



Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso: 2020/2021

Convocatoria: Septiembre

LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL

GENDER VIOLENCE IN THE PENAL CODE

Realizado por la alumna D^a. Janet Álvarez Campos

Tutorizado por la Profesora D^a. Judit García Sanz

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

In this paper we address the criminal response to gender violence, this problem acquires great relevance after the approval of LO 1/2004, of December 28, on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence, which motivates the reform of the Code Criminal and introduces specific criminal measures. However, all figures of gender violence required the existence of an affective relationship for its application.

Subsequently, LO 1/2015, of March 30, which modifies Organic Law 10/1995, of November 23, of the Penal Code, provides a broader response to gender violence by introducing gender without the requirement of the previous existence of an affective relationship. Specific, gender is introduced in the general part as one of the reasons for aggravating discrimination in art. 22.4 CP, being able to apply this gender motivation in the different criminal figures of the special part and also introduces other crimes such as stalking, sexting, etc. in the special part, thus expanding the field of application beyond the strictly affective.

Specifically, we address the study of the crime of injuries of art. 148.4 CP and art. 153 CP, of the minor threats of art. 171.4 CP, of the slight constraints of art. 172.2 CP, forced marriages of art. 172 (bis) CP, persecutory harassment or stalking of art. 172 (ter) CP, the slight injuries or vexations of art. 173.4 CP and the so-called sexting of art. 197.7 CP.

Finally, we will also raise other practical problems in the application of these crimes, such as the requirement of domination or sexist element and the possible violation of the *non bis in idem*, especially in relation to the gender aggravation and the mixed aggravation. of kinship in those cases. in which the circumstance is implicit in the specific criminal figure.

Key Words: gender violence, machismo, aggravating by reason of gender, women and discrimination.



RESUMEN

En este trabajo abordamos la respuesta penal frente a la violencia de género, este problema cobra gran relevancia a partir de la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que motiva la reforma del Código penal e introduce figuras delictivas específicas de violencia de género, sin embargo, todas ellas requerían para su aplicación la existencia de una relación afectiva.

Con posterioridad, 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, da una repuesta más amplia a la violencia de género al introducir el género sin la exigencia de la existencia previa de una relación afectiva. En concreto, se introduce el género en la parte general como uno de los motivos de la agravante de discriminación del art. 22.4ª CP, pudiendo aplicarse esta motivación de género en las diversas figuras delictivas de la parte especial y también se introduce en la parte especial otros delitos como el stalking, el sexting, etc., ampliando así el campo de aplicación más allá del estrictamente afectivo.

Concretamente, abordamos el estudio del delito de lesiones del art. 148.4 CP y art. 153 CP, de las amenazas leves del art. 171.4 CP, de las coacciones leves del art. 172.2 CP, los matrimonios forzosos del art. 172 (bis) CP, el acoso persecutorio o stalking del art. 172 (ter) CP, las injurias o vejaciones leves del art. 173.4 CP y el denominado sexting del art. 197.7 CP.

Por último, también plantearemos otros problemas prácticos en la aplicación de estos delitos como la exigencia del elemento de dominación o machista y la posible vulneración del *non bis in idem* sobre todo en relación a la agravante de género y la agravante mixta de parentesco en aquellos casos en que la circunstancia esté implícita en la concreta figura delictiva.

Palabras clave: violencia de género, machismo, agravante por razón de género, mujer y discriminación.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO	2
3. CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	6
3.1. Sujetos.....	9
3.2. El elemento subjetivo de dominación o machista.....	12
3.3. La agravante por razón de género (art. 22.4ª CP).....	15
4. LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	24
4.1. Lesiones y malos tratos de obra.....	24
4.3. Amenazas leves.....	30
4.4. Coacciones leves.....	32
4.5. Matrimonios forzosos.	35
4.6. Delito de acoso persecutorio (stalking)	38
4.7. Delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales (sexting)	43
5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA	48
BIBLIOGRAFÍA	51
ÍNDICE DE SENTENCIAS	54

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos la violencia de género, que es un problema de desigualdad y discriminación por razón de género. Tiene su origen en la sociedad en la que vivimos, a raíz de la estructura patriarcal y machista que ha perseguido y castigado a las mujeres año tras año (durante décadas). Es por ello por lo que, esto ha provocado que, en la actualidad, la sociedad se preocupe, tomando conciencia para intentar erradicar este problema.

