

DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO: EL CONCEPTO «GÉNERO» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ESPAÑOL

Discrimination based on gender: the concept
“gender” in Spanish criminal law.

NÉSTOR OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS
Universitat de València (EG)
nestor.orejon@uv.es

Cómo citar/Citation

Orejón Sánchez de las Heras, N. (2019).

Discriminación por razones de género: el concepto «género»
en el ordenamiento jurídico penal español.

IgualdadES, 1, 159-183.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.1.05>

(Recepción: 10/06/2019; aceptación tras revisión: 11/09/2019; publicación: 13/12/2019)

Resumen

La reforma del Código Penal de 2015 introdujo en el texto punitivo la comisión de determinados delitos basada en la discriminación por razones de género y una circunstancia agravante genérica cuando se comete el delito por dicho motivo. Los supuestos a los que alcanza este tipo de discriminación no son pacíficos en la doctrina y en la jurisprudencia como consecuencia de su relación con los delitos de violencia de género introducidos en el año 2004. Esta investigación pretende analizar la diferencia entre ambos tipos de violencia, determinando para ello a qué se refiere el legislador con la violencia de género y con la violencia por razones de género.

Palabras clave

Discriminación por razones de género; violencia de género; derecho penal.

Abstract

The reform of the Criminal Code in 2015 introduced into the punitive text the commission of certain crimes based on gender discrimination and a generic aggravating circumstance when the offence is committed for that reason. The cases to which this type of discrimination is attributed are not peaceful in doctrine and jurisprudence as a result of its relationship with the crimes of gender violence introduced in 2004. This research aims to analyse the difference between the two types of violence by determining what the legislator refers to as gender violence and gender violence.

Keywords

Discrimination based on gender; gender violence; criminal law.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONCEPTO SOCIOCULTURAL DE GÉNERO: SEXO VS. GÉNERO. III. EL CONVENIO DE ESTAMBUL: UN CONCEPTO VINCULANTE DE VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES: 1. Los antecedentes internacionales del Convenio de Estambul. 2. El ámbito europeo y el Convenio de Estambul. IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA POR RAZONES DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: 1. Violencia de género en el Código Penal. 2. Violencia por razones de género en el Código Penal. V. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia que se ejerce sobre las mujeres basada en el género, bien porque el sujeto pasivo es una mujer o bien porque afecta a estas de manera desproporcionada, ha sido durante los últimos años objeto de especial atención por parte del legislador. No en vano, no resulta ocioso recordar que, tal y como indica la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el número de mujeres víctimas mortales por violencia de género¹ ha sido de 1015 desde el 1 de enero de 2003 hasta el 31 de agosto de 2019². Esta situación exige de los poderes públicos implementar distintas medidas, no solo punitivas, que pretendan garantizar la igualdad y la seguridad de todas las mujeres, tal y como prescribe el art. 9.2 de la Constitución Española.

No obstante, el término que se ha empleado para hablar de este tipo de violencia y, en definitiva, el concepto de «violencia de género» o «violencia por razones de género», carece de un significado unitario y sistemático en todo nuestro ordenamiento jurídico, incluso en el ámbito exclusivamente penal, pese a que, como tendremos ocasión de comprobar, se encuentra referido de

¹ Mujeres víctimas mortales a manos de quienes son o han sido sus cónyuges o personas a ellas ligadas por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, en los términos referidos en el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de enero, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género.

² Todo ello de manera provisional y con base en el *Boletín Estadístico Mensual* de agosto de 2019, editado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Disponible en: <http://bit.ly/2Wxyvkq> (consultado: 27-5-2019).

manera expresa en distintos artículos del Código Penal. Esto es, nos encontramos ante un concepto típico indeterminado que puede dar lugar a diferentes interpretaciones y que exige, en aras al principio de seguridad jurídica, concretar y definir. No hay que olvidar, en este sentido, la importancia de la denominada interpretación gramatical (también llamada semántica o filológica) que, como indica Díez-Picazo, es un tipo de exégesis mediante la que «se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma. La palabra utilizada en la ley opera como un instrumento del pensamiento. Refleja el pensamiento que guió al que pronunció la palabra o redactó el texto» (Díez-Picazo, 1999: 258). La determinación del alcance de la interpretación de la violencia o de los delitos cometidos «por razones de género» nos permitirá concretar en cada caso si el hecho delictivo es subsumible en los tipos penales recogidos a tal efecto en el Código Penal o incluso si resultan de aplicación determinadas normas de protección en favor de las víctimas en esta materia.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de enero, de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género³, además de la importancia que ha tenido por su pretendido carácter holístico y transversal en esta materia, supuso, no de manera pacífica, la introducción del término «género» en el ordenamiento jurídico penal, definiendo al mismo de forma concreta en su art. 1⁴. Precisamente, durante la tramitación parlamentaria de esta norma se plantearon importantes debates políticos y sociales sobre la conveniencia de utilizar este concepto; incluso la Real Academia de la Lengua Española emitió un informe académico sobre el mismo en el que se ponía en duda la diferenciación entre sexo y género y en el que, frente a las teorías que venían diferenciando a ambas categorías, se indicaba expresamente que «en la tradición cultural española la palabra sexo no reduce su sentido al aspecto meramente biológico. Basta pensar al propósito lo que en esta línea ha significado la oposición de las expresiones sexo fuerte/sexo débil, cuyo concepto está, por cierto, debajo de buena parte de las actuaciones violentas»⁵.

³ En adelante LMPIVG.

⁴ El art. 1 de la LMPIVG delimita la violencia de género a aquella que «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, 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».

⁵ Informe académico sobre la expresión «violencia de género», elaborado con ocasión del anuncio que el Gobierno español realizó en relación con la presentación del Proyecto de Ley Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004 finalmente denominada de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género) y que puede

No obstante, este concepto, inicialmente limitado en la LMPIVG a la violencia que se ejerce en el ámbito de la pareja o expareja, ha sido objeto de evolución y de ampliación a otras situaciones en las que no se produzca esta relación entre los sujetos activo y pasivo. Tanto es así que una de las propuestas que se contiene en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género es precisamente «ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul»⁶.

