

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

VELS PRAVIDEET PRO

Revista

Enero 2023

51

Permal



tirant
lo blanch

Revista Penal

Número 51

Sumario

Obituario:

- Mireille Delmas Marty y las Ciencias penales de nuestro tiempo, por *Luis Arroyo Zapatero* 5

Doctrina:

- Cuestiones controvertidas en torno a la diligencia de captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos. Determinación del concepto de encuentro, por *Andrés Francisco Álvarez Medialdea* 9
- Ucrania y la doble moral de Occidente, por *Kai Ambos* 33
- El condenado imputable afectado por un trastorno mental grave, por *Viviana Caruso Fontán* 49
- La responsabilidad penal del político corrupto. Contradicciones de la solución española a partir de las indicaciones de la Supreme Court of Justice de los Estados Unidos, por *Giorgio Dario Maria Cerina* 72
- Entre la siembra y el regado de la semilla terrorista: una aproximación a la influencia de la propaganda terrorista en internet, por *Débora de Souza de Almeida* 113
- La imposición y mantenimiento de condiciones ilegales y otras formas delictivas en las relaciones laborales como herramienta de protección de colectivos vulnerables por el Derecho penal, por *Javier García Amez* 129
- ¿Deben castigarse el enaltecimiento del franquismo y otro tipo de conductas «afines»? los intentos frustrados del legislador y una vía de escape (la administrativo-sancionadora), por *José León Alapont* 145
- La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial, por *Sandra López de Zubiría Díaz* 165
- Frentes abiertos en la protección de los derechos de los presos, por *Francisco Javier Matia Portilla* 177
- La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma, por *Alessandro Melchionda* 191
- La eliminación del abuso sexual por consentimiento inválido de víctima mayor de dieciséis y menor de dieciocho años tras la L.O. de garantía integral de la libertad sexual, por *Miguel Ángel Morales Hernández* 207
- Reflexiones sobre el delito de aborto en México y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 231
- El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista, por *Ana I. Pérez Machío* 242

- Sistemas penales comparados:** Sumisión química (Chemical submission) 263

Bibliografía:

- Simón Castellano, Pere y Abadías Selma, Alfredo (Coords.). “Cuestiones penales a debate”. Barcelona, J.M. Bosch Editor (Colección “Penalcrim”), 2021, 495 págs., por *Cristian Morlans Prados* 321
- VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Miguel Abel Souto, José Manuel Lorenzo Salgado y Nielson Sánchez Stewart (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 980 páginas, por *Yago González Quinzán* 325
- “Los delitos de enaltecimiento del terrorismo y de humillación de las víctimas”, de José León Alapont (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 202 págs.), por *Lucas G. Menéndez Conca* 328

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

| | |
|---|---|
| Kai Ambos. Univ. Göttingen | José Luis González Cussac. Univ. Valencia |
| Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha | Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III |
| Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca | Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña |
| Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg | Alessandro Melchionda. Univ. Trento |
| José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco | Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide |
| Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco | Francesco Palazzo. Univ. Firenze |
| Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg | Teresa Pizarro Belez. Univ. Lisboa |
| Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra | Claus Roxin. Univ. München |
| George P. Fletcher. Univ. Columbia | José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha |
| Luigi Foffani. Univ. Módena | Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg |
| Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha | Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz |
| Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o | John Vervaele. Univ. Utrecht |
| Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla | Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires |
| Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío | |

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Europea de Madrid), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

| | |
|---|---|
| Christoph Hollmann (Alemania) | Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua) |
| Luis Fernando Niño (Argentina) | Campo Elías Muñoz Arango (Panamá) |
| Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil) | Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú) |
| Jiajia Yu (China) | Blanka Julita Stefańska (Polonia) |
| Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia) | Baris Erman (Turquía) |
| Angie A. Arce Acuña (Costa Rica) | Volodymyr Hulkevych (Ucrania) |
| Elena Núñez Castaño (España) | Pablo Galain Palermo y Ana María Guzmán (Uruguay) |
| Marco Edgardo Florio (Italia) | Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela) |
| Manuel Vidaurri Aréchiga (México) | |

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



El enfoque de género en el Derecho Penal español. Superando las críticas de un Derecho Penal de autor y paternalista

Ana I. Pérez Machío

Revista Penal, n.º 51 - Enero 2023

Ficha Técnica

Autor: Ana I. Pérez Machío

Adscripción institucional: Profesora Titular (Catedrática acredit.) de Derecho Penal, Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitate. Instituto Vasco de Criminología / Kriminologiaren Euskal Institutua

Title: The gender approach in Spanish Criminal Law. Overcoming the criticism of author and paternalistic Criminal Law

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. EL CONCEPTO DE “VIOLENCIA DE GÉNERO” A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA VISIÓN REDUCCIONISTA DE LA MISMA; III. APROXIMACIÓN A LA INCORPORACIÓN DEL “ENFOQUE DE GÉNERO” EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LOS DELITOS DE “VIOLENCIA DE GÉNERO” Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE GÉNERO; IV. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: UNA MIRADA NECESARIA; V. BIBLIOGRAFÍA.

Summary: I. INTRODUCTION; II. THE CONCEPT OF “GENDER VIOLENCE” SINCE THE ENTRY INTO FORCE OF ORGANIC LAW 1/2004, OF DECEMBER 28, ON COMPREHENSIVE PROTECTION MEASURES AGAINST GENDER VIOLENCE: A REDUCTIONIST VIEW OF IT; III. APPROACH TO THE INCORPORATION OF THE “GENDER APPROACH” IN THE SPANISH CRIMINAL CODE: THE CRIMES OF “GENDER VIOLENCE” AND THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCES OF GENDER; IV. THE GENDER APPROACH IN THE SPANISH CRIMINAL CODE: A NECESSARY LOOK; V. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La incorporación del paradigma de la perspectiva de género, en el ámbito específico del Derecho Penal español, legitimado sobre el enfoque de los derechos humanos de las mujeres se presenta como algo necesario, si se pretende, no sólo erradicar las reglas del derecho que legitiman y perpetúan la discriminación contra las mujeres, sino también reconocer las herencias culturales sobre la base de la inferioridad y sometimiento de la mujer respecto del varón. Este es precisamente el enfoque desde el que se aborda el presente trabajo, es decir, detectar cuáles han sido los pasos dados en el marco del Ordenamiento jurídico-penal español para incorporar en el mismo la perspectiva de género, en un intento de erradicar la “violencia sobre las mujeres” y superar las barreras y limitaciones que impiden el logro de la igualdad real.

Palabras clave: género, Violencia de género, delitos de violencia de género, agravante de género, Derecho Penal de género

Abstract: The incorporation of the paradigm of the gender perspective, in the specific area of Spanish Criminal Law, legitimized on the approach of women’s human rights, is presented as something necessary, if it is intended, not only to eradicate the rules of law that legitimize and perpetuate discrimination against women, but also recognize cultural heritage based on the inferiority and subjugation of women with respect to men. This is precisely the approach from which the present work is approached, that is, to detect what steps have been taken within the framework of the Spani-

sh legal-criminal system to incorporate the gender perspective into it, in an attempt to eradicate the “violence against women” and overcome the barriers and limitations that prevent the achievement of real equality.

Keywords: Gender, Gender violence, Crimes of gender violence, Aggravating gender, Gender Criminal Law

Observaciones: Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación “La tutela penal de personas vulnerables: análisis de realidades criminológicas y propuestas sustantivas de “lege data” y de “lege ferenda” del Ministerio de Ciencia e innovación (REF. PID2020-116407RB-I00) y del Grupo Consolidado GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminales (REF. IT 1486-22).

Rec.: 01-11-2022 **Fav.:** 14-11-2022

I. INTRODUCCIÓN

Entendido el género como el resultado de un proceso de construcción social en el que se adjudican simbólicamente expectativas y valores que cada cultura atribuye a varones y mujeres, esto es, un constructo que aporta representaciones culturales sobre lo femenino y lo masculino¹, éste explica la dimensión socio-política configurada sobre el sexo femenino que genera prescripciones normativas y de asignación de espacios sociales asimétricamente distribuidos². Fruto de esta asimetría de signo machista unos y otras exhiben los roles e identidades asignados bajo la etiqueta o el estereotipo de género, articulados a través de estructuras jerárquicas y de subordinación que generan desigualdad³.

En este contexto general de subordinación y de discriminación sistémica, el género adquiere una importancia clave como causa que explica las diferentes manifestaciones de violencia sobre las mujeres, aunque, siendo uno de los factores de riesgo determinantes y sustantivos de la misma, no es el único. En la violencia sufrida por las mujeres destaca la intersección entre la subordinación basada en el género, como factor de perpetuación de determinados roles asignados a lo femenino y otras formas de subordinación sufridas por las mujeres en contextos muy específicos⁴ a los que, sin lugar a dudas, se reconduce la situación de subordinación y especial vulnerabilidad sufrida, entre otras, por las mujeres inmigrantes en situación de irregularidad administrativa.

Partiendo de esta premisa, y de la interpretación de que el Derecho tiene género (el masculino), el Derecho

en general, y el Derecho Penal en particular, no es neutro y precisa de la perspectiva de género para evitar que se perpetúen situaciones de desigualdad e inequidad, en la órbita del logro de una igualdad material y real⁵.

Son muchos los ejemplos que evidencian esta afirmación. En primer lugar, y por resultar más evidente, la descripción de las conductas típicas recogidas en los tipos penales resulta, a todas luces, una manifestación, del enfoque masculino al que ahora hacemos referencia. En efecto, la mayoría de los preceptos recogidos en el Código Penal español comienzan con la expresión “*El que [...]*”, en lugar de referirse, por ejemplo, a “*la persona que [...]*”. Esta referencia que puede llegar incluso resultar baladí, es a nuestro modo de ver, uno de los ejemplos significativos, de la aparente neutralidad que, en definitiva, acoge una visión masculina de la intervención punitiva del Estado que bien podría haberse superado, por medio de la incorporación de un lenguaje no sexista en cualquiera de las reformas a las que se ha venido sometiendo el Código Penal desde su entrada en vigor en 1995.

La incorporación del paradigma de la perspectiva de género, en el ámbito específico del Derecho Penal, legitimado sobre el enfoque de los derechos humanos de las mujeres reside, como destaca Jericó Ojer, por un lado, en destacar las reglas del derecho que legitiman y perpetúan discriminación, pero por otro, también, reconocer las herencias culturales sobre la base de la inferioridad y sometimiento de la mujer respecto del varón. La perspectiva de género, debe poner el foco, continúa la autora, en la necesidad de desarrollar la igualdad ma-

1 JERICÓ OJER, “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal”, p. 287

2 COBO, “El género en las ciencias sociales”, p. 54.

3 MAQUEDA ABREU, “La violencia de género”, p. 2.

4 JERICÓ OJER, “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal”, p. 288.

5 En este sentido, LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y Sistema Penal*, p. 24, destaca que bajo la aparente neutralidad de la norma late no sólo una visión masculina, sino también una interpretación masculina, una interpretación de la norma que no es neutral.

terial o real presentando estrategias que eliminen las situaciones de injusticia y discriminación⁶.