Como consecuencia, la preocupación ante las situaciones de violencia contra las mujeres, está siendo cada vez más objeto de debate doctrinal y jurisprudencial, dando lugar a una respuesta de ley, para conseguir proteger y amparar a la mujer ante las situaciones de violencia de género.

En este sentido, podemos observar la evolución legislativa en el marco de la violencia de género, no solo en la normativa estatal (a la que se le suman las medidas complementarias), sino también en el ámbito internacional, que se recogen en el Código de Violencia de Género y Doméstica, de 5 de julio de 2021, las más importantes y destacadas, ante su repercusión, son: el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul, el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul) y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG).

Así pues, debemos hacer alusión a la definición de violencia de género, que en pocas palabras se puede definir como: toda la violencia contra la mujer por el simple hecho de ser mujer. Para una concepción mucho más detallada podemos remitirnos a la normativa anteriormente nombrada, cada una da una definición de lo que se entiende por violencia de género, entre otras acepciones.

El propósito de este trabajo consiste en conceptualizar la violencia de género, y a su vez establecer su distinción con la violencia familiar o doméstica. De este modo, podremos diferenciar la respuesta que se le da a la violencia de género en general frente a cualquier conducta que tenga esa motivación machista en el ámbito familiar.

Además, también se expondrán otros problemas prácticos en la aplicación del delito de violencia de género y familiar, analizando los sujetos intervinientes, ya que en función de quien sea se corresponderá a una violencia u otra. También se tratará la exigencia del elemento de dominación o machista, así como la posible vulneración del *non bis in idem* tanto en la agravante por razón de género como en la agravante mixta de parentesco.

Finalmente, la última parte del trabajo versará sobre los delitos de la violencia de género, como son las lesiones y malos tratos de obra, las amenazas leves, las coacciones leves, el matrimonio forzado, el acoso persecutorio y la difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales. Eso sí, en este trabajo no entraremos en detalle de manera específica en otras figuras que hacen referencia al ámbito familiar, como son la violencia habitual del art. 173.2 CP y las injurias o vejaciones leves del art. 173.4 CP, a causa de que no conllevan género.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El origen de la violencia de género no viene desde hace algunos años, sino más bien desde siempre, debido a que el germen ha sido la discriminación hacia el género femenino en la sociedad en todos los sentidos, de forma constante y continúa. Por tanto, este tipo de violencia se originó por considerar al hombre primario y superior frente al papel secundario e inferior que se impuso a la mujer por el mero hecho de ser mujer.

A día de hoy, nuestra legislación ha avanzado en nuestro ordenamiento jurídico penal español, el legislador ha querido dar respuesta tanto a los casos de violencia de género como la violencia ejercida en el ámbito familiar. No obstante, esta evolución no solo se puede apreciar en nuestro sistema penal español, sino también en el ámbito civil y en el ámbito internacional por el aumento del rechazo a este tipo de violencia¹.

Al respecto, haré un breve recorrido en la evolución legislativa en el derecho penal español sobre la violencia de género. De este modo, hasta la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, no se creó un tipo penal que regulara el delito de

¹ HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099>., pág. 10.

violencia física familiar, pero gracias a esta ley se consiguió que este tipo de conductas habituales, que hasta ahora solo eran constitutivas de faltas se elevaran a delito.

Posteriormente, no antes de los años 90, se llevaron a cabo algunas reformas, la primera reforma tuvo lugar con la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código penal, con esta ley, el delito de violencia habitual que se recogía en el art. 425 CP se trasladó al art. 153 CP, que establecía el delito de lesiones habituales, ampliando el catálogo de sujetos.

