la revisión y devolver los autos al Tribunal Colegiado a efecto de que ordene la reposición del procedimiento para que el juez penal aplique el método de juzgar con perspectiva de género.⁵¹

Por lo que, el Juzgado de primera instancia en cumplimiento a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió resolución declarando a la mujer no

⁴⁹ Colina, E. I. (2020). ¿Juzgar con perspectiva de género? Análisis sobre sus posibles consecuencias en el ámbito jurídico-penal. Especial referencia a las causas de justificación. *Derecho Penal y Criminología*, 40(109), 219-243.

⁵⁰ Vid. sobre una completa narración de los hechos a MONTAÑA RAMOS, Isabel, Sentencia de la causa penal 48/2011 sobre una mujer que cometió el delito de homicidio en razón del parentesco en contra de su esposo, en Sentencias feministas. Reescribiendo la justicia con perspectiva de género. Proyecto México, ed. Geraldina González de la Vega Hernández e Isabel Montaña Ramos, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022, p. 287 y ss.

⁵¹ Zaldivar, A. (2018), *Violencia de género*, p. 54.

penalmente responsable por el delito de homicidio en razón del parentesco cometido en contra de su esposo, ya que se actualiza en su favor la causa de justificación del delito de legítima defensa. En consecuencia, ordeno su inmediata libertad.⁵²

En casos similares en la justicia española,⁵³ el Tribunal Supremo ha optado por aplicar una eximente incompleta al entender que la situación de terror que sufrió podría haberse superado de una manera menos traumática. Por tanto, teniendo en cuenta que el miedo no era insuperable, es decir, que podría haber actuado de otra manera (pedir ayuda a familiares y amigos, acudir a las autoridades denunciando a la policía), el sistema jurídico penal no podría haber eximido completamente a la mujer del castigo.⁵⁴

Los hechos enjuiciados son los de una mujer que mantenía una relación sentimental donde los malos tratos, insultos y amenazas eran constantes. Un día antes de que sucedieran los hechos, su compañero sentimental la intentó estrangular en presencia de unos amigos que habían ido a visitar. Al día siguiente por la tarde, ella cogió un cuchillo de cocina y lo clavó en el abdomen de su pareja, mientras este se hallaba en estado de embriaguez, causándole así la muerte.

Como se puede observar en casos análogos, los Tribunales dan un tratamiento diverso, aunque los Códigos penales de ambos países mantienen las mismas figuras. Entonces, vamos a determinar si para estos casos se debe aplicar la legítima defensa o al contrario una causa de exculpación por miedo insuperable.

La figura de la legítima defensa sustancialmente establece los siguientes requisitos para su reconocimiento:

- Agresión ilegal (actual).
- Necesidad racional de los medios utilizados.
- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

De lo anterior, se puede observar que en casos como los señalados con antelación no es posible justificar el comportamiento de las mujeres que atacan preventivamente a sus parejas, ya que falta la actualidad de la agresión. Sin embargo, algunas posturas han teorizado —para estos casos— una “legítima defensa preventiva”, pues la mujer aprende a prever episodios violentos y esto puede ser relevante para incluir la agresión del marido dentro de los límites de la realidad y, por tanto, justificar la defensa de la mujer.⁵⁵

⁵² Si bien, desde una perspectiva de justicia material compartimos el fondo de la resolución, no así la fórmula empleada por el enjuiciador (legítima defensa) para emitir el fallo, para más detalles *Vid.* Colina, E. I. (2020). ¿Juzgar con perspectiva de género? Análisis sobre sus posibles consecuencias..., *op. cit.*, *passim*.

⁵³ *Vid.* por todas a Correa, M. C., Legítima defensa en situaciones sin confrontación, ..., *op. cit.*, p. 16.

⁵⁴ TS (Sala de lo Penal, Sección 1a) Sentencia Núm. 152/2011 de 4 marzo.