Este es precisamente el enfoque desde el que se aborda el presente trabajo, es decir, detectar cuáles han sido los pasos dados en el marco del Ordenamiento jurídico-penal español para incorporar en el mismo la perspectiva de género, en un intento de erradicar la “violencia sobre las mujeres” y superar las barreras y limitaciones que impiden el logro de la igualdad real.

II. EL CONCEPTO DE “VIOLENCIA DE GÉNERO” A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA VISIÓN REDUCCIONISTA DE LA MISMA

Antes de centrar la atención en los mecanismos a los que se está acudiendo, desde el ámbito jurídico-penal, para favorecer la consolidación de un enfoque de género en la respuesta punitiva del Estado, corresponde, a continuación, centrar la atención, en la conceptualización que de la “violencia de género” se ha venido consolidando en nuestro Ordenamiento Jurídico, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004.

Una aproximación a la configuración jurídica-penal de dicho concepto, permitirá entender el proceso de consolidación del tan necesitado enfoque de género en el marco del Derecho Penal.

La asunción de la internacionalización de los Derechos Humanos de las mujeres junto a la entrada en vigor, en el marco del Ordenamiento Jurídico español, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷ hacen suponer, inicialmente, que el derecho interno español se ha embarcado en la difícil tarea de erradicar la “violencia de género” sufrida por las mujeres víctimas que se encuentran en el territorio del Estado.

La “violencia de género” objeto de análisis comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (artículo 1.3 LO 1/2004), en cuanto manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las

relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, y que es ejercida sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia (artículo. 1.1 LO 1/2004). Se trata, por lo tanto, de la incorporación del concepto de “violencia de género”, en cuanto manifestación de la desigualdad y de las relaciones asimétricas de poder propias del reparto de roles de género en la sociedad del patriarcado.

Como muy acertadamente destaca Bodelón, la Ley Orgánica 1/2004 rompe con la tradición jurídica de centrar la atención en la denominada “violencia doméstica y/o familiar”. Sin embargo, continúa esta autora, la normativa del 2004 genera confusión respecto al concepto mismo de “violencia de género”, puesto que esta sólo se identifica con la que se genera en el ámbito de las relaciones de pareja contra las mujeres y los menores⁸.

Desde esta perspectiva, el ámbito de influencia de la Ley integral recae sobre conductas de carácter familiar o doméstico, no haciéndose extensivo a otras modalidades de “violencia de género” a las que ya se viene aludiendo internacionalmente⁹. Más aún si cabe, esta equiparación resulta, a todas luces, reduccionista, puesto que, si bien la “violencia doméstica” apunta más bien a relaciones asimétricas más propias de la estructura familiar, la “violencia de género” pone el acento en la discriminación estructural de las mujeres propias de la sociedad patriarcal¹⁰. Como acertadamente destaca Lorenzo Copello, cierto es que una y otra forma de violencia están íntimamente ligadas entre sí y se entrecruzan con frecuencia, porque la relación de pareja es un ámbito particularmente propenso para el desarrollo de los roles de género culturalmente aprendidos y la privacidad del hogar facilita los abusos, pero no por eso son realidades totalmente coincidentes y si pretendemos evaluar la legitimidad y necesidad de intervención del Derecho Penal, ese dato no puede pasar desapercibido¹¹.

En efecto, no es lo mismo, como indica Maqueda Abreu, “violencia de género” y “violencia doméstica”, porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia, siendo el medio familiar propicio

6 JERICÓ OJER, “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal”, p. 298.

7 En adelante LO 1/2004.

8 BODELÓN, “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico”, p. 279.

9 Así lo destaca, TORRES FERNÁNDEZ, “Notas sobre Derecho Penal sexual y perspectiva de género”, p. 1913.

10 En este sentido se pronuncia MAQUEDA ABREU, “La violencia de género”, p. 2, cuando indica que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo entre violencia doméstica y violencia de género, puesto que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal.

11 LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en el Derecho Penal. Un ejemplo de paternalismo punitivo”, p. 334.

para el ejercicio de las relaciones de dominio propias también de la “violencia de género”, esta última no agota sus posibilidades de realización en el ámbito familiar o de pareja. Son situaciones de riesgo, continúa esta autora, no ya sólo por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, sobre todo, porque constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina¹².

Así, la definición de la “violencia de género” prevista en la LO 1/2004 resulta, a todas luces, restrictiva, excesivamente limitada al ámbito de las parejas o ex – parejas, y deja fuera de la misma otras modalidades de violencia sufrida por la mujer en contextos de desigualdad, como consecuencia de relaciones asimétricas de poder. En efecto, como destaca Toribio del Río, considerar víctimas de “violencia de género”, en exclusiva, a las mujeres maltratadas por sus parejas o ex – parejas, implica reducir la violencia machista a la esfera privada y negar su dimensión estructural, histórica y social¹³. La protección existente en la que encajar en el tipo este fenómeno resulta insuficiente y la respuesta como sociedad a esta lacra que arrastramos desde la antigüedad debe ser completa y total, abarcando todas las aristas de sus manifestaciones, dada su naturaleza compleja y multidisciplinar, si se pretende erradicar por completo y no paliar superficialmente algunos efectos negativos del machismo.

En efecto, el Estado español se comprometió en la lucha frente a la violencia contra la mujer por razones de género, tras la ratificación del Convenio de Estam-

bul, que, según el tenor literal de su artículo 5.2, obliga a los Estados Parte a tomar medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio, que no se limitan a las violencias sufridas en el ámbito de la pareja o de las ex – parejas, sino que abarca todo tipo de violencia sufrida por las mujeres por el hecho de serlo o que les afecte de manera desproporcionada (art. 3 d) Convenio Estambul).

Sin embargo, la tutela derivada de la Ley Orgánica del año 2004 limita su ámbito de aplicación a los supuestos de relaciones de parejas o ex – parejas, y deja fuera de dicha protección a un buen colectivo de mujeres que, diariamente, sufren violencia en manos de los hombres, como consecuencia del reparto de roles de género existente en nuestra sociedad. Si la violencia sobre las mujeres es estructural y es fruto del abuso de poder que ejercen los hombres sobre las mismas, independientemente de la relación personal existente entre autor y víctima, toda mujer víctima de esta clase de violencia (entendido el concepto de violencia desde un punto de vista amplio –física, psicológica o sexual-) debería poder acogerse a la protección integral derivada de la Ley Orgánica del año 2004, puesto que, *a sensu contrario*, el Estado español está incumpliendo los mandatos internacionales en materia de protección de víctimas de “violencia de género”¹⁴.

Alda Facio definió el “familismo” como una de las formas de sexismo que más frecuentemente se manifiestan en el ámbito jurídico. El familismo, decía esta autora “*no es sólo una forma de sexismo, sino tam-*

12 MAQUEDA ABREU, “La violencia de género”, p. 4.

13 En este sentido, TORIBIO DEL RÍO, “La violencia de género en España”, p. 167.

14 Téngase en cuenta el contenido de las distintas disposiciones convencionales a nivel internacional y, específicamente, el derivado de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, a partir de la cual, los estados contratantes asumen el compromiso de diseñar políticas dirigidas hacia la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, tal y como se recoge en su artículo 2: “*Los Estados Parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:*

a) *Consagrar si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio;*

b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*

c) *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;*

d) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;*

e) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;*

f) *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;*

g) *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.*

*bién una forma específica de insensibilidad al género. Consiste en tomar a la familia como la unidad más pequeña de análisis en situaciones, donde en realidad se deberían analizar los intereses, necesidades y actuaciones de los diferentes miembros de una familia*¹⁵. En opinión de esta autora, uno de los casos más claros de “familismo” es el de la legislación tradicional sobre violencia-intrafamiliar, puesto que, en muchos Estados se homologa la violencia que sufren las mujeres y las niñas a otras violencias que se dan en el ámbito de las relaciones familiares, suprimiendo el análisis de la desigualdad de poder entre hombres y mujeres que les da origen¹⁶.

Pues bien, en opinión de Bodelón, la LO 1/2004 rompe sólo parcialmente el familismo. El hecho de que se vincule la violencia contra las mujeres en las relaciones intrafamiliares con la desigualdad de poder entre hombres y mujeres supondría una ruptura, una novedad al reconocer naturaleza político-social a dicha violencia. Sin embargo, continúa esta autora, la LO 1/2004 no ha conseguido romper con la tradición penal que ha homologado esta violencia a otras violencias que tienen lugar en el ámbito de las relaciones afectivas. La inclusión de otros miembros vulnerables de la familia sitúa a las mujeres en el universo de las personas “dependientes”, no en el lugar de las personas estructuralmente discriminadas y oprimidas¹⁷.

En efecto, con ello se convierte a las mujeres en un colectivo de persona “incapaces” al nivel de las identificadas como personas dependientes desde el punto de vista jurídico que requieren de una tutela penal reforzada sobre la base de la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran “*de facto*”. Así, tal y como apunta Maqueda Abreu, se asimila a la mujer a los miembros más débiles el entorno del agresor, porque conduce a mantenerla “en el imaginario del orden familiar junto al grupo de los vulnerables”, no concentrándose en ellas, ni en las razones que explican su victimización, sino trasladándose a la familia y a sus miembros, en tanto que víctimas propicias de la violencia masculina, a consecuencia de una natural posición de inferioridad compartida por la mujer¹⁸.

En definitiva, parece poder concluirse que nos encontramos ante una confusión de etiquetas interesada que, en cierto modo, contribuye a perpetuar la resistencia social y jurídica a reconocer que la violencia sobre la mujer, no es una forma de violencia más, no es una mera situación de abuso de superioridad frente a

una víctima especialmente vulnerable por razón de su incapacidad, sino una manifestación de las relaciones de poder asimétricas que estructuralmente venimos sufriendo las mujeres en la sociedad del patriarcado.

Sin embargo, la identificación “violencia de género” con “violencia doméstica”, lejos de limitarse a un paternalismo jurídico-penal, genera otra serie de efectos perversos, nada desdeñables. En efecto, si la “violencia de género” equivale a “violencia doméstica” o intrafamiliar, de alguna forma, se perpetúa la tradición jurídica de considerarlo como un problema de naturaleza privado, como un secreto, como un tabú, fomentándose así, uno de los prejuicios culturales que, en mayor medida, han obstaculizado la persecución de la “violencia de género” y que sigue siendo en la actualidad para muchos un “delito invisible”¹⁹.

A pesar, sin embargo, de las críticas ahora vertidas en relación al enfoque reduccionista de la “violencia de género” desprendido del contenido de la LO 1/2004, restringiéndola a la generada con ocasión de las relaciones de afectividad y dejando fuera el resto de discriminaciones estructurales sufridas por la mujer en los distintos ámbitos de la sociedad patriarcal, hay que convenir con Laurenzo Copello, en que la virtud y el hito jurídico que supuso la normativa del 2004 reside en el hecho de hacer visibles y públicos los actos de violencia de los que son objeto las mujeres, como consecuencia de los roles asociados a su condición femenina, es decir, como consecuencia del reparto de roles de género, propios de las relaciones asimétricas de poder del patriarcado²⁰.