Las siguientes modificaciones fueron la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del CP y la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta última ley cambia la redacción del art. 153 CP, incorporando la violencia psíquica y aumentando el número de víctimas, “pues se elimina la necesidad de que la relación conyugal o la situación de convivencia subsista en el momento del maltrato”, además, incluyó los supuestos de matrimonio o convivencia *more uxorio*, pero también definió legalmente el término de habitualidad².

Después, en el año 2003, se creó la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, a través de la cual se estableció la prohibición de aproximarse tanto a la víctima como a su familia (arts. 48 y 57 CP) y también se introdujo la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que trajo algunas modificaciones, como por ejemplo “traslada al Título VII como delito contra la integridad moral los supuestos de violencia familiar habitual, ubicándolos en el art. 173” en su apartado segundo CP³, distinguió el delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP del delito de malos tratos no habituales en el art. 153 CP. También, elevó a la categoría de delito algunas conductas que eran constitutivas de faltas como las lesiones, los malos tratos sin lesión y la amenaza leve, e introdujo agravaciones en el art. 153 en su apartado segundo CP.

² SANZ MULAS, N., *Violencia de género y pacto de estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018., pág. 19.

³ RUBIDO DE LA TORRE, J. L., *Ley de violencia de género*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2008., pág. 61.

Seguidamente hubo otra reforma, esta es considerada como la más importante, fue con la LOMPIVG, vino a proteger a las mujeres de cualquier tipo de agresión por parte de los hombres. La nueva ley integral está basada en la LO 11/2003, de 29 de septiembre, anteriormente nombrada. Esta ley distinguió la violencia de género de la violencia doméstica, además, aumentó la conducta leve del ámbito familiar considerada normalmente como falta de lesiones, a la categoría de delito. Así, “la novedosa regulación modificó los arts. 148, 153, 171, 172, 468 y 620 del CP para aplicar el tan alabado, reiterado y consensuado principio de tolerancia cero en el ámbito de las acciones lesivas y perjudiciales cometidas en el seno del matrimonio o de la pareja sentimental”⁴ y también elevó a categoría de delito las que hasta ahora eran constitutivas de faltas (las lesiones, amenazas o coacciones).

Esta ley se llevó a cabo “por la voluntad del legislador de castigar el maltrato familiar en general y la violencia contra las mujeres en particular, dada la constatación de una realidad: la de que la violencia que sufren las mujeres maltratadas debe dejar de ser un asunto privado, ello unido a la presión social y de los medios de comunicación, ante el goteo incesante de mujeres asesinadas o heridas a manos de sus parejas o ex parejas”⁵.

No obstante, ya “existían desde antes de esta nueva reforma tipos delictivos y sanciones más que suficientes para los casos más graves de asesinatos, homicidios, lesiones graves y demás pero, tal y como apunta MUÑOZ CONDE, estos casos no son más que la punta del iceberg y, es por eso, que todas las reformas que se fueron introduciendo en el CP desde el año 1989 pretendían atajar el problema anticipando la intervención del derecho penal, introduciendo nuevos tipos penales de controvertida aplicación e interpretación, en consecuencia, con la idea de dar una respuesta efectivamente especializada a la violencia sufrida por las mujeres dentro del ámbito de la pareja”⁶.

⁴ Ibidem págs. 62 y 64., “Los artículos 33 a 42 de la Ley Integral son los que se centran en la reforma del Código Penal al modificar, para agravar las conductas hechas por los hombres maltratadores en los tipos contenidos en estos preceptos nombrados”.

⁵ SANZ MULAS, N., *Violencia de género y pacto de estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018., pág., pág. 22.

⁶ HERRERO ÁLVAREZ, M., *La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG)*. Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099>., pág. 15. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 20ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2015., pág. 161.

Al respecto, la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse en varias ocasiones ante las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que se le ha planteado a esta ley, destacando la STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, en relación con el art. 153 CP por la redacción dada al mismo por el art. 37 de la LOMPIVG debido a que tal precepto prevé una pena distinta en función de quien sea la víctima⁷.

