



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 6, n.º 9, julio-diciembre, 2024, 161-197

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v6i9.1043>

¿Puede el género constituir una circunstancia modificativa en el derecho penal? Algunas reflexiones en torno a la práctica jurídica en el contexto español

Can Gender Constitute a Modifying Circumstance in Criminal Law?
Some Reflections on Legal Practice in the Spanish Context

O género pode constituir uma circunstância modificadora no direito
penal? Algumas reflexões sobre a prática jurídica no contexto
espanhol

SANDRA LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ

Universidad Rey Juan Carlos

(Madrid, España)

Contacto: sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es

<https://orcid.org/0000-0002-5833-4375>

RESUMEN

En el presente estudio se analiza si el género constituye una circunstancia modificativa en el derecho penal. Para ello, se toma como ejemplo el caso español, donde se ha evidenciado en las últimas décadas un cambio en la política criminal del Estado en favor de un derecho penal con perspectiva de género, específicamente en la violencia de género. En el artículo se concluye que el término de «violencia de género» resulta

adecuado por cuanto responde a la esencia de este fenómeno, cuyas particularidades han propiciado un gran impulso a su regulación en el ordenamiento jurídico español y en el contexto internacional. Con una política criminal de intolerancia ante las manifestaciones de este tipo de violencia se ha promovido una legislación con perspectiva de género que ha entendido adecuada la inclusión de una circunstancia modificativa agravante si los hechos delictivos se cometen de manera discriminatoria en relación con el género. De ahí que, del análisis sobre el fundamento de la agravante y las reflexiones sobre esta modificación, se valore positivamente su existencia. Sin embargo, el recurso al código penal no es nunca una solución por sí sola, máxime si el problema tiene una base social que debe ser abordada con políticas públicas integrales para atacar la raíz del problema social de la violencia de género.

Palabras clave: perspectiva de género; derecho penal; discriminación y violencia de género; política criminal; agravante.

Términos de indización: igualdad de género; derecho penal discriminación; violencia de género; prevención del crimen; procedimiento legal (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

This study analyzes whether gender constitutes a modifying circumstance in criminal law. For this purpose, it takes as an example the Spanish case, where in recent decades there has been a change in the criminal policy of the State in favor of a criminal law with a gender perspective, specifically in gender-based violence. The article concludes that the term «gender violence» is appropriate because it responds to the essence of this phenomenon, whose particularities have led to a great impulse to its regulation in the Spanish legal system and in the international context. With a criminal policy of intolerance towards the manifestations of this type of violence, legislation with a gender

perspective has been promoted, which has considered appropriate the inclusion of an aggravating modifying circumstance if the criminal acts are committed in a discriminatory manner in relation to gender. Hence, from the analysis of the basis of the aggravating circumstance and the reflections on this modification, its existence is positively valued. However, recourse to the criminal code is never a solution on its own, especially if the problem has a social basis that must be addressed with comprehensive public policies to attack the root of the social problem of gender violence.

Key words: gender perspective; criminal law; discrimination and gender-based violence; criminal policy; aggravating factor.

Indexing terms: gender equality; criminal law; discrimination; gender-based violence; crime prevention (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

Este estudo analisa se o gênero constitui uma circunstância modificadora no direito penal. Para isso, toma como exemplo o caso espanhol, onde nas últimas décadas houve uma mudança na política criminal do Estado em favor de um direito penal com perspectiva de gênero, especificamente na violência de gênero. O artigo conclui que o termo «violência de gênero» é apropriado porque responde à essência desse fenômeno, cujas particularidades levaram a um grande impulso para sua regulamentação no sistema jurídico espanhol e no contexto internacional. Com uma política criminal de intolerância em relação às manifestações desse tipo de violência, foi promovida uma legislação com perspectiva de gênero, que considerou adequada a inclusão de uma circunstância modificadora agravante se os atos criminosos forem cometidos de forma discriminatória em relação ao gênero. Portanto, a partir da análise da base da circunstância agravante e das reflexões

sobre essa modificação, sua existência é valorizada positivamente. Entretanto, o recurso ao código penal nunca é uma solução por si só, especialmente se o problema tiver uma base social que deve ser abordada com políticas públicas abrangentes para atacar a raiz do problema social da violência de gênero.

Palavras-chave: perspectiva de gênero; direito penal; discriminação e violência baseada em gênero; política criminal; circunstância agravante; agravamento.

Termos de indexação: igualdade de gênero; direito penal; discriminação; violência baseada em gênero; prevenção de crimes; procedimentos legais (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 03/09/2024

Revisado: 06/09/2024

Aceptado: 11/12/2024

Publicado en línea: 28/12/2024

1. EL GÉNERO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR EN EL FENÓMENO DELICTIVO: LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Pese a que la concienciación actual sobre el fenómeno de la violencia de género como un problema público pudiera indicar que nos encontramos ante una cuestión novedosa de la sociedad actual, lo cierto es que esta violencia ha acompañado a toda la historia de la humanidad (De Miguel Álvarez, 2015, p. 45). Sin embargo, aunque las manifestaciones de esta violencia han sido numerosas y han estado presentes tradicionalmente en la vida de las mujeres, lo cierto es que se ha naturalizado hasta tal punto que no se ha atendido como un tipo de violencia real, al que hacer frente dada la grave vulneración de los derechos humanos más básicos de las mujeres que esta supone.

Muy al contrario, la demora en su atención ha protagonizado este ámbito, ya que no ha sido hasta una época muy reciente cuando la comunidad internacional, así como el derecho penal español, han reaccionado ante este fenómeno. Haciendo una mirada general al Derecho internacional se puede identificar un olvido patente, destacando un característico derecho internacional androcéntrico (Díez Peralta, 2011, p. 118) que obviaba cualquier atención —e incluso reconocimiento— sobre los derechos humanos de las mujeres y respaldaba, por tanto, las continuas vulneraciones de estos que eran sufridas por las mujeres, por el hecho de serlo.

Pese a la ausencia todavía hoy de un concepto asentado y unívoco, pues nos encontramos con multitud de términos que tienden a atender al mismo fenómeno —violencia de género, violencia contras las mujeres por razones de género, violencia machista, entre otros— lo cierto es que existe cierto consenso en cuanto a que nos encontramos ante un tipo de violencia donde el género adquiere un lugar protagonista. Así, el constructo social ha dotado de ciertos roles y estereotipos diferenciados a hombres y mujeres que se han traducido en diversos posicionamientos sociales, donde las mujeres han ocupado jerárquicamente los lugares inferiores. Con todo, se ha formado un sustrato cultural que promueve situaciones discriminatorias, basándose en el género y sustenta manifestaciones violentas de muy diversa tipología, desarrolladas en múltiples contextos —no solo en el ámbito de la pareja—.

Como se apuntaba, la terminología empleada en este fenómeno es numerosa y cada una tiene una connotación diversa. Si bien el término violencia de género sigue presentando críticas, lo cierto es que es el concepto que se ha asentado en el panorama legal español por cuanto ha permeado su uso internacional, en el ámbito nacional y también dado que se acude al término «género» para referirse a esta violencia, por cuanto es efectivamente el género el factor predominante de esta.