En efecto, la normativa del 2004 permitió atribuir a la “violencia de género” la condición de categoría sociológica con entidad propia, susceptible de ser definida a partir de una serie de caracteres específicos que la distinguen de otras formas de violencia social y respecto de la que existe consenso en denominarla como “violencia de género”, siguiendo los postulados de la teoría feminista, en la medida en que dicha conceptualización permite interpretar y poner de manifiesto el injusto reparto de roles sociales entre los sexos, propios del patriarcado. Si la violencia estructural sufrida por las mujeres como consecuencia de las relaciones asimétricas de poder, asociadas al reparto de roles de género, identificada con el concepto de “violencia de género” pierde dicha connotación reivindicativa (permitiendo subsumir en el marco de la “violencia de género” cualquier tipo de violencia que sufran los “distintos

15 FACIO, “Accés a la justícia, dret i familisme”, p. 193.

16 FACIO, “Accés a la justícia, dret i familisme”, p. 194.

17 BODELÓN, “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico”, p. 285.

18 MAQUEDA ABREU, “La violencia de género”, p. 3.

19 MAQUEDA ABREU, “La violencia de género”, p. 6.

20 LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en el Derecho Penal. Un ejemplo de paternalismo punitivo”, p. 344.

géneros”, en función de los roles sociales que respectivamente les corresponde), quedaría neutralizado el efecto visibilizador que se persigue con la referencia al “género”, una deriva que devolvería a la oscuridad la subordinación social de las mujeres y eliminaría el sentido mismo del concepto²¹.

III. APROXIMACIÓN A LA INCORPORACIÓN DEL “ENFOQUE DE GÉNERO” EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: LOS DELITOS DE “VIOLENCIA DE GÉNERO” Y LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE GÉNERO

Al margen de las críticas vertidas en relación a la visión reduccionista de la violencia de género, derivadas de la normativa del 2004, la preocupación por la lucha y erradicación de la misma, se ha llevado a cabo en el marco del Ordenamiento jurídico español a través de dos instrumentos. Por un lado, por medio de la configuración de tipos penales específicos de violencia de género, y por otro lado, a través de la incorporación en el marco del Código Penal²² de la denominada “agravante de género” del artículo 22.4 CP.

El análisis de cada uno de dichos instrumentos nos permitirá entender cómo se va consolidando en el enfoque de género en el ámbito del Derecho Penal español, así como las dificultades que el mismo implica.

A. La sanción de la “violencia de género” a partir de la reforma operada por la LO 1/2004. ¿Manifestación de un Derecho Penal de autor?

a) *Derecho penal de autor versus respeto al principio de culpabilidad*

Las agravaciones penales introducidas con la reforma operada a través de la LO 1/2004 en sede de lesiones (artículo 148.4 y 5 CP), de amenazas (art. 171.4 y 5 CP), de coacciones (art. 172.2 CP) trataron de evitar, al igual que sucedía respecto al artículo 153, la cosificación de la mujer, impidiendo su conversión en cosa, en objeto de dominio por quien ejerce sobre ella una

influencia moral dañina para su normal y equilibrado desarrollo durante toda su vida²³.

No fueron pocas las voces que se mostraron contrarias a los tipos penales derivados de la LO 1/2004 sobre la base de su consideración como Derecho Penal de autor²⁴. El debate suscitado en torno a la condición de delictivas de unas conductas que, siendo cometidas por hombres contra mujeres, recibirán una respuesta punitiva cualificada, ha sido una constante desde la entrada en vigor de la LO 1/2004, en relación a los preceptos ahora aludidos, que sigue vigente en la actualidad y que, lamentablemente, no ha sido satisfactoriamente resuelta. Desde los sectores más detractores se viene apuntando la idea de que sólo las conductas tipificadas como delito merecen plena reprobación social, siendo la reforma del 2004, contraria a los imperativos en los que se asienta el Derecho Penal, fundamentalmente basado en la proporcionalidad entre el hecho y la sanción y el alejamiento de finalidades puramente retributivas y de prevención general.

Así, frente a quienes postulan que la agravación punitiva de estos artículos resulta un reflejo de un Derecho Penal de autor²⁵ —centrado en una presunción legislativa de peligrosidad del mismo—, hay que advertir que dicho incremento no se fundamenta en el sexo del sujeto activo, sino más bien, al contrario, en el de la víctima y en la posición de subordinación que dicha circunstancia implica en las relaciones de pareja²⁶. Así, el Derecho Penal, partiendo del reconocimiento de la condición sexual femenina como una circunstancia que tradicionalmente ubica a las mujeres en una situación de subordinación social y de desigualdad, sufrida por el reparto de roles sociales, refuerza la protección penal de las mismas en el ámbito de las relaciones de pareja, al interpretar que existe, en esta esfera, un mayor riesgo de sufrir cualquier tipo de lesión y agresión²⁷.

La presente interpretación, lejos de resultar incongruente, se ve favorecida por la propia filosofía inspiradora de la LO 1/2004 y el concreto objeto que la misma pretende abordar, esto es, “[...] la violencia en cuanto manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres

21 LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en el Derecho Penal. Un ejemplo de paternalismo punitivo”, p. 345.

22 En adelante CP.

23 Véanse, en este sentido el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 1094/2005, de 22 de noviembre de la Audiencia Provincial de Barcelona y el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 27/2005, de 14 de diciembre de la Audiencia Provincial de Barcelona.

24 CORTÉS BECHIARELLI, “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico”, p.271; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Discriminación positiva”, p. 18; MENDOZA CALDERÓN, “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto”, p. 48.

25 CORTÉS BECHIARELLI, “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico”, p.271; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Discriminación positiva”, p. 18; MENDOZA CALDERÓN, “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto”, p. 48.

26 Véanse, en este sentido, LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la ley integral”, p. 28; LÓPEZ ÁLVAREZ/GONZÁLEZ DE HEREDIA/ORTEGA GIMÉNEZ, “Reflexiones multidisciplinarias acerca de la violencia de género y doméstica”, p. 1203; QUERALT I JIMÉNEZ, “La respuesta penal de la Ley Orgánica”, p. 148.

27 Véanse, en este sentido, LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la ley integral”, p. 29; RUIZ MIGUEL, “La ley contra la violencia de género”, p. 43.

sobre las mujeres [...]”. Esta declaración limita el ámbito de aplicación objetivo del presente cuerpo legal a las conductas violentas que representan una manifestación de la discriminación y de la situación de desigualdad sufrida por las mujeres en las relaciones de pareja. Por lo tanto, frente a quienes cuestionaban la constitucionalidad de la misma y la consideraban contraria al principio de proporcionalidad, una interpretación “*iuris tantum*” de la finalidad de la Ley Orgánica, debía reducir, al menos en teoría, a la efectividad de la presente normativa a los supuestos de subordinación y de vulnerabilidad²⁸, es decir, a aquellos casos que implicaran desigualdad estructural, no representada por cualquier tipo de violencia de un hombre sobre una mujer²⁹.

Por otro lado, frente al argumento del Derecho Penal de autor, en el 2010 entendíamos que la tutela penal reforzada de la mujer a través de tipos agravados, respondía, en este sentido, a una materialización de la vertiente positiva del derecho de igualdad, reconocido en el artículo 14 CE, que permitía la legitimación de medidas que garantizaran el pleno ejercicio y el disfrute de derechos y libertades a todos aquellos colectivos que se encuentran en situación de subordinación social³⁰.

Es cierto, como apuntaba el Consejo General del Poder Judicial en su “informe” al Anteproyecto de la Ley Orgánica 2004, que “*no estamos en presencia de bienes escasos o limitados de forma que sólo un grupo pueda acceder a ellos³¹, sin embargo, también es verdad que la dinámica por la que tradicionalmente discurren las relaciones afectivas entre hombres y mujeres marca unas determinadas pautas de comportamiento que limitan o privan, en ocasiones, el pleno disfrute de los mismos, a pesar de encontrarse legalmente reconocidos a todas las personas por el hecho de serlo, incluidas las mujeres*”.

Insistíamos, por lo tanto, en que no se debía afirmar con tanta rotundidad, como lo hacía el Consejo General del Poder Judicial en el “informe” aludido que, la inexistencia de una situación de desventaja inicial deslegitima la superprotección penal de la mujer contemplada en la LO 1/2004³². No son, en este sentido, razones de desigualdad formal las que justifican el recurso al Derecho Penal como instrumento de “discriminación positiva”, sino más bien de desigualdad material, apun-

tábamos, marcada por unas determinadas pautas de conducta educativas y culturales que sitúan a la mujer en una posición de inferioridad y de subordinación a la hora de disfrutar de determinados bienes, posiciones o derechos que el Ordenamiento Jurídico les reconoce en igualdad de condiciones que a los hombres³³.

En efecto, no vulnera el principio de culpabilidad penal ninguno de los preceptos a los que ahora hacemos referencia. Así se pronunciaba, de hecho, el propio Tribunal Constitucional, cuando en su sentencia de 14 de mayo de 2008 destacaba que “*no es el sexo en sí de los sujetos activos y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo, ni de la víctima, ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad*”³⁴.

Tal y como vino destacando el Alto Tribunal en pronunciamientos posteriores al 2008, la razonabilidad de la diferencia punitiva de estos preceptos, pero más específicamente la del artículo 153.1 CP, se basa en la legitimidad del fin de la norma y la razonabilidad del entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quién es o fue su mujer, en la medida en que el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– que lo diferencia del uso de la violencia en otro contexto e implica una mayor lesividad para la víctima³⁵. Dicho de otro modo, el legislador aprecia razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños para las víctimas y porque dota a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa. Esta interpretación constitucional, no comporta, como indica el Tribunal Constitucional, que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y

28 MONTALBÁN HUERTAS, “Ley Orgánica 1/2004”, p. 70.

29 LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, p. 100; MONTALBÁN HUERTAS, “Ley Orgánica 1/2004”, p. 66.

30 En este sentido, PÉREZ MACHÍO, “La perspectiva de género en el Código Penal”, p. 324.

31 Así lo recoge el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la mujer*, p. 24.

32 Así lo recoge el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la mujer*, p. 26.

33 PÉREZ MACHÍO, “La perspectiva de género en el Código Penal”, p. 325.

34 Véase el Fundamento Jurídico 9º, de la Sentencia 59/2008, del Tribunal Constitucional de 14 de mayo.

35 Así lo destaca el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia 107/2009, de 4 de mayo.

personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo y sólo él, coadyuva con su violenta acción³⁶.

En definitiva, quedaba claro que el contenido del artículo 153.1 CP (y por extensión del resto de preceptos derivados de la reforma del 2004) debía interpretarse en relación al artículo 1.1 de la LO 1/2004, para evitar caer en el error de la aplicación sistemática de los preceptos, en cuanto concurriera objetivamente una relación de pareja, el sujeto activo fuera hombre y el pasivo mujer. Destacábamos, así, que el artículo 153.1 CP castiga con más pena, no cualquier ataque contra una mujer, sino contra aquella mujer que se encuentra en una relación de pareja o expareja, regular o de hecho, ataque que proviene de su (ex) cónyuge o (ex) compañero y que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia, basada, por lo tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico³⁷.