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 ha supuesto una reconsideración de este tipo de violencia desde el punto de vista del ordenamiento jurídico penal. Así, por un lado, introdujo las «razones de género» como uno de los motivos tasados en los distintos tipos penales relacionados con los denominados delitos de odio⁷, mientras que, por otro, suprimió del texto punitivo toda referencia expresa a los delitos de violencia de género, en concreto de los arts. 83.1 *in fine* y del tercer párrafo del art. 88.1, ambos del Código Penal, que establecían una serie de especificidades para la concesión de la suspensión o de la sustitución de las penas⁸.

consultarse en: <https://www.uv.es/~ivorra/documentos/Genero.htm> (consultado: 27-5-2019).

⁶ Propuesta 84 del Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género, aprobado por la Comisión de Igualdad del Congreso pendiente de su posterior tramitación parlamentaria; publicado en el *BOCG, Congreso de los Diputados, serie D: General*, 8 de agosto de 2017, número 200.

⁷ Por delitos de odio me remito a la clasificación efectuada por Landa Gorostiza, que establece una serie de «delitos de odio en sentido estricto», esto es, la agravante genérica de discriminación reconocida en el epígrafe 4.º del art. 22 CP y los delitos recogidos en el libro II, título XXI, capítulo IV, sección 1.ª del CP (arts. 510 a 521); y, por otro lado, los denominados «delitos de odio en sentido amplio», consistentes en las amenazas dirigidas a atemorizar a un grupo social o poblacional (art. 170.1 CP), las torturas basadas en algún tipo de discriminación (art. 174 CP), el descubrimiento y revelación de secretos por motivos discriminatorios (art. 197.5 CP), la discriminación en el empleo (art. 314 CP), el delito de genocidio (art. 607 CP) y los delitos de lesa humanidad (607.bis CP). Véase sobre esta cuestión, entre otros, Landa Gorostiza (2018: 17).

⁸ Pese a las críticas que se produjeron a este respecto en sede parlamentaria, entiendo que esta supresión resulta coherente desde la propia sistemática del Código Penal. En primer lugar, por cuanto que se reduce la confusión entre el concepto de violencia de género y los delitos cometidos por razones de género y, en segundo lugar, porque así se evita para su interpretación la remisión a otro texto legal, a la LMPIVG, dotando de mayor seguridad jurídica al sustituir esta expresión por la de «delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia».

En definitiva, conviven en nuestro texto punitivo distintos tipos penales relacionados con la violencia que se ejerce sobre las mujeres; esto es, por un lado los tipos género-específicos que introdujo la LMPIVG, seleccionados con base en la reiteración delictiva⁹ y, por otro, los delitos introducidos mediante la LO 1/2015 y que se fundamentan, según el epígrafe XXII del preámbulo, en el Convenio de Estambul¹⁰.

II. EL CONCEPTO SOCIOCULTURAL DE GÉNERO: SEXO VS. GÉNERO

Como tendré ocasión de desarrollar con posterioridad, el Código Penal contiene una dispersión de preceptos que aluden o están relacionados con la violencia de género o violencia que se comete sobre la mujer por motivos de género. Pero estos artículos no van a tener siempre el mismo alcance en cuanto a la interpretación sobre qué ha de entenderse por violencia de género o violencia por razones de género. De hecho, esta aparente incoherencia terminológica, que obedece a la voluntad del legislador de castigar de manera separada distintos tipos de violencia que se cometen sobre las mujeres, y que distingue si los sujetos intervinientes son o han sido pareja, guarda relación con la evolución sociocultural del propio concepto de género y su diferenciación con el sexo. Todo ello sin olvidar que aunque el concepto «género» está ya normalizado en nuestra sociedad, y parece existir consenso en cuanto a su interpretación, existen también posicionamientos disidentes al respecto¹¹.

⁹ En este sentido, refiere Laurenzo Copello que «la selección de las conductas punibles no se hizo en función de su gravedad, sino de su frecuencia comisiva. De ahí que las agravantes de género se encuentren en delitos tales como el maltrato de obra que no produce lesiones, las lesiones leves o las amenazas y coacciones también leves y en cambio no exista un delito de feminicidio asociado a los tipos penales contra la vida» (Laurenzo Copello, 2015: 786).

¹⁰ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 10 de abril de 2014, publicado en el *BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2014, y en vigor para nuestro país desde el 1 de agosto de 2014.

¹¹ En este sentido, por un lado, la Real Academia de la Lengua Española, en el informe citado con anterioridad, inicialmente entendió que esta diferenciación era artificial y se trataba de una errónea traslación a España que se ocasionó como consecuencia de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, celebrada en septiembre de 1995 (aunque ya en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española cambia de posicionamiento y admite género desde un punto de vista sociocultural y

Hasta mediados del siglo xx el concepto de género tenía un uso meramente gramatical, de modo que no se relacionaba con las personas o los animales (la idea, en definitiva, de que los seres vivos tienen sexo, pero no género). Es con ocasión de la publicación de la obra de Simone de Beauvoir *El segundo sexo*, en el año 1949, cuando se considera que surge la idea de diferenciar lo biológico de lo sociocultural relacionado con cada uno de los grupos de sujetos diferenciados en una estructura dicotómica y patriarcal. Esto es, rompe con la idea de que entre hombres y mujeres hay una serie de diferencias biológicas y, por lo tanto, naturales, y entiende que se ha producido una construcción sociocultural en virtud de la cual se divide a hombres y mujeres según una serie de rasgos y características diferenciadas entre cada una de estas categorías. De este modo, desnaturaliza estas asignaciones a los distintos sexos por las que se entiende que fuerza, autoridad, productividad, etc. corresponden al hombre de manera natural, mientras que sumisión, debilidad, tareas asistenciales y reproductivas, etc. corresponden a la mujer por su biología. En palabras de la propia autora, «no se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico, económico, define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; el conjunto de la civilización elabora este producto intermedio entre el macho y el castrado que se suele calificar de femenino» (De Beauvoir, 2005: 371).

Este concepto empezará a generalizarse a partir de los años setenta gracias a los movimientos feministas estadounidenses, que llevarán a cabo los primeros estudios de género en el entorno anglosajón para luchar contra la desigualdad entre hombres y mujeres. De este modo, el género «va a inscribirse en la teoría feminista como una nueva perspectiva de estudio, como una categoría de análisis de las relaciones entre los sexos, de las diferencias de los caracteres y roles sociosexuales de hombres y mujeres y, finalmente, como una crítica de los fundamentos «naturales» de esas diferencias» (Osborne y Molina, 2008: 147).