Con posterioridad, tuvo lugar otra reforma, con la LO 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código penal (en adelante LO 1/2015), la cual no fue dirigida estrictamente a la violencia de género, pero incorporó cambios que afectaron a la misma, además adaptó “los delitos a la desaparición del Libro III relativo a las faltas (arts. 153.1, 171.1 y 172.3)”, introdujo la agravante por razón de género en el art. 22.4ª CP, además de la inclusión del delito de matrimonio forzado en el art. 172 (bis) CP, el delito de acoso persecutorio o stalking en el art. 172 (ter) CP y el delito denominado como sexting en el art. 197.7 CP⁸. La inclusión de estos últimos delitos son formas de la violencia de género que se expresan en el art. 1.3 LOMPIVG, estos delitos supusieron dudas e inseguridad jurídica en la doctrina⁹.

También, cabe hacer referencia a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, se creó para proteger a la víctima extraprocesalmente, para ello, se reconocieron los mismos derechos a las víctimas españolas y a las víctimas extranjeras¹⁰. No obstante, no toda la doctrina está de acuerdo en que la incorporación de este estatuto ha sido un total acierto, por ejemplo autores como SANZ MULAS, “determina que sin restar valor a lo que este Estatuto supone para la víctima del delito que ha tenido que esperar más de un siglo desde la publicación de la LECrim para que se le reconocieran sus derechos, entiende que este estatuto poco añade a lo ya establecido por la Ley Orgánica 1/2004 [...] y lo que suma corre el riesgo de quedarse en una mera declaración de intenciones”¹¹.

⁷ Ibidem, pág. 16. En este sentido, la STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, FJ 4, 7 y 12.

⁸ SANZ MULAS, N., *Violencia de género y pacto de estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018., pág. 25.

⁹ Ibidem, pág. 27. En este sentido, ACALE SÁNCHEZ quien afirma que “perjudica a las víctimas, que empiezan a perder la consideración de colectivo a los ojos de la ley penal”.

¹⁰ Ibidem, pág. 30.

¹¹ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, V., *El elemento machista en el delito de violencia de género (TFG)*. Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2020. Disponible en

Por último, señalar que se ha creado un Pacto de Estado contra la violencia de género con el fin de implementar medidas al respecto, sin embargo, hasta el momento solo el Real Decreto-Ley 9/2018 es la única norma que busca desarrollar el Pacto de Estado¹². Además, en nuestro sistema penal español cada comunidad autónoma cuenta con su propia normativa interna en relación a la violencia de género, un ejemplo es nuestra propia comunidad autónoma de Canarias con la Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género.

En definitiva, como se puede observar, ha habido un gran avance en la legislación al respecto, pero todavía queda mucho camino para alcanzar la erradicación de este problema que lamentablemente sigue a día de hoy dándose, imposibilitando que la mujer sea libre e igual al hombre, debido a la educación patriarcal que nos persigue.

3. CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Para poder abordar el concepto de violencia de género, la primera cuestión que tenemos que plantearnos es qué se entiende por violencia, para su posterior definición y distinción entre violencia de género y violencia familiar, esta diferencia es importante debido a que se cuestiona si se deben considerar sinónimos o no.

Por tanto, para conceptualizarlos, me remitiré primero a la OMS (2002), la cual nos da una definición de violencia generalizada, entendiéndola como “El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones”¹³.

De acuerdo con lo establecido y ya sabiendo que se entiende por violencia, haré referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia

<http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/19361>., pág. 13. En este mismo sentido, HERNÁNDEZ MOURA B., en SANZ MULAS, N., *Violencia de género y pacto de estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018., pág. 31., “lo cierto es que la LO 4/15 poco añade a lo ya establecido por la LOMPIVG, y lo que suma corre el riesgo de quedarse además en la mera declaración de intenciones, en el papel mojado de la publicidad política”.

¹² Ibidem, págs. 31 – 34.

¹³ Disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/violencia/violenciaSalud/home.htm> (fecha de última consulta: 31 de julio de 2021).

contra la mujer, de 20 de diciembre de 1993, pues en su art. 1 establece que se entiende por violencia contra la mujer, disponiendo que es “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”¹⁴.