Por lo tanto, apuntábamos, así, que, frente a quienes consideran estos preceptos como una manifestación del Derecho Penal de autor, una interpretación acorde con la finalidad de la LO 1/2004, limita la efectividad de la presente normativa a los supuestos que impliquen desigualdad estructural, no representada por cualquier tipo de violencia de un hombre sobre una mujer, sino por aquellos casos en los que la violencia contra las mujeres en la pareja se asocia a los roles femeninos de sumisión y dependencia³⁸. Ello determina, en última instancia, como apunta Acale Sánchez, que el concepto de “violencia de género” no va unido al sexo del sujeto activo, sino al del sujeto pasivo y al rol que tradicionalmente se le reconoce a éste³⁹.

b) *¿Necesidad de un elemento subjetivo de discriminación para la configuración de estos tipos penales?*

Superadas, a nuestro modo de ver, las críticas vertidas en torno a la configuración de estos tipos delictivos como reflejo del Derecho Penal de autor, vuelve a abrirse el debate en torno a la necesidad de que, en cada caso, concorra un elemento subjetivo discriminatorio objeto de prueba, que evite el, presunto, automatismo de acudir a la aplicación de estos preceptos, sobre la base de la mera confirmación del sexo de los sujetos

(activo y pasivo) y la relación de afectividad que les une o les ha unido en el tiempo⁴⁰.

La problemática reside, como apunta un importante sector doctrinal, en el hecho de que los tipos penales reformados tras el 2004, no exigen de manera expresa en su tenor literal el hecho de que la violencia ejercida sobre las mujeres sea una manifestación de los roles de género del patriarcado, es decir, no se contempla de manera expresa como elemento sustantivo de estos preceptos componente discriminatorio alguno⁴¹. Así, parece que basta, en opinión de Roig Torres, con que el hombre realice la conducta prevista contra una mujer con la que haya mantenido la relación afectiva que se exige⁴², presumiendo siempre el carácter discriminatorio inherente a todos estos ataques violentos, vetándose toda posibilidad de intervención del arbitrio judicial de cara a valorar si se está ante un supuesto de “violencia de género” y debiendo aceptarse que sea cual sea la causa profunda del suceso, todo conflicto hombre-mujer será siempre violencia de género (presunción *iuris et de iure*)⁴³.

Sobre la exigencia de la discriminación como elemento sustantivo de los delitos de violencia de género del 2004, algunos miembros del Consejo General del Poder Judicial vinieron considerando, en voto particular al Informe elaborado por dicho órgano al Anteproyecto de Ley Orgánica, más adecuada, la manifestación expresa, en cada uno de los preceptos reformados del especial propósito buscado por el autor, esto es, el favorecimiento de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder que marcan determinados vínculos de afectividad (a modo de ejemplo téngase en cuenta la modificación propuesta respecto al artículo 171.4 en sede de amenazas: “4. *El que con el propósito de favorecer la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, amenace de modo leve a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado*

36 Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2009, de 4 de mayo.

37 PÉREZ MACHÍO, “La perspectiva de género en el Código Penal”, p. 335.

38 PÉREZ MACHÍO, “La perspectiva de género en el Código Penal”, p. 336.

39 ACALE SÁNCHEZ, “El artículo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género”, p. 42.

40 Así lo proponen, entre otras, ROIG TORRES, “La delimitación de la violencia de género”, p. 302; SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado*, P. 98.

41 En este sentido, ROIG TORRES, “La delimitación de la violencia de género”, p. 250.

42 ROIG TORRES, “La delimitación de la violencia de género”, p. 253.

43 En este sentido, SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado*, p. 54.

al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria postestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. No obstante, lo previsto en el párrafo anterior, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado [...]”).

Entendido el mencionado propósito como el punto de inflexión en la reforma, este grupo de vocales interpretó que la descripción típica de cada uno de los preceptos, precedida por la intención o motivo que impulsa al autor a la comisión del hecho ilícito se conformaba como una fórmula eficaz para superar las críticas vertidas en torno a la vuelta al Derecho Penal de autor⁴⁴. Al igual que sucedería respecto a la propuesta de inclusión de una agravante genérica, la presente recomendación tampoco fue atendida, si quiera en fase de enmiendas por ninguno de los Grupos Parlamentarios.

La presente preocupación no es una cuestión baladí. Es cierto que existen algunos ejemplos jurisprudenciales de los que parece deducirse un cierto automatismo en la aplicación de estos delitos (por la mera concurrencia de los elementos objetivos de cada uno de ellos).

Desde esta perspectiva se indica que *“el intento de restringir la aplicación de los tipos agravados de género introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, acudiendo para ello a exigir elementos subjetivos u objetivos que para nada figuran en los diferentes preceptos, no es más en nuestra humilde opinión que una muestra de voluntarismo, de esa patología no infrecuente en el ámbito forense que consiste en tratar de corregir en la aplicación de las normas penales los supuestos o reales errores atribuidos al legislador en su configuración. [...] Además algunas de las resoluciones que exigen la concurrencia de una voluntad o relación de dominación o discriminación como elemento del tipo subjetivo u objetivo de los delitos de violencia de género invocan en su apoyo la Exposición de motivos de la Ley Integral, bueno será recordar que, cuando en dicha Exposición se explica y justifica la regulación de la llamada tutela penal contenida en su Título IV, en la misma no aparece la menor referencia ni a la dominación, ni discriminación, ni a la intencionalidad del autor; limitándose el legislador a señalar, tras describir sucinta y asépticamente las reformas introducidas que “para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres,*

y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en los tipos penales específicos”. La declaración de principios político-criminales es tan clara como discutible, pero en ella brillan por su ausencia consideraciones anti-discriminatorias como las que se quieren introducir de matute en la interpretación de esos tipos penales que la ley ha venido simplemente, como ella misma proclama a especificar y agravar⁴⁵.

Más aún, se insiste, desde esta perspectiva jurisprudencial en que *“la acreditación por las acusaciones del episodio agresivo del varón sobre la mujer unida con él por los referidos vínculos, en cuanto se supone el empleo de medios violentos, agresivos o vejatorios contra ella, es suficiente para inferir de los mismos esa situación de dominación o abuso y, por tanto, para sustentar la condena por esa infracción penal, al no exigir la misma habitualidad, por más que sea posible, por otro lado, excluir la aplicación de este tipo delictivo y acudir, en consecuencia a otras calificaciones alternativas, en aquellos casos en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los miembros de la pareja [...]. De lo anterior no cabe sino concluir que sólo en esos casos, de reciprocidad en la conducta ofensiva de ambas partes la calificación jurídica adecuada será la de delito leve del Código Penal, al haber quedado acreditadas las circunstancias de reciprocidad que en el desarrollo de la agresión excluyen la especial protección otorgada a las víctimas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre”⁴⁶.*

Una lectura conjunta de las sentencias ahora mencionadas, así como de los argumentos jurídicos vertidos en ellas, implica el recurso automático a estos tipos delictivos, ante la confirmación de la concurrencia de los elementos sustantivos objetivos previstos en todos ellos, que sólo puede traducirse en la emergencia de un Derecho Penal de corte paternalista, presumiéndose siempre el carácter discriminatorio de los ataques, en cuanto se acredite la concurrencia de los ya mencionados elementos sustantivos objetivos de los tipos penales.

Sin embargo, para constatar la existencia de la “violencia de género” es preciso que se determine la con-

44 Véase así el VOTO PARTICULAR que formula el Excmo Sr. Vicepresidente del CGPJ, D. Fernando Salinas Molina y los Excmos. Srs. Vocales D. Luis Aguiar de Luque, Dna. Montserrat Comas D’argemir i Cendra, Dna. M. Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro y D. Felix Pantoja García al acuerdo de la comisión de Estudios e Informes de fecha de 21 de junio de 2004, pp. 35 y ss.

45 En este sentido lo indica la Audiencia Provincial de Almería, en el Fundamento Jurídico 2º de su sentencia 89/2012, de 13 de marzo.

46 Así lo indica la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Fundamento Jurídico 3º de la sentencia 770/2017, de 19 septiembre. En idéntico sentido, véase el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 621/2011, de 30 de junio, de la Audiencia Provincial de Madrid.

currencia de la conducta punible, además de los rasgos distintivos de la situación de discriminación de la mujer hacia el hombre en cada caso concreto, esto es, la presencia de los elementos definitorios de la “violencia de género”, sin que sea preciso la confirmación de elemento subjetivo de discriminación⁴⁷.

De hecho, una parte importante de la jurisprudencia, no parece exigir elemento intencional alguno de discriminación por parte del sujeto activo varón, no recurriendo, de manera automática, a los tipos de violencia de género, como consecuencia de la mera concurrencia de relaciones de afectividad entre sujeto activo-hombre y sujeto pasivo-mujer, en el sentido que, a nuestro modo de ver, venía destacando el propio Tribunal Constitucional.

En efecto, desde esta perspectiva, la jurisprudencia interpreta que “*el elemento finalístico que se invoca no constituye ninguno de los elementos del tipo penal aplicado por lo que no se exige en consecuencia, la prueba de que las razones últimas en el obrar del sujeto, ajenas al proceso penal, como en el resto de las infracciones penales, sino que objetivamente, y de forma intencionada y voluntaria haya perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal [...]*”, “*En efecto, los delitos calificados como de violencia de género surgen como respuesta a situaciones en las que se atente contra la dignidad femenina, por razón de su sexo, tratando de resolver actuaciones violentas, físicas o psíquicas, cometidas contra ellas por parte de los hombres con los que mantienen o han mantenido relación afectiva o de intimidad, similar a la matrimonial, de las que resulte la manifestación de la discriminación, desigualdad y superioridad del varón sobre la hembra, imponiéndose unas modalidades delictivas agravadas con el loable propósito de erradicar esas reprochables e inadmisibles conductas despreciables del sexo femenino*”⁴⁸.

La Ley Orgánica 1/2004, continúa esta jurisprudencia “*tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto: su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abomi-*

*nable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas, las penales [...]. Sin embargo, el legislador, en modo alguno quiso adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer. Ello ya iba implícito en la comisión del tipo penal contemplado en los artículos 153, 171 y 172 CP al concurrir las especiales condiciones y/o circunstancias del tipo delictivo. [...] No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales*⁴⁹, esto es, [...] *la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja vivida por un contexto de dominación masculina*⁵⁰, [...] *o de una situación, incluso puntual, de abuso de poder, desigualdad y dominación entre autor y víctima*”⁵¹.

Desde esta perspectiva, la aplicación de estos tipos penales requiere no sólo la existencia de una lesión (coacción, amenaza..) a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esa acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación, de todo punto inadmisibles, que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y característicos concurrentes, a fin de establecer mediante la valoración razonada de los elementos probatorios, si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes⁵². Es, por lo tanto, la exigencia del elemento circunstancial de la dominación o subyugación del hombre hacia la mujer en los delitos de “violencia de género”, lo que permite la caracterización de los mismos, dotándoles de naturaleza propia⁵³.

En última instancia, frente a la problemática de la prueba, para la concreción y acreditación de este elemento circunstancial necesario de la dominación o subyugación, que represente una verdadera situación de machismo o de denigración de la mujer por parte del hombre con el que mantiene o ha mantenido una especial y estrecha relación personal de afectividad, indica la Audiencia Provincial de Murcia, muy acer-

47 Véase, MERINO SANCHO, “La (a)simetría de género en el concepto de violencia”, p. 118. En idéntico sentido, ROIG TORRES, “La delimitación de la violencia de género”, p. 279

48 Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º, de la Sentencia 223/2012, de 8 de marzo de la Audiencia Provincial de Madrid.