De este modo, y con carácter general, el concepto de «sexo» hace referencia exclusivamente a lo biológico, de modo que se define al sujeto entre hombre y mujer según una serie de características orgánicas, anatómicas, y fisiológicas, por lo que, de forma mayoritaria, se diferencia a las personas según

no solo biológico). Y, por otro, algunos autores o autoras como Butler, entienden que ambos términos, «sexo» y «género», son construcciones socioculturales o lingüísticas, y no biológicas, y así, indica que «los cuerpos no son algo natural, sino que son culturalmente contruidos y que el sexo no es algo biológico, naturalmente inscrito en el cuerpo, sino que está sujeto al devenir histórico y que en vez de dos sexos podrían haberse establecido tres, cuatro, etc.» (Butler, 2006: 13).

el sexo masculino o femenino¹². Por el contrario, el concepto «género» hace referencia a la construcción social generada en torno a los sexos, es decir, al «conjunto de elementos públicos o privados que hace que nos identifiquemos como hombres o mujeres, de acuerdo con esos patrones socioculturales y según los modelos dominantes que interiorizamos como valores y normas de comportamiento» (Mirat y Armendáriz, 2007: 20). De este modo, tradicionalmente, en términos de desigualdad se ha venido asignando a ambos sexos una serie de roles o funciones determinadas como consecuencia de la estructura patriarcal, y por lo tanto dicotómica, de la sociedad, siendo así que a la mujer se le han atribuido funciones privadas o correspondientes al ámbito doméstico (cuidado, afecto emocional y sexual, reproducción biológica, etc.) mientras que al hombre se le han asignado funciones públicas y productivas (trabajo remunerado para el mantenimiento de la unidad familiar, protección, toma de decisiones, etc.); funciones de cada uno de los sexos que lleva aparejado un carácter o un estereotipo diferente respecto al modo de actuar (debilidad, dependencia y sumisión frente a fuerza, asertividad y autonomía).

Es precisamente la falta de adecuación del sujeto al rol de género socio-culturalmente establecido, esto es, que un hombre o una mujer lleven a cabo comportamientos que socialmente son asignados al sexo contrario, lo que ha supuesto, en múltiples ocasiones, que dicho sujeto sea objeto de discriminación e incluso la comisión de agresiones, acometimientos, etc. A modo de ejemplo, el delito cometido contra un hombre porque es bailarín de ballet, siendo esta actividad entendida como propia de las mujeres, de modo que «choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye a su género masculino» (Díaz López, 2016: 47).

III. EL CONVENIO DE ESTAMBUL: UN CONCEPTO VINCULANTE DE VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES

El Convenio de Estambul supone una herramienta vinculante para todos los Estados parte de vital importancia para la lucha contra la violencia que se

¹² Aunque por exceder de lo tratado en este epígrafe no voy a tratar esta circunstancia, además de los sexos hombre y mujer hay realidades de intersexualidad y hermafroditismo o el denominado tercer sexo, que supera la tradicional diferenciación binaria que se ha dado al concepto sexo. Motivo por el que algunos países como Alemania, la India, Bangladés, Argentina y Australia han creado el concepto jurídico de tercer sexo, tercer género o sexo neutro.

ejerce sobre las mujeres por el hecho de ser mujeres en el ámbito territorial del Consejo de Europa.

Por un lado, y en relación con aquellos Estados que, a diferencia de España, carecían de una ley integral y multidisciplinar al respecto

el convenio va a cumplir un importante papel unificador y armonizador. Para ello el Convenio, que se refiere a la violencia sobre la mujer y la violencia doméstica, adopta una estructura similar a las leyes integrales y se ocupa tanto de políticas de prevención y educativas, como de normas civiles, penales y procesales, añadiendo también previsiones internacionales sobre migración y asilo así como la creación de un grupo de expertos denominado GREVIO (Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica) (Lloria García, 2015: 90).

Pero, por otro lado, a España le va a afectar en cuanto a que va a suponer necesariamente una reconsideración del alcance de la violencia de género, que hasta entonces se encontraba limitada conforme a lo dispuesto en el art. 1 LMPIVG, a la que se ejerce por el hombre sobre la mujer pareja o expareja (con o sin vínculo conyugal).

1. LOS ANTECEDENTES INTERNACIONALES DEL CONVENIO DE ESTAMBUL

Aunque en la actualidad existen múltiples instrumentos internacionales que se refieren expresamente a la violencia de género o violencia que se ejerce contra o sobre las mujeres, y que la diferencia de la violencia doméstica o en el ámbito familiar, resulta significativo que hasta los años noventa no empezasen a consolidarse de manera expresa y diferenciada estos conceptos que tratan de determinar el carácter estructural de este tipo de comportamientos. En este sentido, resulta

significativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esa forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979. Solo a partir de los años noventa comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del mismo año, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995) (Maqueda Abreu, 2016: 2).

En 1975, durante la Primera Conferencia Mundial de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU, celebrada en México,

se definió un plan de acción mundial para la consecución de los objetivos del Año Internacional de la Mujer. Sin embargo, y pese a introducir un importante número de directrices a tomar en cuenta para conseguir la evolución en la igualdad de la mujer¹³, no se consiguió un reconocimiento formal de la importancia del grave problema de la violencia sobre la mujer en el ámbito familiar, no llegando más allá de alguna mención genérica.

Poco tiempo después, en 1979, se aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), en la que la comunidad internacional era consciente de la gravedad de la violencia ejercida sobre las mujeres. En dicha convención los «Estados parte condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas» y se comprometen a adoptar las medidas apropiadas para modificar «los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres». Pese a ello, no se menciona de manera expresa la violencia sobre la mujer, ni tan siquiera la que se ejerce en el ámbito doméstico o familiar, es decir, que sigue sin reconocerse expresamente la relación entre la violencia que se ejerce sobre las mujeres, ya sea en el ámbito familiar o fuera de él, y la discriminación derivada de una sociedad patriarcal que, de manera estructural, clasifica a hombres y mujeres según unos roles socialmente determinados. No obstante, tan solo un año después, en 1980, en la Segunda Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Década de la Mujer, que tuvo lugar en Copenhague, se hace una mención expresa sobre la «mujer maltratada y violencia en la familia» en la que se reconoce que «la violencia en el hogar y en la familia, así como en las instituciones, y en particular la violencia física, sexual y otras formas de abuso sobre las mujeres, niñas y adultas, constituye una ofensa intolerable a la dignidad de los seres humanos», considerando la misma tanto un grave problema para la salud mental y física de los miembros de la familia como un problema social¹⁴.