⁵⁵ *Vid.* ampliamente Larrauri, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. *Jueces para la democracia*, (23), p. 22 y ss.

La tutela de la mujer en el Derecho penal español...

En efecto, la ingeniosa argumentación no puede ser considerada dado que uno de los requisitos de la legítima defensa es que la agresión ilegítima sea actual. Entonces, la defensa preventiva no se basa en una agresión, sino en una predicción, y por tanto, no representa una legítima defensa.⁵⁶ Es más, si se adoptase tal postura, se corre el riesgo de ampliar el ámbito de protección a ámbitos completamente heterogéneos, como —por ejemplo— en el caso de los operativos policiales, donde el agente estaría legitimado para hacer uso de la fuerza de forma preventiva. No debemos olvidar que la adopción de tal propuesta se aplica de manera general y no solo a casos específicos como los mencionados en la violencia de género.

Por otro lado, se ha argumentado que las amenazas del tirano familiar, que constituyen un delito, es una forma de violencia psicológica dirigida a impedir que la mujer salga del hogar y solicite ayuda externa. Por lo que la mujer decide no salir de la casa por temor a que el agresor continúe amenazándola a ella o a su familia. Así, se entiende que la mujer no decide libremente quedarse en casa, y su voluntad está viciada por el clima de acoso creado por su agresor.⁵⁷

Se considera que la mujer permanece en su domicilio en contra de su voluntad, lo que constituye un delito de detención ilegal. Dado que este delito es permanente, la conducta de la mujer estaría protegida por la figura de la legítima defensa, pues la agresión al marido “detención ilegal” sigue en curso. Por tanto, esto permite a la mujer defenderse legítimamente “en cualquier momento”, siempre y cuando no cese la detención ilegal, independientemente de que el marido esté dormido o borracho, ya que la clave de interpretación es que la agresión se repita, y de esta manera se haría real y no se consumaría.⁵⁸

Dicho esto, y viendo que la aplicación de la legítima defensa en los contextos de violencia de género donde no se presenta agresión por parte del tirano de familia, a mi juicio resulta inaplicable por los motivos ya esgrimidos. No obstante, ello no puede ser pretexto para dejar que estas situaciones sigan el mismo derrotero.

Pese a eso, se insiste que en estos casos difícilmente se puede argumentar a favor de la existencia de la legítima defensa, a pesar de que cierto sector de la doctrina se empeña en manifestar lo contrario.⁵⁹ La sola creencia de que su conducta era necesaria para prevenir agresiones futuras respecto a los actos de violencia cometidos por la víctima hacia su mujer, no resulta suficiente, pues se debe acompañar medios de prueba que fundamenten el peligro al que se enfrentó la mujer era real y no solo así

⁵⁶ Muñoz, F., García, M. y García, P. (2022). Derecho penal..., *op. cit.*, p. 299.

⁵⁷ Correa, M. C. (2016). *Legítima defensa...*, *op. cit.*, p. 343.

⁵⁸ Correa, M. C. (2016). *Legítima defensa...*, *op. cit.*, 2016, p.

⁵⁹ *Vid.* al respecto Chiesa, L. E. (2007). Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona. *Revista Penal*, (20), *passim*.

lo que se intuía en el ámbito interno.⁶⁰ Si bien, se entiende que con ello se trata de dar un razonamiento lógico a este tipo de situaciones, ello no resulta suficiente para poder establecer la existencia de una legítima defensa, ni siquiera a título putativo.⁶¹

De igual manera, atender a las causas de justificación basadas en la convicción sólida de la mujer que creía que sería atacada, nos conduciría a una subjetivización extensa de la antijuridicidad que a la postre traería confusión entre antijuridicidad y culpabilidad, cuya distinción, como se ha señalado, es parte sustancial de la moderna teoría del delito.⁶² Máxime que en estos supuestos se puede aplicar una causa de exculpación, ya que resulta que su acción es antijurídica. Pese a ello, se podría argumentar que su actuar fue guiado bajo un miedo insuperable y por tanto no se le podía exigir actuar de otro modo.