49 Véase, el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia 129/2017, de 5 de julio de la Audiencia Provincial de Lugo.

50 Así lo dispone la Audiencia Provincial de Madrid, en el Fundamento Jurídico 3º, de su Sentencia 236/2012, de 15 de marzo.

51 Véase así, el Fundamento Jurídico 3º, de la Sentencia 781/2015, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

52 Así el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 274/2010, de 17 de noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia.

53 En este sentido, RAMÓN RIBAS, “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, p. 49.

tadamente, que “no se precisa, en ningún caso, una prueba diabólica por parte de la acusación, pese a que muchos de estos hechos se cometan en situaciones de soledad, sino la mera profundización técnica en las circunstancias concretas del hecho sometido a enjuiciamiento penal, que a su vez, deben plasmarse en la sentencia, a partir de las expresiones proferidas, de los gestos realizados, del posible instrumental empleado, del contexto en que se produce el hecho de que se trata, valorando el origen de la discusión inicial que muchas veces precede al acto de maltrato o, en definitiva, rebuscando debidamente en la auténtica causa que originó la situación específica de maltrato que es objeto de ese enjuiciamiento penal, tomando en consideración, cuando sea posible, los actos anteriores, coetáneos y posteriores al suceso”⁵⁴.

Es más, la propia configuración de alguno de los denominados como “delitos específicos de violencia de género”, como, por ejemplo, el artículo 148.4 CP permite sustentar la presente interpretación, en la medida, en que el recurso al mismo, no es imperativo, sino potestativo. En efecto, hay que tener en cuenta que la reforma introducida con la LO 1/2004 no incluye, en este precepto, un mandato imperativo al órgano jurisdiccional para que proceda automáticamente al incremento punitivo contemplado, cuando la víctima fuera o hubiese sido esposa o mujer que estuviera o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia⁵⁵. Es más, contrariamente a las opiniones vertidas en torno al Derecho Penal de autor, que no parecen apreciar la discrecionalidad judicial a la hora de aplicar esta agravante —“podrán ser castigados” dice el mencionado precepto— quizás habría que criticar al legislador la aparente flexibilidad existente respecto a esta específica agravación, máxime frente a unas conductas que ya se encontraban anteriormente ubicadas en sede de delitos y a las que debe añadirse el plus de la vulnerabilidad de la víctima.

Así lo estima una parte de la jurisprudencia cuando indica que, “a diferencia de lo que acontece respecto de las lesiones agravadas contempladas en los artículos 149 y ss, la agravación penológica recogida en el artículo 148 CP, no se ha configurado por el legislador como imperativa, sino potestativa del juzgador, en relación al caso concreto. El precepto recoge la facultad que tiene el juez o Tribunal, de ampliar discrecionalmente el marco de punición de los hechos, cuando se

den las concretas circunstancias previstas en la norma, siempre atendiendo al resultado causado o al riesgo producido. Y si el vínculo de afectividad propio de la pareja estable (art. 149.4 CP), es uno de los supuestos que el legislador contemplada como susceptible de agravación, sin duda por el plus de culpabilidad que refleja que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima, el elemento que justifica que la respuesta penal sobrepase el ámbito de punición inherente a la concurrencia de la agravante genérica de parentesco del artículo 23 CP, radica en el desvalor de la acción o del resultado. Por más que la comunidad de afecto en la pareja —existente o pasada— defina un singular rechazo de los comportamientos agresivos que surgen en su seno y justifique con ello la apreciación como agravante de la circunstancia mixta de parentesco, la punición agravada del artículo 148.4 CP, exige, o un juicio negativo del comportamiento, que el legislador centra en el riesgo al que se somete a la víctima (desvalor de la acción) o un juicio negativo de cómo el comportamiento ha afectado al bien jurídico (desvalor de resultado)”⁵⁶.

Todo ello supone (para la específica aplicación del artículo 148.4 CP), no sólo que concurren las circunstancias específicas descritas, esto es, “que la víctima sea mujer; que sea o haya sido pareja del autor-, sino que, junto a ello, será preciso que los hechos expresen un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer; sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido”⁵⁷, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se aprecia tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

En definitiva, esta jurisprudencia, muy acertadamente, viene concluyendo que, a la vista de todo lo manifestado, no toda acción de violencia en el seno de la pareja o ex-pareja (siguiendo el tenor literal de los preceptos ahora comentados) dará lugar al recurso automático a los tipos de “violencia de género” comentados, sino sólo y exclusivamente cuando el hecho sea

54 Véase, en este sentido, el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 274/2010, de 17 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Murcia.

55 Así lo recoge también, LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, p. 89.

56 Así se pronuncia el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1º de su sentencia 610/2017, de 12 de septiembre. En idéntico sentido, véanse el Fundamento Jurídico 7º de la sentencia 491/2018, de 29 junio de la Audiencia Provincial de Madrid; el Fundamento Jurídico 6º de la sentencia 23/2019, de 17 de enero de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otras.

57 Téngase en cuenta, el Fundamento Jurídico 2º, de la Sentencia 259/2013, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Alicante.

manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer⁵⁸.

Por ello, son constitucionales los tipos penales derivados de la entrada en vigor de la LO 1/2004, no exigiendo requisito subjetivo del tipo más allá del dolo genérico de lesionar, maltratar, amenazar, coaccionar, en el sujeto activo, cuando se da en el ámbito familiar, ni especial desvalor en la acción o resultado. Lo contrario requeriría prueba de cargo, entendiéndose que cualquier prueba de la defensa para destruir dicha presunción (la de efectuarse en un ambiente de violencia de género), podría vulnerar el principio de presunción de inocencia del acusado, pues se colocaría a este en la carga de probar que su acción no implicaba acto de dominación alguno.

Por lo tanto, en el sentido que ya apuntamos en el año 2010, no podemos concluir que el recurso a los preceptos incorporados en el Código Penal, tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, se produzca de manera automática y sistemática en los supuestos en los que concurren los elementos sustantivos objetivos previstos en los mismos, a saber, hombre autor, mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación de afectividad aun sin convivencia, víctima o sujeto pasivo⁵⁹. Una interpretación de esta naturaleza implicaría no sólo la emergencia del tan criticado Derecho Penal de autor, sino, fundamentalmente, de un Derecho Penal de corte paternalista, ante la inimputabilidad o situación de especial vulnerabilidad en la que presuntamente nos encontraríamos la totalidad de las mujeres en el marco de las relaciones de afectividad heterosexuales.

Por todo ello, para una comprensión del ámbito de aplicación objetivo de estos tipos penales acorde con la constitucionalidad de los mismos, confirmada por el Tribunal Constitucional en el año 2008, es necesaria una interpretación sistémica de éstos con el contenido del artículo 1.1 de la LO 1/2004, esto es, entendiéndose que los mismos serán objeto de aplicación, para la sanción de comportamientos violentos que resulten manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

A la vista de la presente interpretación, como muy acertadamente ha destacado la jurisprudencia mayoritaria, todas estas disposiciones tienen como fundamento un marco de desenvolvimiento, un contexto circunstancial, esto es, lo que el legislador ha denominado “violencia de género”, considerando el mayor desvalor de esta violencia, en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres, en el ámbito de las relaciones de pareja, porque el autor inserta su conducta en un pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que ese acto objetivamente expresa. Queda claro de este modo, continúa la jurisprudencia, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como “violencia de género”, sino sólo y exclusivamente (y ello por imperativo legal establecido en el artículo 1.1 LO 1/2004), cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer⁶⁰.

Con todo ello, la perspectiva de género, en el marco del Derecho Penal, que comienza a incorporarse a través de la entrada en vigor en el año del 2004, por medio de estos tipos delictivos, incide en la forma de enfocar la violencia, entendiéndose que la misma (en este caso, en el marco de las relaciones de pareja o ex-parejas) se manifiesta en toda forma de abuso, físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa, por lo tanto, una de las formas más extremas de desigualdad y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación de los derechos humanos de las mismas.

Desde esta perspectiva de género, los actos de agresión (en el seno de la pareja o ex-pareja) suponen dejar claro que el propósito subyacente del autor es el de degradar o el abuso de poder como elemento constitutivo de los delitos de género, no exigiéndose, sin embargo, elemento intencional alguno para entenderse cometido el delito, debido a que sólo se exige la agresión objetiva que permita perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre, implicando un mensaje de dominación

58 En este sentido, el Fundamento Jurídico 4º, de la Sentencia 58/2008, de 25 de enero, del Tribunal Supremo.

59 En el mismo sentido se pronunciaba en el Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 58/2008, de 25 de enero, el Tribunal Supremo, cuando destacaba: “En última instancia, los mencionados preceptos, al margen de cualquier automatismo, se deben aplicar cuando la violencia objeto de sanción es expresión de un actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la mujer”.

60 Téngase en cuenta, en este sentido, el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 274/2010, de 17 de noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia.

intrínseca que no se expone externamente con palabras pero sí, con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe o el maltrato como aviso de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación⁶¹.

c) Síntesis

En definitiva, podemos concluir que los tipos penales incorporados en el marco del Código Penal con ocasión de la LO 1/2004 superan las críticas en torno tanto a la falta de proporcionalidad, como de constitucionalidad, al tratarse de preceptos cuya sustantividad no reside, en exclusiva, en la condición de mujer de la víctima. Junto al género, que tradicionalmente ha servido para explicar las relaciones de subordinación de las mujeres, el fundamento último de estos tipos penales, reside en la especial posición de vulnerabilidad en la que se encuentran potencialmente las mujeres⁶², pero también otros colectivos de personas, que es aprovechada por el autor para la comisión del concreto ilícito.

Precisamente este argumento de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del precepto a los sujetos que no son las mujeres, permite superar las críticas basadas en la existencia de agravaciones automáticas fundadas en el sexo del sujeto pasivo, puesto que la protección reforzada de las mujeres en las relaciones de pareja, se hace extensiva, precisamente, a cualquier persona vulnerable que conviva con el autor⁶³.

Con ello, el Derecho Penal no excluye de la tutela a los hombres víctimas de los actos de violencia de sus parejas⁶⁴, es más, los propios tipos introducidos a partir de la Ley Orgánica 1/2004 aceptan la equivalencia del maltrato de personas especialmente vulnerables, donde puede tener cabida la agresión de la mujer a su pareja hombre⁶⁵. Es verdad que no se especifica las circunstancias de las que se desprende dicha situación de especial vulnerabilidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en otros tipos penales que, como el 180.1.3º, identifican la minoría de edad o la incapacidad con categorías constitutivas de dicho concepto). Sin embargo, atendida la propia descripción típica de este precepto,

ésta no puede equipararse ni a menores, ni a incapaces⁶⁶, puesto que la tutela penal de los mismos comporta, en estos supuestos, una penalidad autónoma a la que genera el amparo de la mujer o de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

Pues bien, aunque la extensión del ámbito de aplicación subjetivo de estos preceptos permitiera dotar de mayores argumentos jurídicos para superar las críticas en torno a la consideración de los mismos como Derecho Penal de autor, lo cierto es que este mismo elemento, en el sentido manifestado, parece alejar a estos preceptos de su consideración como “delitos específicos de violencia de género”, incurriéndose en un incomprensible “familismo” (en palabras de Alda Facio) que, lejos de identificar “violencia de género” con “violencia doméstica”, invisibiliza el fenómeno de la violencia estructural sufrida por las mujeres en la sociedad del patriarcado, negándole la autonomía de tratamiento que precisa, y perdiendo la oportunidad de incorporar el tan necesario enfoque de género en el marco del Código Penal.