Será en 1993 cuando se apruebe la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Resolución A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994, de la AG de la ONU) que, aunque carece de carácter vinculante, es

¹³ Puede accederse al Informe de la Conferencia Mundial del Año Internacional de las Mujeres, celebrado en México del 19 de junio al 2 de julio de 1975 en: <http://bit.ly/2qhCuWb>.

¹⁴ Página 67 del Informe de la Conferencia Mundial de Naciones Unidas Década de la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, accesible en: <http://bit.ly/35CybEU>.

considerada como el primer instrumento de derechos humanos que reconoce formalmente y en el ámbito internacional el problema de la violencia de género y, en particular, de los malos tratos sufridos por las mujeres en el ámbito familiar o asimilado. Ya desde esta declaración, como indica Pérez Manzano, los documentos internacionales «caracterizan a la violencia sobre las mujeres como violencia de género, apelando, con ello, tanto a su origen como a su carácter instrumental respecto de la discriminación social de las mujeres» (Pérez Manzano, 2016: 19).

En esta declaración no se utiliza expresamente el concepto de «violencia de género», sino el de «violencia contra la mujer», entendiendo como tal «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada»¹⁵. No limita, así, este tipo de violencia a la que se ejerce en el ámbito familiar o asimilado, ya que reconoce un listado *numerus apertus* de actos que deberán entenderse como violencia contra la mujer: violencia física, sexual y psicológica tanto en el ámbito familiar (malos tratos, abuso sexual de las niñas en el hogar, violencia relacionada con la dote, violación por el marido, mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y violencia relacionada con la explotación) como en el ámbito social (violación, abuso sexual, acoso e intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, trata de mujeres y prostitución forzada) e incluso la violencia institucional (violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra)¹⁶. Es a partir de este instrumento internacional cuando generalizará el uso del concepto de «violencia de género» (Noya Ferreiro, 2008: 210).

Es consecuencia de esta declaración que apenas dos años después se hablara expresamente de la violencia de género y del propio concepto de género en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín (1995). Con ocasión de este encuentro internacional se aprueba la Declaración de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer de Beijing en la que se hace una constante mención al concepto de «género» y al tratar la violencia contra la mujer como uno de los objetivos estratégicos (capítulo IV.C) la define como

¹⁵ Art. 1 de la Resolución A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994, de la AG de la ONU.

¹⁶ Art. 2 de la Resolución A/RES/48/104, de 23 de febrero de 1994, de la AG de la ONU.

«todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada»¹⁷, enumerando una serie de circunstancias, *numerus apertus*, que deben ser consideradas violencia de género, tanto en el ámbito familiar o doméstico como en los ámbitos social e institucional. De este modo es en la Declaración de Beijing en la que se establece una relación directa entre la violencia ejercida sobre las mujeres y las razones de género, siendo la violencia contra la mujer «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo», dimanando esta violencia «esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad»¹⁸. Es consecuencia de esta declaración la generalización de los conceptos de ‘violencia sobre la mujer’ y ‘violencia de género’. La Declaración llega a introducir una declaración formal de la presidenta de la Conferencia sobre el concepto de género que se une a la misma como anexo IV del Informe.

2. EL ÁMBITO EUROPEO Y EL CONVENIO DE ESTAMBUL

Consecuencia de la Declaración de Beijing, en el marco de la Unión Europea, el Parlamento Europeo exigió el desarrollo de la misma mediante los oportunos instrumentos vinculantes. Así, poco después de su aprobación, mediante la Resolución A4-0250/97 «pide a la Comisión y a los Estados miembro de las Naciones Unidas, que tomen medidas para que las resoluciones adoptadas en la Cuarta Cumbre Internacional de la ONU celebrada en Pekin (Beijing), en septiembre de 1995, se conviertan en un convenio vinculante para todos los Estados» (Mirat y Armendáriz, 2007: 28). Resolución que se aleja, por tanto, de la limitada actuación de la UE en materia de igualdad de género, y que había venido restringiéndose, fundamentalmente, en la esfera del derecho laboral (Acale Sánchez, 2006: 56).

¹⁷ Epígrafe 113 del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing.

¹⁸ Epígrafe 118 del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing.

Por otro lado, el Consejo de Europa, siguiendo la voluntad de acabar con la violencia que se ejerce sobre las mujeres, va a dictar la primera norma internacional con carácter vinculante en materia de violencia de género, esto es, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul), aprobado el 11 de mayo de 2011 y en vigor para España desde el 1 de agosto de 2014. Como indica Gallego Sánchez, con este convenio «se adoptaba, por vez primera en el ámbito europeo, un tratado internacional de carácter vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que –también literalmente– se considera ya una grave violación de los derechos humanos». De modo que «viene a conformar con estos un marco jurídico internacional de derechos humanos para afrontar de forma eficaz y estratégica cualquier clase de violencia contra la mujer, arraigada en la sociedad, que se ha perpetuado a través de una cultura de tolerancia y negación, cuya causa y consecuencia se encuentra en la desigualdad entre hombre y mujer» (Gallego Sánchez, 2015).

Una de las funciones que lleva a cabo el Convenio de Estambul es, precisamente, delimitar una serie de conceptos básicos en relación con la violencia que se ejerce contra las mujeres y en el ámbito familiar. Términos que tienen su especial incidencia en las regulaciones de los Estados parte y que, como veremos más adelante, supone entender que el alcance del concepto de violencia de género en el ordenamiento jurídico penal español era excesivamente restrictivo y que motivará, necesariamente, una adecuación del Código Penal.

Si bien el alcance de la violencia de género o violencia sobre la mujer en el Convenio se nutre de la evolución que había tenido lugar en los estudios feministas que he tratado previamente, no lo hace de una manera completa, sino que «los asume solo parcialmente; y al no hacerlo con todas las consecuencias introduce algunos elementos de confusión» (Ventura Franch, 2016: 192).

El art. 3 del mismo se limita a las definiciones y a los efectos interpretativos del mismo, y así establece las siguientes definiciones:

- a) por «violencia contra las mujeres» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;
- b) por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en

- el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;
- c) por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;
 - d) por «violencia contra las mujeres por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;
 - e) por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;
 - f) el término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.