También, la LO 1/2004, por su parte, en su art. 1.1 establece lo que se entiende por violencia de género: “1. 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, 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”¹⁵. Además, dicha ley hace alusión a los actos que son considerados como violencia de género en su art. 1.3 “3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”¹⁶. No obstante, la definición que nos da esta ley se ocupa solamente de la violencia contra la mujer en el ámbito afectivo, lo que conlleva que la protección que se pretende asegurar no llegue a más mujeres.

Por consiguiente, consideramos que la LO 1/2004 no engloba todos los casos de violencia contra las mujeres, es por ello por lo que me remitiré al Convenio de Estambul, pues en su art. 3 establece de forma más acertada la distinción entre violencia contra las mujeres y violencia doméstica, incluso dispone que se entiende por género y violencia contra las mujeres por razones de género, en sus letras a) – d): “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

¹⁴ Art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>

¹⁵ Art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. BOE nº 313, de 29 de diciembre de 2004 (en adelante LOMPIVG).

¹⁶ Art. 1.3 LOMPIVG.

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”¹⁷.

Después de la lectura de los preceptos, vemos que el concepto de violencia de género y violencia familiar o doméstica no son para nada comprendidos como sinónimos, debido a que en la violencia de género la víctima es solo la mujer y el agresor es solo el hombre, mientras que en la violencia familiar el sujeto pasivo puede ser cualquier persona en el ámbito familiar (ya sean niños, esposa, ancianos, ...) y el sujeto activo también puede ser cualquiera de ellos. Además, otra diferencia entre ambas es el *animus*, ya que en la violencia de género es el hombre por motivos de discriminación y dominación lo que le llevan a cometer dichos actos, mientras que, en la violencia familiar puede ser cualquier motivo el que conlleve dicha violencia.

En definitiva, como “la violencia de género se asocia de modo casi exclusivo a los malos tratos en la pareja, hasta el punto de que la LO 1/2004 circunscribe su ámbito de aplicación a las agresiones que sufren las mujeres a manos de quien sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligado a ellas por relaciones similares de afectividad, este enfoque reduccionista favorece la utilización de violencia doméstica y de género como sinónimos”, sin embargo, no lo son, ya que la violencia doméstica se

¹⁷ Art. 3 letras a) – d) del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE nº 137 de 6 de junio de 2014 (en adelante Convenio de Estambul).

centra en las relaciones propias de la familia y la violencia de género apunta a la discriminación hacia las mujeres¹⁸.

En este mismo sentido opina la doctrina, destacando, en particular, MAQUEDA ABREU, quien considera que “la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género, como consecuencia de una situación de discriminación que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal, por lo que, en efecto, no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia”¹⁹.

Al respecto, la jurisprudencia dispone que la violencia de género se tendrá en cuenta no solo en el ámbito afectivo (de la pareja o expareja), sino también en el sentido que recoge el Convenio de Estambul en su art. 3 ante cualquier ataque a una mujer por el hecho de ser mujer²⁰.

A mi modo de ver, las definiciones que establece el Convenio de Estambul son mucho más claras y diferenciadas que la que dispone la LOMPIVG, ya que en esta última no queda clara la distinción entre la violencia de género y la violencia familiar o doméstica, coincidiendo con lo establecido por la doctrina, en que ambos conceptos no son sinónimos, y la jurisprudencia.

3.1. Sujetos

Para poder abordar los sujetos intervinientes en la violencia de género, es necesario tener claro que estos no son los mismos que en la violencia familiar dado que son diferentes, esto se puede observar, nada más lejos, en lo establecido por el CP.

¹⁸ VEGA VALENCIA, A., *Violencia de género: regulación presente y futura* [TFG]. Facultad de Derecho, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2015., pág. 4.

¹⁹ MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-02, 2006. Págs. 02:1 – 02:4. En el mismo sentido, varios autores: MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 22ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2019., pág. 193 – 195. MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Estudio integral de la violencia de género*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, 2018., págs. 210 – 213. FERNÁNDEZ, FUSTES, M. D., COELLO PULIDO, Á., *La violencia contra la mujer*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2014., pág. 140.