2. LA NECESIDAD DE INCORPORACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA

Una vez que se ha reparado en que el género constituye un factor fundamental de un tipo de violencia, única, que tradicionalmente se ha tolerado —cuando no respaldado— tanto por la comunidad internacional, como por el ámbito nacional español, resulta necesario valorar las herramientas preventivas y tratamentales para hacer frente a este fenómeno violento. Entre otras, el recurso legislativo es fundamental para identificar la vulneración de derechos observada y reprimir esta. Advirtiendo que es precisamente el género el que condiciona una mayor probabilidad de violencia y el que propicia unas particularidades propias de esta, no parece descabellado que la atención al fenómeno merezca una perspectiva de género que advierta las particularidades propias.

2.1. La influencia del Derecho Internacional

Antes de abordar el ámbito interno español, es conveniente atenerse al ámbito del Derecho Internacional, ya que su desarrollo normativo ha influido en la legislación española. Aunque es cierto, como se mencionaba, que se ha tendido a mantener una perspectiva androcéntrica, ajena a cualquier perspectiva de género, en las últimas décadas se ha experimentado un especial desarrollo en este ámbito. Pese a que abordar con detalle los numerosos instrumentos que afectan, de una u otra manera, al objeto de este texto, sería imposible, si conviene, hacer referencia a aquellos que se entienden más relevantes.

En primer lugar, se encuentra la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, a manos de Naciones Unidas, en 1979, dado que es el primer texto que reconoce la exclusión que tradicionalmente ha sido sufrida por la mujer. Así, se ha considerado un «referente principal» (Estévez Domínguez y Martín

García, 2018, p. 5) en materia de igualdad de género en el contexto internacional, constituyéndose como paso inicial en el camino de la protección de los derechos de las mujeres. No obstante, se ha criticado la ausencia de inclusión de la violencia como situación discriminatoria, cuestión que finalmente fue incluida en 1992, a raíz de la recomendación n.º 19 de la CEDAW. Igualmente, a través de su recomendación n.º 35 se complementó esta inclusión, profundizando en la responsabilidad que tienen los Estados parte en la prevención y represión de esta violencia, así como en la protección de las víctimas. Con ello, este texto, por vez primera, reconoce una tradicional discriminación de las mujeres que se traduce en una constante vulneración de derechos sufrida por estas, especialmente a través de manifestaciones violentas basándose en su género. Por tanto, se entiende aquí el inicio de la inclusión de «principios de género» (Engle, 2006, p. 72) que irían calando posteriormente en los siguientes textos.

Una vez que en 1979 se establece este punto inicial, se produce en la década de los 90 una proliferación de textos que abordan esta materia. Entre otros, destacan la Declaración y el programa de acción de Viena, así como la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, saliendo a la luz ambos textos en 1993. Con ellos, esta violencia en la que el género constituye un elemento definitorio se convierte en «categoría autónoma» (Orjuela Ruiz, 2012, p. 98), favoreciendo su comprensión a través de la identificación de sus múltiples manifestaciones, destacando especialmente la alusión a la violencia psicológica. Asimismo, gracias a estos textos, esta violencia se aleja de su comprensión «privada» para ocupar un espacio en las agendas políticas —en otras palabras, en el espacio público—, especialmente gracias al reconocimiento de posición activa de los Estados, que deben responsabilizarse en cuanto a la prevención de este fenómeno.

Pocos años más tarde, en 1995 y continuando con el camino avanzado en este campo, surgiría la Declaración y plataforma de acción de Beijing, siendo un texto que consolida los objetivos establecidos en la conferencia de las Naciones Unidas celebrada en esta misma ciudad. Este texto, considerado el primero en incluir una auténtica perspectiva de género en este contexto (Román Martín, 2016, p. 27) favorece la comprensión de esta violencia como única, valorando su mantenimiento a raíz de una socialización diferenciada entre hombres y mujeres que fortalecen escenarios de violencia basándose en el género. Con ello, es el primer texto de estas características que incluye el término «género» y lo aborda como elemento esencial de la violencia, advirtiendo la necesidad de un cambio estructural para una correcta prevención.

Con todo, la proliferación de estos textos ha posibilitado la consolidación en un documento que apuesta por una atención multidisciplinar; abordando las 4p (prevención, protección de las víctimas, persecución de los agresores y políticas coordinadas e integradas) y que constituye el primer escrito vinculante en esta materia. Este texto es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2011, que es conocido generalmente como Convenio de Estambul. El documento presenta un amplio articulado que atiende al origen de la violencia de género, advirtiendo las particularidades propias que hacen que nos encontremos ante un fenómeno único que debe ser abordado de forma específica. Todo el articulado presenta un elevado interés, por cuanto aborda el fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar, atendiendo las 4p apuntadas anteriormente.

Sin embargo, las definiciones aportadas en su art. 3 destacan especialmente, por cuanto potencia el asentamiento de la conceptualización, favoreciendo una adecuada comprensión de la violencia, especialmente entendida como una nefasta consecuencia de los

roles y estereotipos asignados a hombres y mujeres que promueven situaciones discriminatorias y jerárquicamente desiguales. Además, en vinculación con el objeto del texto que estamos desarrollando en este capítulo, se debe destacar el art. 46, donde se señalan cuestiones que los legisladores de los Estados parte deben tener en cuenta como circunstancias agravatorias en sus ordenamientos internos. En este sentido, el legislador español en la reforma planteada en el año 2015 con la inclusión de la agravante de discriminación por género atiende a este art. 46, justificando la incorporación para dar pie a las obligaciones emanadas del Convenio.

Sin posibilidad de mayor profundización, se debe señalar que con este instrumento se afianzan los impulsos internacionales en esta materia, a través de un texto vinculante que, además, permite apuntalar la conceptualización del fenómeno (Truchero Díaz y Arnaiz, 2012, p. 126), y promover una mirada interdisciplinar. Con ello, el empuje internacional promueve que penetre en el ámbito nacional la atención por la protección de los derechos de las mujeres, reconociendo que han sido objeto de constantes vulneraciones y, consecuentemente, siendo necesarias reformas legislativas que atiendan este fenómeno.

2.2. La etapa previa: ausencia de perspectiva de género y reticencia a la regulación específica

Realizada una aproximación general al contexto del Derecho Internacional, es momento de centrar la mirada en el ámbito legislativo español, el cual, si bien se ha nutrido de la evolución internacional, también ha destacado por regulaciones adelantadas a su tiempo.

En este ámbito, lo cierto es que puede realizarse una distinción, especialmente en dos fases. La primera, se destaca por la ausencia de regulación específica, donde la posibilidad de legislar lo que se entendía como «ámbito privado» se transformaba en acalorados debates, protagonizados especialmente por la doctrina más arcaica, muy

reticente a la regulación. En esta etapa, los mayores avances se encaminaron hacia la tipificación de la violencia en el ámbito doméstico, de forma neutral, lo cual convivía con una regulación que, en términos generales, respaldaba una desigualdad tan patente que, en ocasiones, hasta promovía cierta violencia en el seno de la pareja —siempre que esta la ejerciera el marido sobre su esposa—. Con ello, esta etapa inicial era conformada por la pasividad, a la par que la justificación. No obstante, conforme avanzaba el movimiento feminista, las reformas legislativas se fueron sucediendo y, tras el paso inicial en 1989, con la creación del delito de violencia habitual en el ámbito familiar, la comprensión sobre la importancia del fenómeno y la necesidad de regulación en este contexto iban asentándose en la sociedad española, consiguiendo que este tipo de violencia adquiriera «una dimensión pública en el Estado Español» (Maqueda Abreu, 2009, p. 25).