De estas definiciones se pueden extraer una serie de conclusiones. En primer lugar, se distingue de manera clara la violencia contra la mujer de la violencia doméstica o familiar, no relacionando esta última directamente con la violencia por motivos de género; es decir, que según el Convenio la violencia doméstica no se encuentra sexuada y los sujetos activo y pasivo pueden ser, indistintamente, hombre o mujer (Lousada Arochena, 2014: pág. 44)¹⁹. Pero es que, además, y conforme a lo previsto en el Convenio, «no hay que entender que la situación de violencia machista se limita solo a los casos en los que ha existido o pervive una relación sentimental, sino que cualquier delito del que sea víctima una mujer y que lo sufra precisamente por ser mujer y por razones de discriminación, ha de ser entendido como un delito de violencia de género o sobre la mujer» (Lloria García, 2019: 13).

En segundo lugar, entiendo que, dado que nos da una definición de «violencia contra las mujeres por razones de género» en la que el sujeto pasivo es mujer, de manera implícita está aceptando la existencia de la violencia por razones de género en la que el sujeto pasivo de la acción no sea necesariamente

¹⁹ El Convenio se ha alejado, por tanto, de la asunción que en tratados internacionales precedentes había existido en torno a la concepción de que la violencia doméstica o familiar era una parte de la violencia de género o violencia sobre la mujer. De este modo, Ventura Franch indica que «cuando parece que ya hay un consenso incluso doctrinal y en algunos normativos, de que la violencia que se genera en el ámbito doméstico es un tipo de violencia que tiene su origen en el sistema sexo/género, se vuelve a dar importancia a este tipo de violencia, dándole categoría jurídica diferenciada del concepto de violencia de género o violencia contra las mujeres. En este sentido, parece pues que el Convenio de Estambul represente un retroceso con respecto a la caracterización de la violencia doméstica» (Ventura Franch, 2016: 205).

una mujer. En cuanto al hecho de que el Convenio esté admitiendo que la violencia por razones de género se ejerza sobre los hombres, me refiero a que este tipo de violencia puede ejercerse tanto sobre el hombre como sobre la mujer, pero siempre que el motivo de la acción delictiva sea que el sujeto pasivo no se ajusta a los roles socialmente establecidos. Por ejemplo, un delito de *mobbing* o acoso laboral que se basa de manera exclusiva en el hecho de que el sujeto pasivo, hombre, se acoge a los permisos legal y convencionalmente establecidos para poder hacerse cargo de un hijo.

IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA VIOLENCIA POR RAZONES DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, que modificó de manera sustancial el Código Penal, se elimina del texto punitivo cualquier referencia a la violencia de género y, sin embargo, se introduce una serie de delitos cometidos por razones de género además de una agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4.^a CP). Pese a que se elimine cualquier mención expresa a la violencia de género van a subsistir de manera complementaria una serie de tipos género específicos en materia de violencia de género, en los términos contenidos en el art. 1 LMPIVG, junto con otra serie de preceptos que van a referirse a la violencia por razones de género en términos más amplios y ajustados al Convenio de Estambul.

Esto supone necesariamente distinguir entre ambos tipos de violencia y el alcance de los delitos que los regulan, al menos mientras no se actualice la definición sobre violencia de género en la LMPIVG para adecuarse al alcance del Convenio de Estambul.

1. VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL

El ordenamiento jurídico penal español introdujo por primera vez el concepto de «violencia de género» con la aprobación de la LMPIVG, superando los debates sociales y políticos que ello suponía.

Hasta dicho momento, el legislador y los poderes públicos habían utilizado distintos términos que eludían cualquier relación entre este tipo de violencia y la concepción estructural y patriarcal del papel de los hombres y de las mujeres en nuestra sociedad. Así, hasta los años noventa se hacía referencia principalmente a malos tratos, desvinculando la violencia del lugar en el que se producía (doméstica), del ámbito relacional (familiar) o de la concepción social

y estructural (género)²⁰. No obstante, a finales de los años noventa empieza a introducirse el concepto de «violencia doméstica» al haberse generalizado dicha expresión²¹, llegando a introducirse en la jurisprudencia²², hasta que en el año 2003 el legislador adopta este concepto de manera expresa al aprobar la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la Ley Orgánica 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

Con la aprobación de la LO 1/2004, se va a reconocer en nuestro ordenamiento jurídico penal el concepto típico determinado «violencia de género». Pese a que el preámbulo de dicha ley es más amplio y la define como aquella que «se dirige sobre las mujeres, por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión», en su art. 1 va a delimitarlo y a indicar expresamente que por este tipo de violencia se va a entender aquella que «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas 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». Con esto el legislador va a «reconocer que la violencia de género existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima —al hecho de ser mujer— y cuya

²⁰ A modo de ejemplo, en 1984 se publica por el Ministerio del Interior los primeros datos estadísticos en relación con las denuncias interpuestas en las comisarías del Cuerpo Nacional de Policía por violencia en el ámbito familiar bajo el epígrafe de «denuncias por malos tratos» (Montalbán Huertas, 2007). Y así, la LO 3/1989, de 21 de junio y la LO 14/1999, en sus propios títulos, se refieren a los malos tratos.

²¹ Así, el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 1998; en el mismo año el monográfico del Defensor del Pueblo con el título de «Informes, Estudios y Documentos. La violencia doméstica contra las mujeres», o la Circular número 1/1998, de 24 de octubre, de la Fiscalía General del Estado sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

²² A modo de ejemplo, la Sentencia número 927/2000, de 24 de junio, dictada por la Sala Segunda del TS, indica expresamente que «el artículo 153 del Código Penal penaliza la violencia doméstica, la importancia que esta tiene en la sociedad (al respecto basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones) exige una reflexión más detenida máxima si se tiene en cuenta que solo en dos ocasiones esta Sala ha analizado el artículo que se comenta en el marco de la casación —SSTS núm. 645/99 de 29 de abril y 834/00 de 19 de mayo—».

explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer» (Laurenzo Capello, 2005: 5).