Ahora bien, a pesar de las dificultades para reflejar un enfoque integral de género, hay que concluir que las reformas operadas en materia penal, a raíz de la LO 1/2004, implicaron la visibilización de la problemática de la “violencia de género”, la emergencia de una cierta conciencia social sobre el problema de la misma, que hasta ese momento, había sido considerado como propio del ámbito privado, así como el germen del tan necesario “enfoque de género” en el marco del Derecho Penal.

B. La circunstancia agravante de “género” del artículo 22.4 CP. El camino hacia un Derecho Penal de género

a) Introducción

La actual agravante de género, prevista en el artículo 22.4 CP (“*son circunstancias agravantes cometer el delito por razones de género*”), trae causa, según se

61 En este sentido se pronuncia el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 217/2019, de 25 de abril del Tribunal Supremo.

62 Así lo explican también numerosos autores fuera de nuestras fronteras. En este sentido, el fundamento de la aprobación de la VAWA en EEUU reside en la finalidad de erradicar las conductas de maltrato de la mujer, que son manifestación directa de la desigualdad sufrida por las mujeres respecto a los hombres. Así se pronuncia, STARK, “Mandatory arrest of batterers”, p. 117.

63 Para una profundización en esta cuestión, véase, PÉREZ MACHÍO, “La perspectiva de género en el Código Penal”, pp. 337 y ss.

64 Así lo recoge, CAMARERO BENITO, “Ley Orgánica 1/2004”, p. 20. En contra FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004”, p. 1441 y MARTÍNEZ ASTEINZA, “La tutela penal en la Ley contra la violencia de género”, p. 3, que califica este precepto como un tipo especial que sólo puede cometerse por el hombre contra la mujer.

65 RUIZ MIGUEL, “La ley contra la violencia de género”, p. 45.

66 Según FERRANTE, “Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004”, p. 2, la expresión “persona especialmente vulnerable” se refiere precisamente a las aludidas respecto al artículo 180.3 CP. Sorprende, en este sentido, que no se haya apreciado que los ancianos y menores, descendientes y ascendientes ya estaban totalmente tutelados en todas las modificaciones introducidas con la LO 1/2004.

dispuso en el Preámbulo de la LO 1/2015, en las disposiciones del Convenio de Estambul.

Siguiendo el Preámbulo de la LO 1/2015, parte de la jurisprudencia considera expresamente que la nueva agravante se sustenta en el Convenio de Estambul⁶⁷, dado que dicho Convenio establece, en su artículo 12, entre las obligaciones de los Estados, las de adoptar “*las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de la mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres*”.

Sin embargo, ni del contenido del Preámbulo de la LO 1/2015 puede derivarse tal conclusión, ni la misma se puede sustentar en las disposiciones del Convenio de Estambul⁶⁸. En efecto, del tenor literal del Preámbulo de la LO 1/2015, sólo puede concluirse que la delimitación de la “discriminación por razones de género” (en el sentido explicitado en el artículo 22.4 CP) ha de entenderse desde la perspectiva de interpretar la misma, en cuanto motivo que se sustenta en un contexto patriarcal, favorecedor de violencias estructurales, cometidas en el marco de relaciones de poder asimétricas entre hombres y mujeres.

Nada dice el legislador del 2015 acerca de la existencia de obligación internacional alguna, derivada de las disposiciones del Convenio de Estambul que inste a los Estados en general y, al Estado español, en particular, a la incorporación de circunstancias agravantes genéricas que acojan el mayor desvalor existente en estos casos, sustentado sobre la concurrencia de motivos discriminatorios basados en el género. De hecho,

del contenido del artículo 46 del Convenio de Estambul que selecciona y define los factores agravantes de los comportamientos identificados como ilícitos, se omitió los relativos al “género”, no llegando a adquirir tal consideración, ni las relaciones de dominación y control ejercidas por maltratadores masculinos sobre sus parejas, ni la asimetría estructural de poder que caracteriza a las relaciones de género en la sociedad, entre otros supuestos⁶⁹.

Ahora bien, aunque el origen de la presente agravante no parezca sustentarse directamente en el Convenio de Estambul, lo cierto es que podemos concluir que indirectamente dicho instrumento internacional invita a los Estados a incorporar la perspectiva de género, contemplando no sólo la tipificación expresa de determinadas conductas que el Convenio identifica directamente con modalidades de “violencia de género”, sino también recurriendo a todo tipo de medidas legislativas que permiten criminalizar la totalidad de prácticas que pueden adquirir tal condición, superando su posible confusión con la violencia de doméstica.

b) Ámbito de aplicación objetivo de la agravante

Como muy acertadamente recoge una buena parte de la doctrina, la presente circunstancia agravante viene a corregir la estrechez con la que se había conceptualizado la tipología de delitos caracterizados como infracciones de “violencia de género”, y que de acuerdo con el concepto y las tipificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, se reducen a la cometida por quienes estén o hayan estado ligados a la mujer por una relación de pareja, superándose, así la incoherencia que suponía no contemplar una regulación semejante en re-

67 Así lo manifiesta la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sus siguientes pronunciamientos: STS 565/2018 de 19 de noviembre, Fundamento Jurídico 7º; STS 707/2018, de 15 de enero de 2019, Fundamento Jurídico 6.3; STS 99/2019, 26 de febrero, Fundamento Jurídico 3º; y STS 351/2019, de 9 de julio, Fundamento Jurídico 3º, entre otras.

68 En este mismo sentido, ASÚA BATARRITA, “Ni impunidad, ni punitivismo”, p. 163.

69 *Téngase en cuenta el tenor literal del artículo 46 mencionado que indica lo siguiente: Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:*

a) *Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad;*

b) *Que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada;*

c) *Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;*

d) *Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;*

e) *Que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;*

f) *Que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;*

g) *Que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma;*

h) *Que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima;*

i) *Que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza”*

lación, por ejemplo, a los delitos contra la vida⁷⁰. En efecto, continúan, la agravante genérica por razones de género permite apreciar y desvalorar cómo el componente de discriminación sexista está presente en otros tipos delictivos, cuando son cometidos por un hombre sobre una mujer⁷¹, sin que sea necesario que las mismas se produzcan en un contexto de relación afectivo sexual⁷². Con ello, se va consolidando un enfoque de género acorde con la realidad de la violencia de género que, lejos de limitarse a los supuestos cometidos en el ámbito de parejas o ex-parejas, acoge otros contextos en los que la comisión de delitos contra mujeres se fundamenta en la desigualdad, la discriminación y la subordinación que se genera en el marco de relaciones asimétricas de poder.

Frente a esta interpretación, Marín de Espinosa Ceballos apunta que la agravante de discriminación por motivos de género tiene una aplicación limitada. Los supuestos que tienen acogida en la mencionada agravante, en opinión de esta autora, se restringen a los casos en los que la víctima mantiene o ha mantenido una relación sentimental con el agresor, en coherencia con el concepto “erróneo” de violencia de género recogido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género⁷³. Ahora bien, contrariamente a este planteamiento, lo cierto es que no existen fundamentos jurídicos que permitan sustentar dicha interpretación.

En primer lugar, tal y como se desprende del Preámbulo de la LO 1/2015 el fundamento jurídico de la agravante de discriminación por “razones de género”, lejos de ubicarse en el ámbito de la LO 1/2004, reside en las disposiciones contenidas en el Convenio de Estambul. En efecto, la LO 1/2004, nada dispuso sobre la reforma de la agravante de discriminación del artículo 22.4 CP, ni directamente, contemplando una reforma de la misma en el marco de sus disposiciones (como sí lo hizo con algunos tipos penales), ni indirectamente, cuando alude al concepto extensivo de “violencia de género” en su artículo 1.3.

En este mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia, cuando advierte que “la incorporación de la presente agravante de discriminación por razones de género trae causa en las disposiciones del Convenio de Estambul e implica la incorporación en el marco del Ordenamiento jurídico-penal del concepto de “género” incorporado por parte de dicho instrumento internacional, que concebido como “los papeles comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombre, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Así, se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex-pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación por el hecho de serlo, debiendo producirse, en aplicación del Convenio de Estambul, una amplitud del término para extenderlo fuera de dicho ámbito”⁷⁴.

Desde esta perspectiva, se ha extendido esta agravación a los casos ajenos a ese vínculo de pareja o ex-pareja y, en consecuencia, se amplía a la dominación puntual y coyuntural del acto concreto, lo que permite apreciar esta agravante en delitos aislados cuando se evidencia por el hecho mismo, el contexto de subordinación o subyugación del hombre sobre la mujer⁷⁵, frente a cualquier ataque a la misma, con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer⁷⁶.

En segundo lugar, siguiendo con el concepto de “violencia de género” previsto en el ya mencionado artículo 1.3 LO 1/2004, este abarca una serie de tipologías de violencia (violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad) que se extienden más allá de los denominados delitos específicos de violencia de género (148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP), pero que deben distinguirse de la “discriminación por razones de género” que se contempla en la agravante del artículo 22.4 CP. En efecto, la “violencia de

70 Véanse, entre otras, ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 101; MAQUEDA ABREU, “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo/género del artículo 22.4 CP?”, p. 713.

71 Véanse, en este sentido, TORRES FERNÁNDEZ, “Notas sobre Derecho Penal sexual y perspectiva de género”, p. 1914.

72 Como destaca FARALDO CABANA, “Odio discriminatorio y discriminación por razón de género”, p. 34, por esta vía se confirma, por tanto, la superación del concepto restrictivo de violencia de género que se recoge en la LO 1/2004, doblemente limitado por referirse sólo a unos pocos delitos y aplicarse sólo en el contexto de las relaciones de pareja, para pasar a agravar todos aquellos delitos relacionados con la violencia contra las mujeres por razón de género en el sentido del Convenio de Estambul.

73 Así, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, p. 413.

74 Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 452/2019, de 8 de octubre, del Tribunal Supremo. En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 114/2021, de 11 de febrero, Fundamento Jurídico 4º.

75 Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 351/2019, de 9 de julio; Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 452/2019, de 8 de octubre; Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia 565/2018, de 19 noviembre, todas ellas del Tribunal Supremo.

76 Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 136/2020, de 8 mayo; Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 571/2020, de 3 noviembre; Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 59/2021, de 27 enero; todas ellas del Tribunal Supremo

género” de la LO 1/2004 se identifica con modalidades delictivas que acogen violencias estructurales de distinta naturaleza, que han de acometerse en un contexto relacional muy específico, dicho de otro modo, en el de las relaciones de afectividad asimétricas de poder que, objetivamente, generan subordinación y desigualdad. Junto a ello, la “discriminación por razones de género” del artículo 22.4 se refiere, a la discriminación debida a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, art. 3 c), esto es, al contexto de dominación que genera discriminación, esto es, el de las relaciones de poder asimétricas que sufrimos las mujeres en la sociedad del patriarcado, con ocasión del reparto de roles de género, o al patrón conductual machista⁷⁷, sin que dicho contexto tenga que limitarse, necesariamente, al ámbito de las relaciones de pareja o ex- pareja.