En este contexto, se desarrollaron significativas críticas de parte de la doctrina que señalaba la inclusión únicamente como respuesta a presiones sociales, constituyéndose como mero Derecho penal simbólico (entre otras, Núñez Castaño, 2002, p. 52). Sin embargo, el paso del tiempo permite reafirmar que esta modificación penal supuso una auténtica transformación social y legislativa que no admitiría un paso atrás. Sin posibilidad de una profundización en torno a toda la evolución penal en esta materia, es destacable que en la reforma de 1989 no solo se incluyó el delito señalado, sino que se introdujeron significativas reformas, como la de la modificación del bien jurídico «honestidad» por «libertad sexual» en el ámbito de la violencia sexual. Asimismo, tras el paso inicial ofrecido, no se hicieron esperar nuevas reformas, como la constituida por la entrada en vigor del nuevo código penal de 1995, el cual revisó el delito de maltrato habitual, incluyendo una regulación más adecuada de la mano del nuevo art. 153 CP (Marzabal Manresa, 2015, p. 34), el cual, pese al

encomiable esfuerzo de mejora en su regulación, siguió manteniendo importantes dificultades en su aplicación. Como se señalaba, las modificaciones penales se fueron encadenando y pocos años más tarde, en 1999, se produjeron nuevas revisiones. Entre otras, se revisó el concepto de habitualidad en el maltrato, por cuanto su interpretación generaba significativos problemas prácticos y se incluye por vez primera la tipificación expresa de la violencia psicológica (Díez Ripollés, Cerezo Domínguez y Benítez Jiménez, 2017, p. 23) a la vez que ampliaba los sujetos pasivos del delito.

Este «permanente goteo de reformas» (al que aluden negativamente Díaz-Maroto y Suárez González, 2004, p. 21) continuó, sin un tiempo prudencial de espera que permitiera una valoración sosegada, lo que se tradujo en nuevas modificaciones en el año 2003. Entre otras cuestiones, se realiza una modificación en el art. 23 CP, sobre la circunstancia mixta de parentesco, permitiendo una aplicación más amplia (Magariños Yáñez, 2007, p. 106). Asimismo, se modifican los art. 153 y 173 CP para incluir una mayor respuesta ante lesiones y/o maltrato de obra que fuera del contexto afectivo serían consideradas de menor entidad en el art. 153 CP y ubicar el maltrato habitual en el nuevo art. 173 CP, con lo que se recoge, a partir de esta reforma, bajo los delitos contra la integridad moral, como era requerido por parte de la doctrina.

Como se señalaba, pueden observarse dos fases en el ámbito de la política criminal española en cuanto a la regulación de la violencia, donde el género constituye un elemento fundamental. Así, en esta primera se valora la transición desde una ausencia de regulación en el ámbito privado, hacia una etapa de numerosas reformas que, pese a las posibles críticas, deben valorarse positivamente por constituir el paso inicial en la regulación del ámbito «privado». Sin embargo, esta transición se ha realizado desde una perspectiva neutral, ajena a cualquier perspectiva de género. No obstante, la segunda fase no

tardaría en llegar y es a partir del año 2004 cuando se advierte la inclusión de un derecho penal sensible al género.

2.3. El punto de inflexión a través de la LO 1/2004

Como se apuntaba, es en el año 2004 cuando la Política criminal desarrollada hasta el momento protagoniza un giro esencial, en pro de la inclusión de una necesaria perspectiva de género con la cual el legislador atendió una realidad obviada tradicionalmente, como es la imposibilidad de abordar desde una perspectiva neutral una violencia que afecta de manera desproporcionada a las mujeres.

Así, con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género se incorporó al Ordenamiento Jurídico una norma que se ocupaba de esta violencia de forma multidisciplinar, consiguiendo, además, un asentamiento del concepto «violencia de género» que impregnó en la sociedad española, fomentando una auténtica sensibilización sobre este fenómeno. Uno de los aspectos más destacables de la ley es la adecuada contextualización que ofrece su objeto, donde señala que «La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (...)\», enmarcando esta violencia como cúspide sustentada en un sustrato cultural que ofrece posiciones desiguales a hombres y mujeres basándose en el género, toleradas históricamente.

No obstante, la ley termina limitando el objeto a un contexto afectivo de pareja, dejando de lado cualquier tipo de manifestación de violencia que, pese a basarse en el género —entendiendo aquí como tal los diversos roles y estereotipos asociados a la mujer— se escape al ámbito de la pareja. Esta crítica, lejos de ser baladí, se traduce en numerosos problemas prácticos, como la desatención a otro tipo de víctimas de violencia de género que no se insertan en el marco de la pareja o la inadecuada comprensión de esta violencia, siendo todavía

confundida con la violencia doméstica (Queralt Jiménez, 2006). Pese a las diversas críticas que pueden establecerse sobre esta legislación, lo cierto es que supuso un hito para su tiempo, particularmente por la vocación transversal y multidisciplinar de su articulado. Así, en sus 5 títulos, más el título preliminar, contempla acciones de sensibilización, enumera amplios derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, crea instituciones estatales enfocadas en este ámbito, incorpora significativas reformas penales en la materia, así como crea juzgados específicos para este tipo de actos violentos. Sin embargo, aunque en su articulado también se aborden medidas educativas y atiendan cuestiones esenciales como la imagen de la mujer en la publicidad, entre otras disposiciones, lo cierto es que, en la práctica, el abordaje integral de esta violencia ha quedado relegado esencialmente a la atención penal y judicial.

En este contexto, fundamentalmente se han incorporado modificaciones en cuanto a los delitos de lesiones y malos tratos, así como amenazas o coacciones, no alejadas de las críticas por ser entendida, por parte de la doctrina, como una «regulación laberíntica» (Fuentes Osorio, 2013) sobre la cual se señalaban, incluso, posibles vulneraciones de principios esenciales del Derecho penal y de preceptos constitucionales, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a tener que pronunciarse al respecto. Con todo, se podría hacer una extensa reflexión en torno a los numerosos aspectos positivos de esta ley, así como de aquellas cuestiones que necesitan ser revisadas, pero ello supondría desviarnos del objeto de este texto. Por tanto, únicamente hay que destacar que gracias a la incorporación de esta ley en el ordenamiento jurídico español se potenció una consolidación del concepto de violencia de género, una sensibilización sobre el fenómeno y el impulso necesario para la creación de políticas públicas con perspectiva de género.

2.4. Posteriores reformas y futuro penal sensible al género

Como se apuntaba, el año 2004 marca un innegable punto de inflexión en la materia, a partir del cual se ha desarrollado una política criminal sensible al género, en pro de una adecuada comprensión del fenómeno de esta violencia, entendiéndola ya como un problema público.