Pese a la amplitud que parece reconocer la ley en su preámbulo, lo cierto es que se va a limitar única y exclusivamente a un tipo de violencia de género, esto es, a la violencia sobre la mujer en el ámbito de la pareja o expareja. De este modo, pese a que la norma pretende tener un alcance transversal e integral, «la violencia de género que la Ley lleva al CP y a las normas procesales no es toda la violencia de género, sino solo la que ejercen, por razón de género, los maridos o compañeros contra sus esposas o compañeras, quedando fuera del ámbito de los nuevos tipos la violencia que, aun siendo de género, tenga como víctima a una mujer que no sea, o haya sido, esposa o compañera sentimental, del agresor» (Manjón-Cabeza Olmeda, 2006: 18). En definitiva, la LMPiVG va a generar «una confusión denunciada en la doctrina entre la violencia de género contra la que declara reaccionar y la violencia familiar dirigida contra las mujeres por su pareja o expareja, que es en la que realmente incide» (Villacampa Estiarte, 2018: 15).

Consecuencia de este delimitado alcance, la CEDAW indicó expresamente que esta norma «no abarca la gama completa de la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja», por lo que instaba a nuestro país a «revisar su legislación sobre violencia contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia ejercitada por cuidadores, la violencia policial y la violencia en espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas»²³. Esto es, instó a nuestro país a superar «una ley incompleta, que solo concibe la violencia de género como un problema reducido al ámbito privado, omitiendo la violencia de género ejercida en el ámbito público» (Marín de Espinosa Ceballos, 2018: 13). De este modo, y siguiendo con ello, una de las propuestas que se reconoce en el Pacto de Estado en materia de Violencia de Género de la Comisión de Igualdad del Congreso es precisamente la de ampliar el concepto de «violencia de género» en los términos contemplados en el Convenio de Estambul²⁴.

²³ Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España examinados en las sesiones 1308 y 1310 del Comité, aprobadas en fecha 29 de julio de 2015.

²⁴ Propuesta 84 del Informe de la Subcomisión para un pacto de Estado en materia de violencia de género, aprobado por la Comisión de Igualdad del Congreso pendiente de su posterior tramitación parlamentaria; publicado en el *BOCG, Congreso de los Diputados, serie D: General*, 8 de agosto de 2017, número 200.

Debería el legislador, por tanto, proceder conforme a la modificación del concepto de «violencia de género» en el sentido de, conforme a lo dispuesto en el art. 3.º del Convenio de Estambul, contemplar como tal «todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

De este modo, y mientras que el legislador español no proceda a modificar el art. 1 LMPIVG, debe entenderse, a efectos jurídico-penales, que el concepto de «violencia de género» se limita a este tipo de violencia, esto es, la que se lleva a cabo por el hombre frente a quien «es o ha sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia»²⁵.

No obstante, y frente al concepto de «violencia machista», que «se vincula a la idea de exigir la prueba de la discriminación de la mujer por razones machistas, evitando una aplicación objetiva de la norma en los casos de violencia de hombres sobre las mujeres con las que forman, o han formado, pareja sentimental» (Lloria García, 2019: 7), el Tribunal Supremo, en una sentencia que ha supuesto una importante crítica doctrinal, ha determinado que en el caso de este tipo de violencia de género «la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, añadido al genérico de la consciencia y voluntad de la agresión, sería contraria a la fuente normativa. Esta exige voluntad de agredir, pero no reclama que el autor además muestre voluntad de dominar o discriminar»²⁶.

2. VIOLENCIA POR RAZONES DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 1/2015 introduce un nuevo concepto de violencia, al incorporar las «razones de género» como motivo de discriminación contemplado en la circunstancia agravante regulada en el art. 22.4.º CP en la parte general así como en determinados delitos o tipos concretos²⁷.

Este nuevo concepto introducido en el texto punitivo guarda relación directa con las definiciones contempladas en el Convenio de Estambul, y no con la LMPIVG, y ello atendiendo a la propia fundamentación que nos ofrece el legislador en la propia norma, quien en el preámbulo indica que

²⁵ Entre otros, art. 153.1 del Código Penal.

²⁶ STS número 99/2019, de 26 de febrero, fundamento jurídico tercero.

²⁷ Arts. 510, 511, 512 y 607 bis CP.

se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.^a del art. 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo²⁸.

Interpretación avalada también por la jurisprudencia existente al respecto, entre otras, en las Sentencias 420/2018, de 25 de septiembre, 565/2018, de 19 de noviembre y 707/2018, de 15 de enero de 2019. A este extremo se añade el hecho de que con esta misma ley, el legislador, y a fin de evitar cualquier tipo de interpretación distinta, elimina el concepto de «violencia de género» de los preceptos que expresamente se referían a ella en el Código Penal.

De este modo, la violencia o los delitos cometidos por razones de género no va a limitarse a la que se comete en el seno de la pareja o expareja sino que, en los términos contemplados en el art. 3.c del Convenio, se aplicará a aquellos supuestos en los que el autor ha actuado por motivos discriminatorios contra el sujeto pasivo por razón de los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, con independencia de las relaciones existentes entre los sujetos intervinientes. Hechos en los que no será necesario que exista o haya existido una relación de tipo conyugal o afectiva entre los sujetos activo y pasivo.

Frente a este posicionamiento, asumido por la jurisprudencia²⁹, algunos autores entienden que hay que vincular el concepto de «violencia de género» reconocido en el art. 1 LMPIVG con este nuevo concepto introducido mediante LO 1/2015, y así indican que atendiendo a «una interpretación teleológica-sistemática es obligado circunscribir el ámbito de aplicación de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género a la violencia ejercida por un hombre sobre su pareja o expareja mujer, tal y como dispone el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004» (Rueda Martín, 2019: 23). No obstante, entiendo que no resulta admisible dicho posicionamiento atendiendo, en primer lugar, y como se ha indicado con anterioridad, al preámbulo de la propia norma, lo que hace que haya que relacionar este concepto con la definición

²⁸ Epígrafe XXII del preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁹ Entre otras, STS núm. 565/2018, de 19 de noviembre, y STS 99/2019, de 26 de febrero.

contemplada en el art. 3.ª del Convenio de Estambul. Por otro lado, y en relación con la interpretación teleológica-sistemática y la interpretación histórica, hay que tener en cuenta que el legislador, en la misma ley orgánica por la que introduce la agravante por razones de género elimina del texto punitivo el término «violencia de género», introduciendo este nuevo, y precisamente con el fin de evitar toda confusión que pueda haber al respecto y cualquier remisión de estos nuevos delitos a este concepto. En este sentido, y ante la crítica que se efectuó en sede parlamentaria durante la tramitación de la LO 1/2015, en la que se reprochaba al Gobierno eliminar la rúbrica de delitos relacionados con la violencia de género, el ministro de Justicia indicó que dicha eliminación respondía a la falta de una definición en el Código Penal y porque

el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica incluye un concepto de violencia de género diferenciado de la violencia intrafamiliar que no coincide con el objeto del artículo 1 de nuestra ley de violencia de género, y esa es la razón por la que optamos por delimitar con claridad y de forma ajustada a la ley de violencia de género el objeto de la norma, señorías, para evitar dudas que se podrían plantear si la ley utilizara un concepto que la ley de violencia de género y el convenio —que también tiene valor legal— definen de forma diferente. Por lo tanto, lo que hemos hecho ha sido garantizar al máximo la protección de la mujer³⁰.