Por lo tanto, no existe fundamento jurídico alguno que obligue a restringir el ámbito de aplicación objetivo de la agravante de discriminación por razones de género al entorno afectivo recogido en la LO 1/2004. Ni existen limitaciones derivadas del principio de legalidad, ni parece coherente el recurso a una interpretación sistémica con la extensión que de la “violencia de género” se deduce de la LO 1/2004.

En este sentido, como destaca Alonso Álamo en este momento el Derecho Penal de género transita hacia un modelo amplio, no restringido situaciones de previa relación entre autor y víctima. En efecto, en la línea de la corriente expansiva de las razones de género acogida en el Convenio de Estambul expresada en la fórmula “mujer porque es mujer”, continúa esta autora, esta circunstancia agravante se refiere, sin más, a las razones de género, independientemente, por tanto, de la existencia actual o en el pasado de una relación conyugal o de afectividad. No sólo no se requiere esa relación, sino que además su ámbito de aplicación se extiende, como es propio de las circunstancias generales y comunes previstas en el Libro I del Código Penal a cualquier delito, salvo incompatibilidad, incluidos aquellos que, como las lesiones, violencias habituales, coacciones y amenazas, tienen regulaciones específicas de género referidas a las relaciones conyugales o de afectividad, en el bien entendido de que la agravante general, sólo

es aplicable si no lo es el tipo específico al que no cabría adherir la agravante general, sin vulnerar el principio *non bis in idem*⁷⁸.

c) *Fundamento jurídico de la agravante de género: la consolidación del Derecho Penal de género*

Por lo que respecta al fundamento de la agravante de género, como destaca Alonso Álamo, hay que buscarlo en el ataque a la igualdad real, esto es, al interés a que el igual sea tratado como igual, referido a medidas que favorezcan la igualdad, tratando al desigual como desigual. Así el interés a ser tratado como igual referido no a la igualdad como valor superior del Ordenamiento jurídico, ni al principio de igualdad cuya realización corresponde promover a los Poderes Públicos, sino al derecho fundamental del que surge una pretensión de respeto, sí es susceptible de ser protegido penalmente en situaciones de desigualdad estructural y de dominación, si quiera sea a efectos de incrementar el desvalor del injusto de unos delitos configurados y que atenten de manera inmediata contra otro bien jurídico⁷⁹.

Así, la circunstancia agravante general responde al ataque adicional al interés a ser tratado como igual, en la medida en que se produce un incremento del contenido del injusto, en atención al mayor desvalor de resultado, pero respetando, igualmente, las exigencias del principio de proporcionalidad y culpabilidad.

Esta interpretación permite superar las críticas relacionadas con la idea de la emergencia de un Derecho Penal Paternalista basado en la mayor debilidad de la mujer o en presunciones de peligrosidad asociadas al autor-hombre, sino en el ataque al interés a ser tratado como igual. Desde esta perspectiva, la presencia de la presente agravante de género no sólo no perpetúa las relaciones de poder existentes, sino que es una circunstancia más que el Derecho Penal tiene en cuenta, fundada en el mayor desvalor de resultado, sin que implique medio o instrumento definitivo para la solución de los problemas estructurales de dominación y desigualdad existentes en la sociedad, ni coartada para no abordar acciones más profundas y transversales orientadas a erradicar la desigualdad⁸⁰.

En el marco de la expresión “razones de género”, el término “género” es un elemento normativo que precisa de una concreción sobre la base de determinadas

77 Así se pronuncia FARALDO CABANA, “Odio discriminatorio y discriminación por razón de género”, p. 33, cuando indica que la “inclusión al género debe entenderse dentro del art. 22.4 CP como una alusión a una modalidad de discriminación hacia las mujeres que hunde sus raíces en razones culturales o sociales, que causan o pueden causar daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, dentro de las cuales se incluyen de forma expresa las coacciones, y la privación de libertad de las mujeres, ya se produzcan todas estas conductas en la vida pública.

78 En este sentido, ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 102.

79 ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 108.

80 ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 110.

pautas socioculturales. La fórmula propuesta contribuye a objetivar dichas pautas, dejando fuera elementos subjetivos tendenciales, emocionales o motivacionales específicos, no requiriéndose más elemento subjetivo que el correspondiente al dolo del tipo objeto de aplicación, así como el correspondiente al conocimiento de los elementos conformadores de la agravante⁸¹. De esa forma, el autor debe representarse y saber que ejerce un poder o dominio sobre la víctima y que la somete y trata como si no fuera su igual⁸².

En efecto, desde el punto de vista normativo, la existencia de las “razones de género” no debe configurarse como un elemento subjetivo, puesto que no se corresponde con un determinado propósito o finalidad del autor material de los hechos. Con la comisión de un determinado “tipo de violencia sobre la mujer por razones de género”, el sujeto activo no persigue la subordinación o discriminación de la víctima, más bien dichas circunstancias constituyen el motivo principal del hecho cometido, en el que la finalidad del autor parece aproximarse más hacia la degradación y humillación de la víctima que se encuentra sometida a los dictados del mismo.

Si bien es cierto que, inicialmente la jurisprudencia vino requiriendo, para la aplicación de la agravante, la concurrencia del elemento subjetivo o intencional de haber actuado por motivos de género, esto es, el “*ánimo discriminatorio, reflejado en la posición de control que el autor ejercía sobre la víctima*”⁸³, “*la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior*”⁸⁴, “*la intencionalidad, entendida como una injerencia o juicio de valor que debe ser motivado; [...] un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan de suficiente relieve o incluso no tengan ninguno*”⁸⁵; “*un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima*

mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo”⁸⁶, la jurisprudencia más reciente omite dicha exigencia, permitiendo objetivar la concurrencia del contexto de dominación que fundamenta la aplicación de la agravante.

En efecto, como destacó el Tribunal Supremo en su sentencia 99/2019, de 26 de febrero, la cuestión que ha originado polémica y diversidad de criterios en la aplicación de esta agravante, así como de la totalidad de los delitos de violencia de género, reside en la determinación de si es necesario acreditar que concurre el mencionado elemento específico subjetivo. En la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo, analizando la necesidad de exigir el mencionado elemento subjetivo en relación al tipo del artículo 153.1 CP, apunta que “*dicha exigencia supone exacerbar la verdadera intención del legislador que, en ningún caso describe tal elemento del tipo del artículo 153.1 CP como elemento subjetivo del injusto. Y ello, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni cuando se trata de un acometimiento mutuo por más que concurra el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apartado 1º del artículo 153.1 CP*”.

La agravación genérica del artículo 22.4 CP, continúa el Tribunal Supremo, “*ubica el concepto género en el ámbito de lo cultural o social como diferente de la mera referencia al sexo que restaría como dato biológico. Y más concretamente, enfatiza la relación de esa perspectiva con la idea de discriminación. La exigencia constitucional insita en el derecho a la igualdad no se acantona en lo meramente formal o, como se ha dicho, limitada a la relación del individuo con el Estado, sino que también remite a las relaciones entre individuos dentro del ámbito social*”. “*[...] La interpretación de la previsión legal de la agravante de discriminación por motivos de género, concluye el Tribunal Supremo, ha de enmarcarse en un objetivo-corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del paren-*

81 En este sentido, FARALDO CABANA, “Odio discriminatorio y discriminación por razón de género”, p. 39. Contrariamente a este planteamiento MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La agravante genérica de discriminación por razones de género (artículo 22.4 CP)”, p. 423, destaca que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad de aquel o, lo que es lo mismo, debe quedar acreditado que el autor no sólo quiso lesionar a su compañera sentimental, sino también que cometió el delito de lesiones por razones de género o que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.

82 Muy acertadamente ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 121.

83 Así se deduce del Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia 565/2018, de 19 de noviembre del Tribunal Supremo.

84 En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 6º de su Sentencia 584/2018, de 23 de noviembre.

85 Véase el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 719/2018, de 18 de diciembre de la Audiencia Provincial de Valencia.

86 Así el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 38/2019, de 18 febrero del Juzgado de lo Penal de Valladolid. En idéntico sentido, el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 223/2019, de 29 de abril; el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 351/2019, de 9 de julio; el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 136/2020, de 8 de mayo; Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 114/2021, de 11 de febrero, todas ellas del Tribunal Supremo.

tesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer, relacionada socialmente con el autor del delito. [...] Así, si la exclusión de un añadido elemento subjetivo de ánimo dominador, como propósito determinante del comportamiento delictivo respecto del que se pretende aplicar la específica agravante, no impide sancionar más gravemente un resultado de menor entidad, conduciéndolo a otro tipo penal más gravoso, sería incoherente reclamar tal componente subjetivo en el actuar injusto para simplemente agravar la pena pero sin salir de la prevista para el tipo penal en el que se discute la aplicación de la agravante como genérica”. Por ello, finaliza el Supremo, “para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate”⁸⁷.

Con todo, la concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento que, en el caso de la dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y a las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas.

Por lo tanto, como destaca la jurisprudencia más reciente, “la agravante de género no requiere un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer, pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto (art. 22.4 CP), sino a todos aquellos a los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir

desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado dé cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad”⁸⁸.

Circunstancias de toda índole, como indica la jurisprudencia, van a permitir que se revele el contexto objetivo de dominio machista. Así se destacan, entre otras: la especial vinculación entre agresor y víctima; expresiones proferidas en el supuesto de hecho; el carácter especialmente denigratorio de las prácticas desarrolladas; o el simbolismo de determinados actos, entre otros⁸⁹.

En última instancia, contra lo que pudiera pensarse, a la vista de la redacción dada a la totalidad del artículo 22.4 (“Son circunstancias agravantes: 4º. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”) y, en coherencia con lo mencionado anteriormente sobre la interpretación sistémica de los tipos específicos de violencia género, el recurso a la misma no requiere de la concurrencia de elemento subjetivo de discriminación alguno. Cuando se habla de “razones de género” se pone el acento en el último momento del proceso evolutivo-valorativo en el que el peso de los factores externos puede ser mayor. Como destaca Alonso Álamo las razones pueden objetivarse con arreglo a criterios externos y sustraerse al mecanismo del proceso de motivación individual. Dicho en otros términos, continúa la autora, por “razones de género” cabe entender las razones que objetivamente impliquen trato desigual y de dominio sobre la mujer, bastando con que el sujeto conozca la situación fáctica, bastando, cabría añadir con el dolo y con el conocimiento de que la conducta es objetivamente de sometimiento, ejercicio de poder, dominio y trato desigual, sin necesidad de entrar a considerar el proceso de motivación del autor, ni los estímulos que lo desencadenan.

87 Véase el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 99/2019, de 26 de febrero del Tribunal Supremo. En idéntico sentido, el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 452/2019, de 8 octubre del Tribunal Supremo.