No pasa desapercibido que la doctrina europea ha catalogado estos casos como un estado de necesidad defensivo,⁶³ en los que la actuación del sujeto se proyecta contra una cosa o individuo fuente del peligro, aunque no se llega a constituir una agresión ilegítima que justifique legítima defensa; sin embargo, dicha aplicación no puede ser utilizada en este contexto, porque esta causa de justificación se aplica a situaciones de riesgo provenientes de cosas o animales, o de movimientos humanos que no sean una acción o solo sean imprudentes, o frente a agresiones cubiertas por algunas causas de justificación, agresiones antijurídicas pero que no llegan a constituir agresión ilegítima en Derecho positivo. Lo que no se presenta en estos casos, pues que el sujeto se encuentre dormido por una fuerte ingesta de somníferos o con una embriaguez letárgica no presenta peligro alguno con independencia de que dicho sujeto hubiese maltratado con antelación a la mujer que realiza la conducta homicida, pues no existe ninguna prueba certera de que lo volverá a realizar.

Si bien, a lo anterior se le podría objetar que la psicología clínica ha pronosticado que los maltratadores, a menos que sean sometidos a terapia, seguirán realizando su conducta violenta. Ello no se puede asegurar de manera certera, pues cada individuo desarrolla patrones similares, pero no idénticos, es decir, nada asegura de que tales episodios volverán a repetirse.

Con independencia de lo anterior, si se utiliza la figura de legítima defensa, pues es la que por analogía⁶⁴ se adecua más a los hechos, se deberá tomar en cuenta

⁶⁰ Chiesa, L. E., *o. u. c.*, pág. 56.

⁶¹ Muñoz, F. (1990) ¿“Legítima” defensa putativa?: un caso límite entre justificación y exculpación. *Estudios penales y criminológicos*, (15), *passim*.

⁶² Muñoz, F., *o. u. c.*, pág. 285.

⁶³ Vid. Luzón, Diego-Manuel (2016). *Lecciones de Derecho Penal...*, *op. cit.*, págs. 438 y ss.

⁶⁴ Respecto a la aceptación del tratamiento análogo (*in bonam partem*) de las causas de justificación, no cabe duda que la doctrina penal se ha mostrado favorable a su aplicación, no obstante cabe decir que el peligro que se presenta al respecto es que el juez se aparta de lo establecido por el legislador, *vid.* al respecto Montiel, J. P. (2009). *Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía «in bonam partem» en el Derecho penal* (p. 297). Madrid: La Ley.

La tutela de la mujer en el Derecho penal español...

que dicha práctica debe ser rechazada por cuestiones de legalidad, ya que se amplía el ámbito de la punibilidad para la persona que se encuentra obligada a tolerar la acción justificada.⁶⁵

Aunque comprendemos que el mandato de determinación en las causas de justificación no es tan estricto como en los tipos penales, no por ello podemos ignorar el principio de legalidad. Esto se debe a que es evidente que al ampliar el ámbito de las causas de justificación mediante el recurso de analogía *in bonam partem*,⁶⁶ es necesario plantearse también si se pueden disminuir vía interpretativa mediante la reducción teleológica.⁶⁷

En el ámbito de la analogía *in bonam partem*⁶⁸ (supuesto que en principio sería aplicable a cuestiones de género), nos debemos plantear qué ocurre cuando las causas de justificación se extienden analógicamente; aunque en principio, se entiende que se puede ampliar de manera analógica el ámbito de lo permitido con la condición indispensable de que resulte favorable al reo. Aun así, el problema que se presenta al ampliar analógicamente los supuestos de las causas de justificación es que se restringen espacios de libertad de quien se enfrenta a esa situación justificada,⁶⁹ ya que al extender la justificación de uno estamos restringiendo la libertad de otro.