Por ello, si bien de forma más sosegada que en anteriores ocasiones, se han llevado a cabo diversas reformas que afectan al ámbito de la violencia de género. Entre otras, son destacables las desarrolladas por la LO 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica el código penal; así como la creación del Pacto de Estado contra la violencia de género, además de las últimas reformas llevadas a cabo en materia de delitos contra la libertad sexual, como la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual —así como la reforma operada por la LO 4/2023, de 27 de abril—.

Si bien son numerosos los cambios que afectan al ámbito de la violencia de género, se puede destacar especialmente la tipificación del *stalking* (art. 172 ter CP) y de los matrimonios forzados (172 bis CP), llevada a cabo en 2015. Asimismo, las modificaciones producidas en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, con significativas y polémicas reformas dada la revisión de los tipos penales para su inclusión bajo el término de «agresión sexual» a todo hecho producido sin el consentimiento de la víctima, centrando el núcleo del delito en la ausencia del consentimiento y eliminando la tradicional distinción entre abuso y agresión sexual que permanecía en el código penal español.

Asimismo, en los últimos tiempos se han establecido otras modificaciones, en sintonía con el avance social desarrollado gracias al impulso feminista, como la tipificación del «acoso callejero» a través de su incorporación en el art. 173.4, dentro de los delitos contra la integridad moral o la incorporación del delito de obstaculización del

ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (172 quater), entre otros.

Con todo, resulta innegable que en los últimos años se ha aprovechado el empuje iniciado en el año 2004, continuando con el desarrollo legislativo en esta materia. En definitiva, una vez que se ha advertido cómo el género constituye un factor esencial en un tipo de violencia que es ejercida, precisamente, basándose en los roles y estereotipos asociados a sus víctimas, el legislador no debe obviar esta particularidad de la violencia y, por tanto, cualquier aproximación a la misma debe atender una necesaria perspectiva de género, por lo que, sin duda, el futuro de la legislación penal seguirá siendo sensible al género.

3. LA DISCRIMINACIÓN COMO CIRCUNSTANCIA MODIFICATIVA

En líneas precedentes se ha realizado una aproximación ante el desarrollo legislativo en esta materia. Como se ha apuntado, el año 2015 supuso una fecha significativa, produciendo numerosas reformas con carácter general en el ámbito penal español, pero también de forma particular en el contexto de la violencia de género. Entre otras, se produjo una modificación en el art. 22.4 CP, siendo este una circunstancia agravante por discriminación donde, a partir de esa fecha, se incluía la discriminación por género. Veamos esta cuestión con algo más de detenimiento.

3.1. Aproximación inicial a la agravación discriminatoria

Como se apuntaba, fue en la reforma operada en 2015 cuando se incluyó el género como circunstancia que podría agravar la pena, atendiendo a que en el hecho se probara la existencia de una discriminación, basándose en el género de la víctima, en un intento de lograr una legislación penal más completa en el marco de la violencia de género. Sin embargo, la atención a motivos discriminatorios como

posible agravación no es una cuestión novedosa en sí misma, pues su origen lo encontramos en el mundo anglosajón, en los años setenta del siglo XX (Salec Gordo, 2017) incluyéndose en el ordenamiento jurídico español a partir de los años 80. Esta incorporación en el ámbito penal español se debía a la proliferación de una violencia generalizada con una acusada motivación discriminatoria, a raíz de los flujos migratorios vividos en España en esa época y el desarrollo de ideologías xenófobas que protagonizaban numerosos actos violentos contra la población inmigrante. Tras su incorporación en el art. 22.4 CP, lo cierto es que ha sufrido diversas modificaciones con objeto de adaptarse a nuevas corrientes de intolerancia observadas en el panorama español (Muñoz Conde, 2010, p. 491) sobre las cuales se exigía una respuesta más dura dada la vulneración del derecho a la igualdad de este tipo de actos.

En esta línea, es posible observar que nos encontramos ante un artículo en constante evolución, dada la relativamente reciente modificación, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, donde se incluyó la aporofobia o la exclusión social, como circunstancia discriminatoria, dando respuesta a las peticiones realizadas por parte de algunos autores (entre otros, Bustos, 2020). Pese a que pudiera parecer lo contrario, lo cierto es que este tipo de circunstancia modificativa no ha tenido una acogida pacífica. Al respecto, se han cuestionado diversos aspectos, entre los que destaca el debate sobre si la misma afecta a la culpabilidad o al injusto del hecho, siendo este debate de gran relevancia, por cuanto que, de apoyar la primera opción, se estaría valorando una vuelta al derecho penal de autor.

Sin embargo, esta postura debe ser negada, pues en ningún caso se castiga al autor por sus particularidades o ideologías, sino por un mayor injusto del hecho al encontrarse bajo su comisión motivaciones discriminatorias que vulneran el principio de igualdad, recogido en

España en la norma suprema, en el art. 14 de la Constitución. En otras palabras, penaliza en mayor medida una suerte de «criminalidad discriminatoria» (Morillas Cueva, 2015, p. 59), que incrementa el desvalor del hecho por basar su comisión en unas características del sujeto pasivo que son posicionadas como inferiores por parte del sujeto activo. Señaladas estas cuestiones, conviene atender a la redacción actual de la circunstancia modificativa agravatoria, incluida en el art. 22.4 del Código Penal español, que señala como circunstancia agravante:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas 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.

Con ello, para no evadirnos del objeto de este texto, las siguientes líneas se centrarán en el género como circunstancia discriminatoria.

3.2. El género como circunstancia modificativa: la incorporación de la discriminación por razones de género

Anteriormente, se apuntaba a un cambio producido en las últimas décadas en la política criminal seguida por parte del legislador español en pro de un actual derecho penal con perspectiva de género, especialmente sensibilizado con la violencia de género. En este marco, se produce la inclusión sufrida con la LO 1/2015 del concepto «género» dentro de la agravante del art. 22.4, indicando el legislador en el preámbulo de la ley que esta modificación se justifica dada la ratificación del Convenio de Estambul y su alusión a que el género «puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias». Si bien nada de esto resulta erróneo, lo cierto es que cabe matizar que la ratificación del convenio no obliga, *per se*, a esta agravación en particular.

Al igual que otras modificaciones penales en la materia, esta novedad trajo consigo diversos debates en torno a la necesidad de incorporación de esta circunstancia. Por un lado, se encontraba parte de la doctrina que entendía adecuada esta inclusión (como San Millán Fernández, 2019; entre otros) dado que permitía ofrecer una respuesta más adecuada a las manifestaciones de violencia de género que no habían sido agravadas específicamente, pese a su relevancia, pues las tipificaciones expresas se habían limitado a lesiones, amenazas o coacciones, dejando de lado, entre otros, al homicidio o el asesinato, cuestión sobre la que se ha dicho que suponía una «incoherencia sistemática» (Rueda Martín, 2019, p. 24) que parecería resolverse con la posibilidad de aplicar una agravación genérica a cualquier hecho —exceptuando los ya tipificados expresamente—.