88 Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia 571/2020, de 3 de noviembre del Tribunal Supremo. En idéntico sentido, Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 59/2021, de 27 de enero; el Fundamento Jurídico 6º de la Sentencia 300/2021, de 8 de abril; Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia 509/2021, de 10 junio; Fundamento Jurídico 4º de la Sentencia 687/2021, de 15 de septiembre, todas del Tribunal Supremo.

89 Véase, en este sentido, el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 999/2021, de 16 de diciembre del Tribunal Supremo.

denan⁹⁰, sería suficiente con el verificación del sustrato objetivo de discriminación⁹¹.

IV. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: UNA MIRADA NECESARIA

El Derecho Penal de género siempre ha sido mirado con recelo, como manifestación de un engañoso derecho penal simbólico al que recurre el Estado, amenazando con penas desproporcionadas la realización de determinadas conductas del hombre sobre la mujer en relaciones de pareja. Se critica que la introducción de tipos penales de género hace surgir la apariencia de eficacia rápida en la erradicación de tales comportamientos y que emite a la colectividad la imagen falsa de que se hace algo por remover la desigualdad real, siendo, en rigor, un recurso del que se serviría el Estado para no adoptar medidas más costosas.

Desde un posicionamiento crítico, se cuestiona la consolidación del enfoque de género en el marco del Código Penal, destacando que el mismo aboca a un Derecho Penal de autor y a un Derecho Penal paternalista. Así, la conceptualización de la “violencia de género”, a partir de la LO 1/2004, sobre la base de la existencia de una relación afectivo-sexual entre el sujeto activo hombre y la víctima mujer, nos sitúa en una visión reduccionista o “familista” de la misma (al identificarla, exclusivamente con los supuestos de violencia doméstica), generando unos tipos penales que, aparentemente, se deslizan peligrosamente hacia un Derecho Penal de autor, con un enfoque paternalista que perpetúa la imagen de la mujer como sexo débil y necesitado de una especial protección y que, parecen contribuir a perpetuar la desigualdad sobre la base del poderoso discurso de la victimización⁹².

Sin embargo, el enfoque de género que hemos analizado a lo largo del presente trabajo, permitiendo, inicialmente, la visibilización e identificación de la “violencia de género”, en cuanto fenómeno que precisa de una intervención punitiva del Estado (aunque no sólo), sobre la base del respeto a los principios y límites del mismo, para, a continuación, acometer la configuración de tipos penales que acogen una mayor injusto penal, sustentado sobre, por un lado, la lesión al bien jurídico específico, y por otro, la afeción a la igualdad de la víctima, al generar una situación de subordinación, discriminación, o desigualdad objetiva, propia de las relaciones asimétricas de poder, en contextos de relaciones de afectividad (o ex-parejas), convierte, a partir

del 2004, al Ordenamiento Jurídico español en un referente en la lucha contra este fenómeno.

Las críticas vertidas en relación a la excesiva limitación de los supuestos de “violencia de género” al ámbito doméstico, no pareciendo abordar el Derecho Penal otras modalidades delictivas de “violencia de género”, acometidas al margen del ámbito de parejas o ex-parejas, implica, efectivamente, un tratamiento restrictivo de la misma, si de erradicar la totalidad de la “violencia de género” se trata, no pudiendo, sin embargo, negar los esfuerzos que el/la legislador/a española llevó a cabo a partir del 2004 por incorporar al Derecho Penal el tan necesario enfoque de género.

Ahora bien, lejos de poder imputar al Derecho Penal español, un abordaje ciego al género, lo cierto es que dicha perspectiva parece consolidarse con la reforma operada a partir de la LO 1/2015 que, entre sus novedades, destaca la incorporación de la agravante de discriminación por motivos de género del artículo 22.4 CP.

Así, tanto las figuras delictivas específicas de género, como la circunstancia agravante general responden al mismo fundamento material, esto es, el ataque adicional al interés a ser tratado como igual, incrementando el contenido de injusto, en atención al mayor desvalor de resultado, respetando, igualmente, las exigencias del principio de proporcionalidad y culpabilidad.

La dispersión de los tipos penales por diferentes zonas del Código Penal que se orientan a proteger diferentes bienes jurídicos, su mayor o menor amplitud según se circunscriba o no a relaciones de pareja entre autor y víctima, el riesgo de que se acojan criterios no coincidentes, cuando se dispersa la regulación por ámbitos diversos, así como el peligro de olvido o la inexplicable ausencia de regulación en algún ámbito, dando lugar a falta de coherencia interna en el sistema penal, todo ello unido a las consideraciones que advierten el peligro de que el derecho penal de género contribuya a perpetuar la desigualdad, al convertirse en una mera manifestación del paternalismo penal hacia las mujeres, aboga en favor del recurso a la circunstancia genérica del artículo 22.4 CP, sustentada sobre el mayor desvalor de resultado, en atención a que, junto a la lesión al concreto bien jurídico propiamente tutelado en el específico tipo penal, se añade el ataque a la igualdad, en el sentido manifestado a lo largo del presente trabajo.

Con todo ello, bien sea a través de delitos específicos de “violencia de género”, bien a través del recurso a la circunstancia agravante de género en el marco del Derecho Penal (acompañado de medidas extrapena-

90 ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 112.

91 Contra este planteamiento y sobre la base de la necesidad de que concurra un elemento motivacional o tendencial o de naturaleza subjetiva, vinculado a la motivación del autor, véanse SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado*, p. 95.

92 En este sentido, SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado*, P. 97.

les dirigidas a remover los obstáculos existentes para el logro de una igualdad real), el interés a ser tratado como igual, en cuanto Derecho Fundamental del que surge una pretensión de respeto, es susceptible de ser protegido penalmente en situaciones de desigualdad estructural y de dominación, a través de un Derecho Penal de género que, como muy acertadamente destaca Alonso Álamo, se sitúe dentro de los límites del Estado de Derecho en el marco de un Derecho Penal mínimo, orientado a la protección de bienes jurídicos fundamentales⁹³.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género”, en *Política Criminal y reformas penales*, dirigido por Faraldo Cabana y coordinado por Puente Aba y Ramos Vázquez. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 35 a 76.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “El delito de feminicidio. Razones de género y técnica legislativa”, en *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, dirigido por Monge Fernández y coordinado por Parrilla Vergara. Edit. Bosch. Madrid, 2019, pp. 91 a 129.
- ASÚA BATARRITA, Adela, “Ni impunidad, ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal”, en *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*. Edit. UPV/EHU, Bilbo, 2021, pp. 155 a 184.
- BODELÓN, Encarna, “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la tradición jurídica del feminismo”, en *Género, Violencia y Derecho*, coordinado por Laurenzo, Maqueda y Rubio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 275 a 300.
- CAMARERO BENITO, Susana, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 2005, pp. 13 a 24.
- COBO, Rosa, “El género en las ciencias sociales”, en *Género, violencia y derecho*, coordinado por Laurenzo, Maqueda y Rubio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 49 a 60.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la mujer. Accesible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>
- CORTÉS BECHIARELLI, Emilio, “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación”, en *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, coordinados por Octavio de Toledo y Ubieto, Gurdíel Sierra y Cortés Bechiarelli. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pp. 241 a 274.
- FACIO, Alda “Accés a la justícia, dret i familisme”, en *Construint els drets de les dones: dels conceptes a les polítiques públiques*. Edit. Diputació de Barcelona. Serie Igualtat i Ciutadania. Barcelona, 2007, pp. 185 a 204.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Odio discriminatorio y discriminación por razón de género: ¿Mundos opuestos o caras de la misma moneda?”, en *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, dirigido por Fernández Teruelo, García Amezcua y Fernández-Rivera González. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2022, pp. 29 a 46.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Ricardo, “Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, pp. 1440 a 1447.
- FERRANTE, Alfredo, “Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *AJA*, núm. 679, 2005, pp. 1 a 6.
- JERICÓ OJER, Leticia, “Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho Penal”, en *Mujer y Derecho Penal. ¿Necesidad de reforma desde una perspectiva de género?*, dirigido por Monge Fernández y coordinado por Parrilla Vergara. Edit. Bosch. Madrid, 2019, pp. 285 a 338.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*. Edit. Trotta. Madrid, 2007.

93 Muy acertadamente, ALONSO ÁLAMO, “El delito de feminicidio”, p. 107.

- *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Edit. IB de F., Buenos Aires, 2008.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, en *JD*, núm. 54, 2005, pp. 20 a 31.
- “La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en *Género, violencia y derecho*, coordinado por Laurenzo, Maqueda y Rubio. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 329 a 362.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Antonio/ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso/GONZÁLEZ DE HEREDIA, María Reyes, “Reflexiones multidisciplinares acerca de la violencia de género y doméstica”, en *La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 1006, pp. 1292 a 1303.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de violencia sobre la mujer”, en *Tutela penal y judicial frente a la violencia de género*. Edit. Colex, Madrid, 2006, pp. 11 a 62.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, pp. 1 a 13.
- “¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes sexo/género del artículo 22.4 CP?”, en *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, coordinado por Silva Sánchez, Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo, Castiñeira Palou. Edit. BdF. Buenos Aires, 2017, pp. 703 a 714.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena, “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al prof. Gonzalo Quintero Olivares*, coordinado por Morales Prats, Tamarit Sumalla y García Albero. Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2018, pp. 409 a 424.
- MARTÍNEZ ASTEINZA, Oscar, “La tutela penal en la Ley contra la violencia de género”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 669, 2005, pp. 1 a 5.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 CP”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 3, 2005.
- MERINO SANCHO, Víctor, “La (a)simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXV, 2019, pp. 93 a 126.
- MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, en *CDJ*, vol. XXII, 2005, pp. 25 a 97.
- PÉREZ MACHÍO, Ana I., “La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal”, en *Revista de Estudios penales y criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 317 a 355.
- QUERALT I JIMÉNEZ, Joan, “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 22, 2005, pp. 141 a 180.
- RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, en *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, dirigido por Puente Aba y coordinado por Ramos Vázquez y Souto García. Edit. Comares, Granada, 2020, pp. 19 a 60.
- ROIG TORRES, Margarita, “La delimitación de la violencia de género. Un concepto espinoso”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, pp. 247 a 312.
- RUÍZ MIGUEL, Alfonso, “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *JD*, núm. 55, 2006, pp. 35 a 47.
- SANZ MULAS, Nieves, *Violencia de género y Pacto de Estado. La huída hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2019.
- STARK, Evan, “Mandatory arrest for batterers. A reply to its critics”, en *Domestic Violence. From a private matter to a Federal offense. Vol. II. The Crimes of Domestic Violence*, edited by Barnes. Edit. Garland. New York, 1998, pp. 113 a 142.
- TORIBIO DEL RÍO, Alfonso, “La violencia de género en España: apuntes para la erradicación”, en *Femris*, vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 162 a 185.
- TORRES FERNÁNDEZ, Elena, “Capítulo CLII. Notas sobre Derecho Penal sexual y perspectiva de género”, en *Libro homenaje a l profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, dirigido por De Vicente Remesal, Díaz y García Conlledo, Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas y Lombana Villalba. Edit. Reus. Madrid, 2020, pp. 1909 a 1920.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato *.txt) a la dirección: jcferreolive@gmail.com
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

 96 369 41 51

 www.tirantonline.com