Por tanto, del mismo modo en que se entiende que la reducción teleológica parecía a primera vista inadmisibile; con la analogía *in bonam partem* parecería lo contrario, pues, de entrada, es admisible. Sin embargo, en un análisis más detallado encontramos diversas dificultades, como la restricción de los espacios de libertad del sujeto, que resiente la conducta analógicamente justificada. Esto quiere decir que es discutible que en las causas de justificación el principio de legalidad opere de forma mecánica.

La cuestión del principio de legalidad y las interpretaciones extensivas o restrictivas están sujetas a una importante discusión. Tradicionalmente se entiende que en los tipos no cabe la analogía *in mala partem*, pero, sin embargo, se pueden restringir los tipos, pues estos *per se* son limitaciones a la libertad, y la citada restricción vía interpretativa los coloca por debajo de su literalidad en determinados casos. En dichos supuestos, podemos decir que no son formal o relevantemente, típicos, como en el caso expuesto.

⁶⁵ Montiel, Juan Pablo, *o.u.c.*, pág. 300.

⁶⁶ Montiel Fernández, Juan Pablo, *Analogía favorable al reo...*, *op. cit.*, 2009, págs. 295 y ss.

⁶⁷ Silva Sánchez, Jesús María, *Sobre la interpretación teleológica en Derecho penal*, en *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, éd. cit., p. 378 y ss.

⁶⁸ *Vid.* respecto a la aplicación de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación, Montiel, Juan Pablo, *Analogía favorable...*, *op. cit.*, 2009, págs. 295 y ss.

⁶⁹ Montiel, Juan Pablo, *Analogía favorable...*, *op. cit.*, 2009, pág. 302.

CONCLUSIONES

Hemos visto cómo, a lo largo del tiempo, han existido leyes que no trataban de manera igualitaria a mujeres y hombres. Se entiende que ello era un devenir histórico que a lo largo de los años se ha tratado de modificar.

Hoy día acudimos a infinidad de normas que tratan de dar una protección integral a la mujer, una buena muestra de ello es la ley española de violencia de género. Asimismo, la protección a la mujer no solo se establece en el ámbito nacional; sino también internacional, la propia Unión Europea, preocupada por esta lacra social, desde hace tiempo ha venido estableciendo diversas directivas para los Estados parte.

Sin embargo y a pesar de los esfuerzos realizados, parecen no ser suficientes, porque las estadísticas de mujeres que sufren violencia de género son aterradoras, por lo que se cree que, como en muchos campos del Derecho el remedio no se encuentra en las leyes, sino en la educación del ciudadano en materia de una verdadera y efectiva igualdad de género y no solo se quede en la legislación como una buena declaración de intenciones.

Por otra parte, hemos puesto de manifiesto cómo algunas figuras de la teoría del delito, por ejemplo la legítima defensa, se quieren aplicar sin considerar el contexto en casos de violencia de género y dan lugar a interpretaciones erróneas cargadas de subjetivismo. No podemos olvidar que toda teoría de las causas de justificación debe atender a los principios de lesividad y determinación, ya que estas suposiciones reguladoras requieren prestar atención a la seguridad jurídica, ya que *prima facie* estas normas se ocupan del principio de legalidad. Asimismo, no se pueden ignorar las funciones que cumplen, pues ello será determinante para atender a figuras como las de perspectiva de género y poder comprobar si estas no son incompatibles entre sí.

BIBLIOGRAFÍA

- Ascoli, M. (1946). *La interpretación de las leyes*. (Trad. de R. Smith). Buenos Aires: Losada.
- Cavalcante, A. M. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, (7), 15-25.
- Chiesa, L. E. (2007). Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona. *Revista penal*, (20), 50-57.
- Colina, E. I. (2020). ¿Juzgar con perspectiva de género? Análisis sobre sus posibles consecuencias en el ámbito jurídico-penal. Especial referencia a las causas de justificación. *Derecho Penal y Criminología*, 40(109).