De este modo se elimina el concepto de «violencia de género» de todo el Código Penal, evitando así la remisión a la LMPIVG, describiendo en cada caso a qué se circunscribe dicha violencia (la cometida por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad aun sin convivencia) y se introduce un nuevo concepto con distinta literalidad y que se refiere a otro tipo de violencia, la cometida por razones de género, y que no se circunscribe a la que se produce por el hombre frente a su pareja o expareja mujer.

Una duda que se plantea, atendiendo a la propia expresión contenida en el Código Penal, y que se refiere a la comisión del delito por razones de género, y no sobre la mujer por razones de género, es si el legislador ha ampliado el alcance del término a aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo del delito es un hombre que lleva a cabo un comportamiento distinto del correspondiente a su género en los términos socioculturalmente establecidos.

Por su parte, Borja Jiménez excluye esta posibilidad al indicar de manera expresa que en estos supuestos el legislador «cubriría exclusivamente los casos

³⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* publicado en el *BOCG*, núm. 165, de 12 de diciembre de 2013, Pleno y Diputación Permanente, pág. 45.

de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores» (Borja Jiménez, 2015: 122). De este modo, el autor no solo estaría excluyendo la posibilidad de que el sujeto pasivo sea varón sino que, al mismo tiempo, estaría admitiendo las conclusiones alcanzadas en la Sentencia del Tribunal Supremo número 99/2019, de 26 febrero, por la que se determina que en los delitos cometidos por el varón sobre su pareja o expareja mujer, no hay que acreditar «la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, añadido al genérico de la consciencia y voluntad de la agresión», mientras que cuando no nos encontremos ante este tipo de relación, sí habrá que acreditar la intención de dominio.

Frente a esta interpretación, Díaz López entiende que el sujeto pasivo también puede ser objeto de este tipo de violencia y, así, indica que «por ejemplo, si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino, y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por este motivo (‘porque los hombres no bailan ballet’), se aplicará la agravante, con independencia del efecto intimidatorio que en un colectivo supuestamente caracterizado por un género pueda tener ese hecho» (Díaz López, 2016).

Entiendo que, efectivamente, la violencia o la discriminación por razones de género va a afectar al sujeto pasivo tanto hombre como mujer, siempre y cuando nos encontremos ante aquel sujeto que no ajusta su actuación al rol de género socioculturalmente preestablecido y determinado, atendiendo a una sociedad patriarcal y dicotómica en el que hombres y mujeres se diferencian por el cumplimiento de un papel determinado. Esto es, que la agravación de las penas en los términos contenidos en el art. 22.4.º CP responde a una voluntad del legislador de sancionar con mayor pena y por suponer un incremento del injusto³¹ a quien con sus actos pretende discriminar al sujeto pasivo por no ajustarse a dicho rol de género. Y ello atendiendo a que el Convenio de Estambul define el concepto de «violencia sobre la mujer por razones de género», lo que implícitamente deja abierta la posibilidad de hablar, igualmente, de violencia sobre el hombre por razones de género. El hecho de que el legislador español, remitiéndose a dichas definiciones, no se haya limitado a la violencia sobre la mujer por estos motivos, debe entenderse como que ha pretendido incluir ambas posibilidades.

En este sentido, es habitual en los protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, encontrar actualmente una previsión en materia de permisos

³¹ Por exceder del presente trabajo, en relación con el fundamento de la circunstancia agravante me remito a Orejón Sánchez de las Heras (2019).

de coparentalidad, permisos de paternidad o permisos de maternidad. Así, califican como conducta constitutiva de acoso por razón de sexo (sin efectos penales) y que atentan a la dignidad del trabajador o trabajadora cuando el mismo se produce «por motivo de su género (porque no ejerce el rol que culturalmente se ha atribuido a su sexo) o en el ejercicio de algún derecho laboral previsto para la conciliación de la vida personal y laboral»³².

De este modo, un supuesto claro de discriminación por razones de género en el que el sujeto pasivo fuera hombre, sería su concurrencia en supuestos de acoso laboral o *mobbing* en los términos contenidos en el art. 173.1 del Código Penal³³ cuando dicha situación deviene de la voluntad del sujeto activo de atentar contra la dignidad del trabajador o funcionario porque este ha solicitado permisos de paternidad para cuidar de un hijo recién nacido, al ser esta función de cuidado ajena a los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones que nuestra sociedad considera propios de los hombres. Cuando un superior jerárquico llevara a cabo un trato vejatorio grave, de forma habitual, prolongado en el tiempo y de forma sistemática a un subordinado, llegando a causar al mismo graves problemas psicológicos, y se acreditara que dicha actuación es una venganza del sujeto activo por el mero hecho de que el trabajador solicita los permisos laborales que le corresponden a fin de hacerse cargo de las labores de cuidado de sus hijos, en lugar de que fuera la progenitora quien lo hiciera, podríamos encontrarnos ante la comisión de un delito de acoso laboral regulado en el art. 173.1 del Código Penal, concurriendo la circunstancia agravante de discriminación por razones de género reconocida en el art. 22.4.º del mismo texto legal.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El legislador español mantiene en el Código Penal, por un lado, una serie de tipos de género específicos relacionados con la violencia de género en los términos contemplados en el art. 1 LMPIVG, esto es, aquella que se ejerce por

³² Protocolo para la Prevención y Abordaje del Acoso Sexual y por Razón de Sexo en la Empresa, aprobado por el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña, Comisión de Igualdad y del Tiempo de Trabajo, del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalitat de Catalunya, pág. 19.