Sin embargo, pese al apoyo por un sector relevante de la doctrina, lo cierto es que, como se ha apuntado anteriormente, cualquier atisbo de reforma en el ámbito de la violencia de género y/o la igualdad de género suele suponer una ola de reacciones en contra, por lo que en este ámbito también surgieron voces discrepantes. Entre otras, aquellas que señalaban que las tipificaciones específicas realizadas eran por sí suficientes, sin necesidad de establecer una agravación genérica que, para ellos, suponía únicamente una reforma simbólica sin mayor trascendencia práctica (Borja Jiménez, 2015, p. 122). No obstante, cabe rechazar este planteamiento, por cuanto las tipificaciones expresas a las que se refiere este sector de la doctrina se limitan no solo a un tipo de hechos en concreto, sino a un tipo de relación como requisito *sine qua non* para su aplicación.

En otras palabras, las tipificaciones en materia de violencia de género producidas hasta el momento se limitaban al ámbito de la pareja, lo que en cierta medida colisiona con el articulado del Convenio de Estambul, el cual ofrece una conceptualización más amplia —y a nuestro juicio, más adecuada— de este tipo de violencia, entendiendo

por ella aquella que afecta de manera desproporcionada a las mujeres o que se produce sobre estas por el hecho de serlo. En definitiva, como ya se ha apuntado, atendiendo a la existencia del género como factor determinante en la violencia —independientemente del contexto en el que se produzca esta—. Con todo, la incorporación de esta circunstancia agravante permite una aplicación más completa y coherente con las demandas internacionales por cuanto complementa las tipificaciones expresas y permite una aplicación más dilatada, al posibilitar su uso en cualquier hecho delictivo, además de ante cualquier contexto, independientemente de la vinculación entre víctima y agresor.

No obstante, independientemente de la posición mantenida frente a esta modificación penal, sea la apoyada por el sector favorable a su inclusión, sea la contraria a esta, lo cierto es que su aplicación planteaba inicialmente algunos problemas prácticos que avivaban el debate. En esencia, se aludía a la complejidad requerida para probar una conexión entre un hecho en concreto y una motivación discriminatoria sobre la mujer —como colectivo— en base a su género. Si bien este cuestionamiento era acertado, en la actualidad, a través de una mirada a la jurisprudencia más reciente, es posible admitir que el grado de complejidad probatorio no es tan alto como se planteaba, no al menos en todos los casos. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

Asimismo, otros de los cuestionamientos sobre esta novedad se centraban en el posible solapamiento con otras circunstancias ya existentes en el ordenamiento jurídico español, como son la circunstancia mixta de parentesco, del art. 23 y la circunstancia agravante de discriminación por sexo, del art. 22.4. Sobre la circunstancia mixta de parentesco —esto es, aquella que permite agravar y/o atenuar la pena, según el delito cometido, si se produce entre sujetos vinculados por tal parentesco— lo cierto es que el debate por el solapamiento

fue rápidamente solucionado, por cuanto el fundamento de ambas circunstancias es diverso. En esta línea, la circunstancia mixta de parentesco tendía a aplicarse como circunstancia agravatoria de la pena en los supuestos de violencia de género producidos en el ámbito de la (ex) pareja. No obstante, esto respondería únicamente a una situación objetiva de vinculación, de parentesco entre los sujetos, pero abandonaría cualquier atención a situaciones discriminatorias y de dominación, basándose en el género que se encuentran en las manifestaciones de este tipo de violencia.

Asimismo, rechazar la incorporación de la agravación discriminatoria por género aludiendo a la existencia de esta circunstancia de parentesco obvia una cuestión relevante, como es que el parentesco, además de desatender motivaciones de género, no es aplicable en situaciones donde este vínculo no se encuentra presente —de forma lógica, pues carecería de sentido extenderlo a otros ámbitos donde precisamente el parentesco no tiene cabida—. Por tanto, en casos donde se produzca violencia basándose en el género en un contexto donde agresor y víctima no sean (o hayan sido) pareja, quedaría sin ningún tipo de respuesta —más allá de la del propio tipo penal—, pero sin advertir un plus de injusto producido por la producción de la violencia con relación al género de la víctima.

En definitiva, la coexistencia de la circunstancia mixta de parentesco, posibilitando agravar la pena en estas situaciones, con la circunstancia agravante de discriminación por género, resulta adecuada y no supone un solapamiento que vulnere el *non bis in idem*, como así lo confirma el Tribunal Supremo.

Entre otras sentencias, en la STS de 28 de mayo 2020 señala:

Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento. En efecto, la primera tiene un matiz

netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención —manifestada por actos de violencia—, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo.

En la misma sentencia, concluye el tribunal que:

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o expareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.

Por otro lado, dentro de las controversias planteadas en esta materia, también se aludía a la problemática de distinción entre la agravante de discriminación por sexo, con la de género recientemente incorporada. Al respecto, lo cierto es que la aplicación de la agravante de discriminación por sexo es, hasta la fecha, muy residual (Marín de Espinosa Ceballos, 2018, pp. 11 y ss.). No obstante, si bien los términos de sexo y género responden a una conceptualización diferente, es cierto que en el plano jurídico su distinción puede ser compleja.

En este ámbito, el Alto tribunal alude a la problemática en diversas sentencias. Entre otras, señala en la STS de 25 septiembre 2018 que:

es generalmente admitido que el sexo hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

Sin embargo, realmente no profundiza en cómo esa distinción, asentada socialmente, se diferenciaría con tanta claridad en el plano jurídico.

De la misma manera, en la STS de 15 enero 2019, afirma que «aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra». No obstante, al igual que en el supuesto anterior, defiende esa distinción sin señalar fehacientemente cómo se llevaría a cabo.

En la misma línea, en la STS de 26 febrero 2019 indica que:

el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— 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.

Como se apuntaba ya anteriormente, aunque resulte claro que terminológicamente estamos hablando de conceptos diversos, lo cierto es que, dada la vinculación actual de sexo biológico con género femenino en el ámbito de la desigualdad y discriminación de género tradicionalmente asentada y sufrida por parte de las mujeres, en su condición de mujeres, resulta complejo, en la actualidad, esta distinción en el plano judicial. Esto es así porque lo habitual es que se advierta una situación discriminatoria en base a roles donde el género y el sexo presentan una conexión directa (femenino/mujer), al vincular una construcción social —de género— al sexo biológicamente asignado. Por ello, en esta línea, distinguir jurídicamente cuándo una discriminación es sobre la base del sexo o sobre la base del género, cuando se produce esta conexión, resulta, hoy, complejo. Pero la distinción jurídica no es desacertada, por cuanto los avances sociales se encaminan hacia una mayor distinción entre ambos conceptos y, en efecto, ante mayor diversidad de estos. Así, la sociedad española comienza a respaldar la idea de que el sexo/género no es una cuestión dicotómica, existiendo diversos géneros —no limitados a lo femenino o lo masculino— y que estos no son directamente asignados por los genitales con los que se nace.

4. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AGRAVANTE DISCRIMINATORIA POR GÉNERO

Una vez que se ha realizado una aproximación al género como elemento fundamental en un tipo de violencia —de género— que requiere de una política criminal comprometida con su prevención y tratamiento, conviene atender cuál ha sido la aplicación jurisprudencial que se ha dado hasta el momento a una de las novedades introducidas recientemente por el legislador, como es la posibilidad de agravación de la pena en los supuestos en los que se produce una motivación discriminatoria de género.