La tutela de la mujer en el Derecho penal español...

- Corral, Noelia (2015). *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político-criminal*. Madrid: Dykinson.
- Correa, M. C. (2016). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*. Madrid: Autónoma de Madrid.
- Eisenstein, H. R. (1980). *Patriarcado capitalista y feminismo socialista*. México: Siglo Veintiuno.
- Endicott, Timothy A.O. (2007). *La vaguedad en el Derecho*. (Trad. de A. del Real y J. Vega). Madrid: Dykinson.
- Firestone, S. (1976). *La dialéctica del sexo. En defensa de la revolución feminista*. (Trad. de R. Ribé). Barcelona: Kairós.
- Günther, J. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. (Trad. de M. Cancio y B. Feijóo). Madrid: Civitas.
- Iglesias, I. y Bravo, M. J. (2022). *Libertad sexual y violencia sexual*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Iglesias, M. Á. (1999). *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*. Granada: Comares.
- Kuhlen, L. (2012). *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons.
- Larrauri, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. *Jueces para la democracia*, (23).
- Larrauri, E. y Varona, D. (1995). *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona: EUB.
- Luzón, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General* (3a. ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mill, J. S. (2005). *El sometimiento de las mujeres* (Trad. A. de Miguel). Madrid: Edaf.
- Montiel, J. P. (2009). *Analogía favorable al reo: fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*. Madrid: La Ley.
- Montoya, I. (2022). *Sentencia de la causa penal 48/2011 sobre una mujer que cometió el delito de homicidio en razón del parentesco en contra de su esposo*. En G. González y I. Montoya (Coords.), *Sentencias feministas. Reescribiendo la justicia con perspectiva de género. Proyecto México*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro.
- Muñoz, F. (1990-1991). ¿“Legítima” defensa putativa?: un caso límite entre justificación y exculpación. *Estudios Penales y Criminológicos*, (15), 1990, p. 265-288.

- Muñoz, F., García, M. y García, P. (2022). *Derecho penal. Parte general* (11a edición, revisada y puesta al día/con la colaboración de Pastora García Álvarez). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nicholson, L. J. (Comp.) (1992). *Feminismo-posmodernismo*. Buenos Aires: Feminaria, 1992.
- ONU (1975). Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer | Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/conferences/women/mexico-city1975>
- Poyatos, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQual. Revista de Género e Igualdad*, (2), 1-21.
- Ramírez, H. S. (2007). ¿Por qué es necesario interpretar el Derecho? Un análisis a la respuesta de Joseph Raz. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXV.
- Requejo, C. (1999). *La legítima defensa*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez, J. R. (2020). La mujer en el Derecho penal español. *Amigos del Archivo Histórico Diocesano de Jaén*.
- Sanz, N. (2018). *Violencia de Género y Pacto de Estado*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- Silva, A. (2017). *La violencia de género tras la reforma penal de 2015*. En M. de los Á. Cuadrado (Dir./Ed.), *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma Penal de 2015*. Madrid: Dykinson.
- Silva, J. M. (2006). *Sobre la interpretación teleológica en Derecho penal*. En M. Díaz y García y J. A. García (Coords). *Estudios de Filosofía del Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Soler, S. (1962). *Interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel.
- Sordi, B. (2022). El Derecho penal y la rearticulación del mito de la neutralidad jurídica. *Revista General de Derecho Público Comparado*, (31).
- Sutton, P. (Ed.) y Giddens, A. (Col.) (2022). *Sociología* (Trad. de F. Muñoz). Madrid: Alianza.
- Zaldívar, A. (2018). *Violencia de género*.
- INE (s. f.). Víctimas mortales por violencia de género. Serie 1999-2023. https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/l0/&file=v02001.px#_tabs-grafico.
- TS (Sala de lo Penal, Sección 1a) Sentencia num. 152/2011 de 4 marzo.