³³ En relación con los requisitos para su aplicación, y dado que el análisis en profundidad del mismo sería excesivo para el presente artículo, resulta de interés para una primera aproximación Bustos Rubio (2013). Igualmente me remito, por su claridad y determinación, a la Sentencia 14/2016, de 4 de abril, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

el varón sobre la mujer que sea o haya sido su cónyuge o sobre la mujer que esté o haya estado ligado a él por una relación similar de afectividad aun sin convivencia. En definitiva, una serie de delitos introducidos mediante la LO 1/2004, y que se remite a un tipo específico de violencia por razones de género en el ámbito de la pareja o expareja y que el legislador los ha seleccionado por su frecuencia comisiva y no por su gravedad.

Por otro lado, ha introducido en una serie de delitos, conocidos popularmente como delitos de odio, la discriminación por razones de género y ha creado, al mismo tiempo, una agravante genérica de discriminación por razones de género aplicable a todo tipo de delitos, de modo que «la presencia ahora del género tiene, pese a lo que pudiera parecer *prima facie*, tiene (sic.) sustantividad propia» (Gómez Martín, 2016: 18).

De este modo, cumple con la obligación derivada del art. 46 del Convenio de Estambul de introducir una serie de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, entre ellas la de cometer el delito por razones de género, y traslada el concepto de «violencia por razones de género» reconocido en el art. 3.a de dicho Convenio. Así, la violencia por razones de género debe entenderse en términos más amplios que lo que reconoce la LMPIVG, esto es, se remite a aquellos supuestos en los que el sujeto activo ha actuado por motivos discriminatorios contra el sujeto pasivo por razón de los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres, con independencia de las relaciones existentes entre los sujetos intervinientes y sin que se requiera que exista o haya existido una relación de tipo conyugal o análoga entre los sujetos activo y pasivo.

De este modo, el legislador ha superado la restricción en el alcance de la violencia de género en términos penales que incumplía los postulados del Convenio de Estambul al haberse limitado inicialmente, pese a la pretensión de la LMPIVG, a los hechos cometidos por el hombre contra quien es o ha sido su cónyuge o pareja mujer. Se pretende luchar contra todo tipo de violencia que se ejerce contra el sujeto pasivo por llevar a cabo un comportamiento que no se ajusta al rol de género socioculturalmente establecido. Ello implica la inclusión en este concepto de muchos otros supuestos no previstos antes de la aprobación de la LO 1/2015 e incluso, yendo más allá de las propias previsiones del referido convenio, introduce la posibilidad de que la violencia por razones de género se ejerza sobre el hombre y no únicamente sobre la mujer. Esto supone que, cuando el delito se comete sobre un hombre porque este no se ajusta a los papeles, roles o comportamientos socioculturalmente determinados en razón de su género, podemos calificar el mismo como violencia por razones de género. Así, a modo de ejemplo, podemos considerar violencia por razones de género la que se comete contra una mujer por llevar a cabo

una vida sexoafectiva más liberal de lo que se entiende apropiado para ella, pero también la comisión de un delito de *mobbing* o acoso laboral que se basa de manera exclusiva en el hecho de que el sujeto pasivo, hombre, se acoge a los permisos legal y convencionalmente establecidos para poder hacerse cargo de un hijo sin que remita el cumplimiento de dichas obligaciones familiares a su cónyuge o pareja mujer.

Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. Madrid: Reus.
- Borja Jiménez, E. (2015). La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª. En J. L. González Cussac (dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (pp. 119-123). València: Tirant lo Blanch.
- Bustos Rubio, M. (2013). El delito del acoso laboral: exigencias europeas y un análisis del tipo penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 13-52.
- Butler, J. (2006). Regulaciones de género. *Revista de Estudios de Género La Ventana*, 3 (23). 7-36.
- De Beauvoir, S. (2005). *El segundo sexo*. Valencia: Cátedra.
- Díaz López, J. A. (2015). *La reforma de la agravante genérica de discriminación*, ponencia efectuada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 22 de junio de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2mhqJNo>.
- Díaz López, J. A. (2016). Una agravante por motivos discriminatorios referidos al género de la víctima. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, 54.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Gallego Sánchez, G. (2015). El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer. *Revista de Jurisprudencia*, 2. Disponible en: <https://bit.ly/2lfeZLb>.
- Gómez Martín, V. (2016). Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18. Disponible en: <https://bit.ly/2meN4eO>.
- Landa Gorostiza, J. M. (2018). *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Laurenzo Copello, P. (2005). La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7-8. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>.
- Laurenzo Copello, P. (2015). ¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres? *Estudios Penales y Criminológicos*, 35, 783-830.
- Lloria García, P. (2015). La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El convenio de Estambul. En V. Pardo Iranzo (dir.). *La encrucijada de Europa. Luces y sombras para un futuro común* (pp. 89-94). València: Universidad de Valencia.

- Lloria García, P. (2019). La regulación penal en materia de violencia familiar y de género tras la reforma de 2015. Especial referencia al ámbito tecnológico. *Revista General de Derecho Penal*, 31, 10.
- Lousada Arochena, J. F. (2014). El derecho fundamental a vivir sin violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 31-48.
- Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2006). *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*. Madrid: Colex.
- Maqueda Abreu, M. L. (2016). La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8, 1695-0194.
- 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*, 20-27.
- Mirat Hernández, P. y Armendáriz León, C. (2007). *Violencia de género versus violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- Montalbán Huertas, I. (2007). Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico. *Circunstancia: Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, 12.
- Noya Ferreriro, M. L. (2008). La protección de la mujer víctima de violencia de género en Galicia: Regulación procesal. *Estudios Penales y Criminológicos*, 28, 783-830.
- Orejón Sánchez de las Heras, N. (2019). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*. Madrid: Iustel.
- Osborne Verdugo, R. y Molina Petit, C. (2008). Evolución del concepto de género. *Empiria, Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 15, 147-182. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/empiria.15.2008.1204>.
- Pérez Manzano, M. (2016). Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 17-65.
- Rueda Martín, M.^a Á. (2005). 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. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>.
- Ventura Franch, A. (2016). El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica. *Revista de Derecho Político*, 97. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.97.2016.17622>.
- Villacampa Estiarte, C. (2018). Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-04.