Para ello, se tendrán en cuenta las sentencias en esta materia que han llegado al tribunal superior en el orden penal, es decir, el Tribunal Supremo, por cuanto sus decisiones ayudan a la interpretación y aplicación penal y, por tanto, condiciona los criterios interpretativos en el resto del orden penal, donde se atiende el grueso de los casos.

Analizadas las sentencias emitidas en esta materia por parte del Tribunal —siendo la primera vez que estudia esta agravante en el año 2018— lo cierto es que pueden extraerse algunas consideraciones en torno a su aplicación. En primer lugar, si bien la posibilidad de agravación aplicada a todos los hechos delictivos —salvo aquellos que han sufrido una tipificación expresa— era una de las posibilidades que introducía esta reforma, el estudio muestra que su uso se ha visto reducido, esencialmente, a los tipos de asesinato y/o homicidio, siendo el resto de los supuestos de aplicación muy residual. En concreto, sí se ha apreciado su aplicación en supuestos donde se han producido lesiones causantes de deformidad (STS 420/ 2018, de 25 de septiembre), así como coacciones recogidas en el art. 172.1 CP (STS 417/2022, del 28 de abril); agresiones sexuales —según la conceptualización anterior a la actual reforma producida en materia de libertad sexual—. (STS 99/2019, de 26 de febrero y STS 444/2020, de 19 de septiembre, STS 483/2021, de 3 de junio; STS 569/2021, de 30 de junio; STS 967/2021, de 10 de diciembre; STS 325/2022, de 30 de marzo; STS 794/2022, de 4 de octubre; STS 215/2022, de 10 de noviembre , apreciándose aquí también en el delito de coacciones), así como en un supuesto de revelación de secretos y de detención ilegal (STS 633/2022, de 23 de junio).

En definitiva, la aplicación de esta circunstancia se ha extendido especialmente en materia de delitos contra la vida como son el homicidio y el asesinato, pero se ha limitado la aplicación en otra materia. No obstante, se aprecia un incremento en su aplicación, especialmente en materia de delitos contra la libertad sexual, donde la sensibilización

ha crecido exponencialmente en los últimos años en España, advirtiéndose su manifestación como clara expresión de la violencia de género.

Por otro lado, cabe recordar que uno de los aspectos positivos que se advertía con la inclusión de este tipo de circunstancia se refería a la posibilidad de establecer una política criminal en materia de violencia de género más acorde a la conceptualización actual de este tipo de violencia, de carácter más amplio que el desarrollado hasta el momento por la ley integral desarrollada en España. Así, la limitación producida tradicionalmente en torno al ámbito afectivo de pareja se quebrantaba en pro de una posible aplicación ante manifestaciones de violencia que no se hubieran producido en este contexto, pero que sí fueran derivadas de un contexto discriminatorio por género.

Sin embargo, el estudio jurisprudencial nos permite advertir cómo, en la práctica, la aplicación de esta agravante se ve limitada esencialmente al ámbito de la pareja, quedando su aplicación a otros contextos de forma muy residual (esencialmente limitada a 3 casos estudiados en el ámbito del TS, siendo estos: STS 444/2020, del 19 de septiembre; STS 967/2021, de 10 de diciembre y STS 569/2021, de 30 de junio). En este campo, se debe destacar la STS 444/2020, de 19 de septiembre, por cuanto los hechos producidos son de carácter sexual y, además, se producen en el marco de la prostitución. Por tanto, produciéndose una aplicación tanto ajena al uso habitual en el marco de delitos contra la vida, como en un contexto ajeno a la pareja, más cuando este contexto se produce en el ámbito de la prostitución, siendo una clara manifestación de violencia de género. Además de las apreciaciones señaladas, gracias a las sentencias analizadas es posible valorar cómo el alto tribunal da respuesta a los cuestionamientos prácticos planteados por la doctrina —y apuntados anteriormente— como lo relativo a la complejidad de prueba de la discriminación, basándose en el género.

En este sentido, si bien la circunstancia todavía goza de relativa juventud, lo cual puede traducirse en cambios jurisprudenciales en un futuro, lo cierto es que contamos ya con criterios interpretativos importantes. Así, como ejemplo, en la STS 19 de noviembre de 2018 se indica:

En el caso enjuiciado, destaca el Tribunal «a quo» que la mujer era agredida constantemente por su pareja, lo que evidencia una posición de dominio, hasta el punto de que le había quitado la documentación, lo que entiende esta Sala Casacional que está referido a una conducta propia de dominación y machismo, con la finalidad de que no pueda circular con libertad sin su consentimiento o autorización, y si se marcha del domicilio le amenaza con divulgar fotos comprometidas de ella, lo que constituye un conjunto de actos de sometimiento psicológico para conseguir una posición de dependencia de la víctima sobre el agresor.

Por tanto, el Tribunal fundamenta la agravación en una serie de hechos objetivos que permiten probar una situación discriminatoria soportada por la víctima, a la cual se la ubicó jerárquicamente en una posición inferior, debido a su género. Atendiendo no solo al hecho en sí mismo soportado, sino al contexto en el que se desenvolvía —como la retirada de documentación o las agresiones continuadas— fundamenta adecuadamente el tribunal la existencia de un plus de mayor injusto que encaja con la agravación. De este modo, en la misma sentencia, se indica que este conjunto de hechos se traduce en la anulación de la voluntad de la víctima, siendo este «el fin directo de la reiteración de actos que tiene el desenlace con la tentativa de homicidio, y aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado».

Otro ejemplo lo encontramos en la STS del 25 de septiembre de 2018, donde el Alto Tribunal concluye defendiendo la aplicación de la circunstancia agravante, pese a la serie de sentencias contradictorias que se habían ido sucediendo en las esferas inferiores. En este caso, sin necesidad de acudir a actos previos o comportamientos durante la relación afectiva que mantuvieron al agresor y víctima, se consigue probar la situación discriminatoria por los actos acaecidos durante el hecho delictivo. En concreto, se señala en la sentencia cómo el acusado «le quitó a la víctima el móvil al estar ésta atendiendo el mismo, movido por los celos de que pudiese estar comunicando con otro hombre». Asimismo, alude a las expresiones que el acusado verbalizaba continuamente en el curso de la agresión, como «si no eres mía no eres de nadie» lo que expresa con claridad la motivación que hay detrás del hecho producido.

En esta misma línea, en la STS del 23 de enero de 2020, el Tribunal mantiene la aplicación de la agravante teniendo en cuenta mensajes enviados a la víctima, en los cuales el acusado sostiene una actitud reacia a la finalización de la relación entre ambos, pese a la decisión de la mujer de cesar en la misma. Asimismo, valora para la prueba la reacción agresiva desarrollada por parte del acusado en el momento en el que la víctima se negó a mantener relaciones sexuales con él, insatisfaciendo su deseo, lo que nuevamente es rechazado por parte del acusado. Por tanto, elementos que demuestran el carácter de dominio y posesión desarrollados por parte del acusado sobre su pareja, sin respetar su libertad de decisión y reaccionando agresivamente ante cualquier evasiva de esta, que fundamentan la mayor penalización de la conducta.

De la misma manera, en la STS del 28 de mayo de 2020, se enumeran una serie de actos realizados durante la relación mantenida entre agresor y víctima, como son el continuo control del teléfono

móvil de la mujer, cuestionamientos constantes sobre la forma de vestir, agresiones habituales en el curso de la relación, así como la verbalización de insultos hacia la mujer señalando que era una «guarra», una «zorra», que «no valía para nada», así como diversas amenazas con matarla. Este tipo de insultos se advierten en numerosas sentencias, acompañando otros hechos objetivos que permiten fundamentar la agravante estudiada. Entre otras, la STS del 27 de enero de 2021, alude a este tipo de improperios, además de otros actos relevantes. Así, señala el tribunal que:

los hechos tuvieron origen en su sospecha de que la víctima mantenía otra relación, así como en que, igualmente admitido por el acusado, la perpetración de los hechos dimana del intento de control posesivo de la víctima, por medio de su teléfono, como muestra de dominación sobre ella y objetiva la discriminación por su condición de mujer (...) despertó a la víctima diciendo que era una puta y que tenía otro hombre, exigiéndole que le diera su teléfono móvil, pidiéndole la clave cuando ella se lo entregó.

Con todo, a la luz de la jurisprudencia, puede observarse cierto patrón en la actuación de los acusados y, con ello, la identificación de ciertos actos objetivos que, en conjunto, posibilitan fundamentar esta agravación. Así, la preocupación planteada inicialmente sobre la dificultad probatoria de un aspecto subjetivo como es la motivación discriminatoria parece haber sido resuelta por parte del tribunal. No obstante, como puede observarse, en la mayor parte de las situaciones la capacidad probatoria deviene de la existencia de una relación previa, donde es posible obtener datos relativos al tipo de relación, mensajes existentes, conductas desarrolladas, testimonios de amigos/as y/o familiares, lo cual se ve significativamente limitado en aquellos

casos donde agresor y víctima no tienen una vinculación previa que posibilite la obtención de este tipo de datos.

En este sentido, el tratamiento de la violencia de género se ha enfocado tradicionalmente en el ámbito de la pareja, por lo que la identificación de actos que puedan advertir un sustrato cultural patriarcal en este contexto está más asentado, permitiendo un reconocimiento más atinado, aspecto que no se observa con el mismo acierto cuando las manifestaciones de violencia se producen en un contexto externo al de la pareja. Sin embargo, en la actualidad se está incrementando la sensibilización en torno a los delitos contra la libertad sexual y, especialmente, en su apreciación como manifestación de violencia de género al entenderse como ámbito donde la reproducción de roles y estereotipos de género ha sido una constante, con expresiones de relaciones de poder donde la mujer adquiriría un lugar de sumisión.

Por ello, pese al uso residual en contextos ajenos a la pareja, sí parece apreciarse un ligero incremento en su uso cuando nos encontramos ante delitos contra la libertad sexual, por lo que conviene atender a las justificaciones ofrecidas para su apreciación en estos casos, por cuanto pueden aclarar criterios aplicables a otros tipos. Anteriormente se aludía a las STS de 19 de septiembre de 2020, destacable especialmente tanto por el contexto en el que se produce -el ámbito de la prostitución- donde la violencia se extiende con significativa *permisibilidad* social, como por la aplicación en un delito contra la libertad sexual —y no contra la vida, como suele ser más habitual—. Con ello, atendiendo a la fundamentación ofrecida se puede aportar un ejemplo que quizás pueda aportar nuevas líneas interpretativas.

Así, el Tribunal señala:

el relato de hechos probados describe un acometimiento que va más allá de un violento ataque contra la libertad sexual con

penetración, para integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase. La expresión «te enteras ya cómo va esto» (que se expresa en la sentencia en sus hechos probados) tras la negativa a pagar los servicios contratados y haber propinado la primera bofetada a la víctima, es suficientemente reveladora del papel que el agresor asume como propio. A continuación, las reiteradas penetraciones anales y vaginales (hubiera bastado una para consumir el tipo), sobre una persona con la capacidad de reacción aniquilada, abundan en ello. Finalmente, el acto de humillación que supone que la eyaculación en la boca, seguido de un fuerte puñetazo, revelan que lo que el acusado protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal.

Por tanto, sin necesidad de encontrar hechos anteriores al acto en sí, el tribunal permite advertir una situación discriminatoria de género de las propias acciones desarrolladas en la comisión del delito. No obstante, como se apuntaba, la aplicación a otros contextos ajenos a la pareja resulta generalmente muy residual, por lo que es un ámbito donde debe realizarse una especial revisión para impedir que su uso se vea limitado únicamente al ámbito afectivo de pareja.

De continuar en esta línea, las posibilidades ofrecidas por la circunstancia agravante tenderían a perderse, encontrándonos nuevamente ante una respuesta penal incompleta frente al fenómeno de la violencia de género.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha valorado si el género puede constituir una circunstancia modificativa en el derecho penal, tomando como ejemplo el caso español.

Inicialmente, se ha partido de cómo el género constituye un factor condicionante de una violencia específica, que se traduce en un fenómeno con particularidades propias que, como tal, debe ser atendido. Pese a las diversas terminologías empleadas, en el panorama español se ha asentado el término de «violencia de género» como aquel que responde más adecuadamente a la esencia del fenómeno, por cuanto un sustrato cultural basado en una socialización de género diferenciada es la que propicia tradicionales situaciones discriminatorias que, en ciertos casos, se traducen en manifestaciones de violencia.

Con la identificación de esta violencia y de sus particularidades, se ha propiciado, en los últimos años, un impulso por una regulación, tanto internacional, como nacional, que atienda a este fenómeno. En este contexto, en pro de una política criminal de intolerancia ante cualquier manifestación de este tipo de violencia, se ha promovido en la actualidad una legislación con perspectiva de género que, entre otras modificaciones penales, ha entendido adecuada la inclusión de una circunstancia modificativa agravante si los hechos delictivos se cometen de manera discriminatoria, basándose en el género, la cual se ha incorporado al art. 22.4 CP.

Tras un análisis sobre el fundamento de la agravante y ciertas reflexiones sobre esta modificación, finalmente se ha podido valorar positivamente su existencia. Por un lado, porque con ella se abre la posibilidad de advertir una agravación a todos los hechos en los que se aprecie que el género ha sido un factor clave. Es decir, si bien tradicionalmente el legislador ha entendido que lo más adecuado es la creación de tipos específicos en ciertas conductas —esencialmente

lesiones, coacciones o amenazas— con esta fórmula se permite que, en cualquier caso, en el que se pueda probar la existencia de una discriminación, basándose en el género de la víctima, se pueda aplicar una circunstancia modificativa agravante. Por otro lado, dado que esta circunstancia se puede aplicar en cualquier contexto, independientemente de la existencia de una situación de pareja entre víctima-agresor. En este sentido, como se ha apreciado, el legislador español en la ley integral limita su aplicación al ámbito de las relaciones de (ex)pareja (sea matrimonio, pareja de hecho o noviazgo, en un sentido amplio) lo cual ha supuesto la ausencia de una atención realmente integral al fenómeno de la violencia de género, por cuanto quedan fuera de la ley aquellas mujeres víctimas de esta violencia que no tienen este tipo de relación con su agresor. Por tanto, con esta incorporación se produce, además, una implementación más adecuada del articulado del Convenio de Estambul, el cual no distingue víctimas en función del contexto en el que se encuentren, sino que, muy al contrario, requiere evitar un tratamiento diferenciado entre ellas.

Señaladas estas cuestiones, lo cierto es que, en la actualidad, pese a que sí se está produciendo una aplicación de esta circunstancia modificativa, lo cierto es que esta se está utilizando especialmente en delitos de homicidio y asesinatos, siendo su aplicación muy residual en otros delitos. Asimismo, pese a las posibilidades que brinda en contextos ajenos a la pareja, su aplicación tiende a ser en hechos donde entre víctima y agresor sí ha habido una relación de pareja previa, siendo escasos los supuestos donde se aplica sin la existencia de esta relación. Como se ha apreciado, la incorporación de esta circunstancia parece posibilitar un tratamiento más adecuado frente a la violencia de género, permitiendo la existencia de una agravación genérica para aplicar en aquellos casos en los que se aprecie un mayor injusto del hecho al producirse motivado por el género de la víctima y no limitarlo únicamente a aquellos tipos específicos «de violencia de género».

Asimismo, por cuanto permite su aplicación a todo tipo de relaciones —laborales, familiares, etc.— sin exigir una vinculación de pareja —o conexión alguna del tipo que sea— simplemente advirtiendo la existencia de esa circunstancia discriminatoria.

Sin embargo, pese a toda valoración positiva, su aplicación práctica requiere de mejoras, visto que su uso se ha limitado especialmente al ámbito de la (ex) pareja y su aplicación a otros tipos que no sean homicidio y asesinato, ha sido residual, aunque se ha visto mayor sensibilización en este contexto en cuanto a los supuestos de delitos contra la libertad sexual, donde sí parece que su aplicación se está desarrollando. En definitiva, el género se presenta como un elemento fundamental en el contexto de esta violencia y, por tanto, debe ser tenido en cuenta para su sanción. Aquella violencia que se ejerce basándose en el género de la víctima vulnera diversos derechos, entre el que se encuentra la igualdad, por tanto, el legislador debe entender que existe un mayor injusto en cualquier hecho que, además de la producción del tipo que, en su caso, se haya realizado, se produce una negativa a la igualdad de esa persona, en este caso, de las mujeres.

Para finalizar este texto se debe señalar que, si bien se aplaude la inclusión de la perspectiva de género en la legislación penal y la incorporación de medidas que tiendan a prevenir este tipo de violencia, lo cierto es que el recurso al código penal no es nunca una solución por sí sola, menos cuando el problema tiene una base social que muy difícilmente será abordada si no se acuden a políticas públicas integrales. Por tanto, acudamos a la raíz del problema, para que el recurso al derecho penal no sean parches temporales ante una cuestión de necesaria atención social.

REFERENCIAS

- Borja Jiménez, E. (2015). La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4 CP. En González Cussac, J. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (pp. 119-125). Tirant lo Blanch.
- Bustos Rubio, M. y Pérez Cepeda, A. I. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante* (art. 22, 4.ª CP). J. M. Bosch.
- De Miguel Álvarez, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra.
- Díaz-Maroto, J. y Suárez González, C. (2004). *Prólogo a la trigésima edición del código penal y legislación complementaria*. Civitas.
- Díez Peralta, E. (2011). Los derechos de la mujer en el Derecho internacional. *Revista española de derecho internacional*, 63 (2), 87-121.
- Díez Ripollés, J. L., Cerezo Domínguez, A. I. y Benítez Jiménez, M. J. (2017). *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004:2014): su efectividad, eficacia y eficiencia*. Tirant lo Blanch.
- Engle, S. (2006). *Human rights & gender violence. Translating international Law into local justice*. Chicago Series in Law.
- Estévez Domínguez, R. y Martín García, I. (2018). *La violencia de género en el panorama internacional*. <https://mujeresporafrica.es/wp-content/uploads/2019/07/informe-violencia-de-genero-global.pdf>
- Fuentes Osorio, J. (2013). Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-16. <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-16.pdf>

- Magariños Yáñez, J. A. (2007). *El derecho contra la violencia de género. Análisis de la respuesta del Ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. El enfoque multidisciplinar del problema*. Montecorvo.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). 1989-2009: veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, Redur*, 7, 25-35. DOI: <https://doi.org/10.18172/rehur.4014>
- Marín de Espinosa Ceballos, E. B. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22,4 CP). *Revista electrónica de ciencia penal y Criminología*, 1-20.
- Marzabal Manresa, I. (2015). *Los feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la audiencia provincial de Barcelona (2006-2011)* [Tesis doctoral]. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Morillas Cueva, L. (2015). *Estudios sobre el Código penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*. Dykinson.
- Muñoz Conde, F. (2010). *El Derecho penal. Parte general* (8.^a ed.). Tirant lo Blanch.
- Núñez Castaño, E. (2002). *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. Tirant lo Blanch.
- Orjuela Ruiz, A. (2012). El concepto de violencia de género en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 23(1), 89-114. <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/5290>

- Queralt Jiménez, J. (13 de febrero de 2006). La última respuesta penal a la violencia de género, *Diario La Ley*. <https://acortar.link/hEoWS5>
- Román Martín, L. (2016). *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*. [Tesis doctoral]. Universidad Rovira y Virgili, Tarragona.
- Rueda Martín, M. A. (2019). Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-04.pdf>
- Salec Gordo, Z. (2017). *La agravante por odio y discriminación en el Código Penal. El art. 22.4 del Código Penal*. [Trabajo final de máster]. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares.
- San Millán Fernández, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios penales y criminológicos*, (39), 303-351.
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 25 septiembre 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3164) <https://vlex.es/vid/741160489>
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 19 noviembre 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3757)
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 15 enero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:67)
- Tribunal Supremo de lo Penal. STS 26 febrero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:591)
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 25 enero 2020 (ECLI: ES:TS:2020:267)
- Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 28 mayo 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1664)

Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 14 septiembre 2020
(ECLI:ES:TS:2020:2904)

Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 19 septiembre 2020
(ECLI:ES:TS:2020:2904)

Tribunal Supremo - Sala de lo Penal. STS 27 enero 2021
(ECLI:ES:TS:2021:458)

Truchero Díaz, J. y Arnáiz, A. (2012). Aproximación al Convenio Europeo de violencia contra las mujeres y violencia doméstica. *Revista europea de derechos fundamentales*, (19), 126. <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/4055499>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de interés

La autora declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

Investigación; redacción y corrección del borrador del manuscrito; revisión y aprobación de la versión final.

Biografía de la autora

Sandra López de Zubiría Díaz es profesora contratada doctora del área de Derecho penal (Departamento de Derecho Público II. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid). Miembro del grupo de investigación de alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos.

Correspondencia

sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es