²⁰ En este sentido, el Tribunal Supremo establece que cuando hay violencia contra la mujer por el mero hecho de serlo, no es necesario que haya una relación entre el agresor y la víctima, aplicándose, en ese caso, la agravante de género. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-la-aplicacion-de-agravante-de-genero-no-requiere-que-exista-una-relacion-entre-agresor-y-victima>

Por un lado, el tipo delictivo sobre violencia de género viene recogido en el art.153.1 CP, el cual solo se puede aplicar si el sujeto activo es varón y el sujeto pasivo mujer, nunca viceversa porque, en ese caso, no podría aplicarse el apartado primero del art. 153 CP, sino que entonces deberíamos remitirnos al apartado segundo del mismo precepto yendo ya por el tipo delictivo sobre violencia familiar. Eso sí, entre los sujetos debe haber existido matrimonio o relación de afectividad aun sin convivencia²¹. Por otro lado, el tipo delictivo sobre violencia familiar se recoge en el art. 153.2 CP, que se aplica siempre que la víctima del delito fuere una de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP, exceptuando las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo.

Como consecuencia, podemos observar que la violencia familiar se diferencia con la violencia de género en el círculo de sujetos activos y pasivos (agresores- víctimas), debido a que en la primera es mucho más amplio que en la segunda²².

Al respecto, la doctrina distingue diferentes clases de violencia en función de quien sea el sujeto activo y pasivo, destacando, en particular, HERNÁNDEZ HIDALGO, quien considera que “en la violencia de pareja se distinguen tres categorías: hombre – solo (cuando la agresión es cometida solo por el hombre), mujer – solo (cuando es solo la mujer quien lleva a cabo la conducta agresiva), recíproca (cuando la agresión es mutua), sobre todo hace referencia a la violencia intrafamiliar, en los que la violencia es distinta en función del tipo de víctima y grado de proximidad, distinguiendo en la violencia de pareja, si la violencia es bidireccional – ambos se agreden – o si es unidireccional – ejercida solo por uno de los miembros de la pareja”²³, en esta última los supuestos que se pueden dar son: “violencia de hombre a hombre, violencia de la mujer hacia el hombre, violencia de mujer a mujer, violencia de género (del hombre sobre la mujer) y violencia del hombre hacia la mujer cuando no concurre la especial situación de vulnerabilidad de la mujer propia de los casos de violencia de género”²⁴. En lo que

²¹ Art. 153.1 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995 (en adelante CP).

²² Arts. 153.2 y 173.2 CP.

²³ HERNÁNDEZ HIDALGO, P., *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2017., págs. 54 – 60.

²⁴ *Ibidem*, pág. 61.

respecta a la violencia entre familiares, incluye “la violencia paterno filial, filio parental y la que se produce entre hermanos”²⁵.

En la jurisprudencia, una parte de la jurisprudencia establece que para castigar los hechos cometidos no se tiene en cuenta el sexo del sujeto activo o pasivo sino más bien la conducta realizada, tal y como se expresa en la STS 4353/2018, de 20 de diciembre de 2018, en su voto particular: “no se trata 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. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”²⁶. Sin embargo, otra parte de la jurisprudencia afirma que para declarar la conducta en el art.153 CP ya sea de los apartados 1 y 2 se atiende “al sujeto activo del delito en cada caso, no habiéndose exigido por la norma penal ninguna exigencia de elementos intencional por el autor del ilícito penal a la hora de llevar a cabo su actuar antijurídico”²⁷.

En mi opinión, estoy de acuerdo con la doctrina y una parte de la jurisprudencia, entiendo que hay que atender a quien es el sujeto activo y pasivo para poder encajar cada hecho en el delito correspondiente en función de si se trata de violencia de género o violencia familiar, debido a que partimos de quien es el autor de los hechos y la víctima implicada para así poder saber ante qué tipo delictivo nos encontramos para su posterior castigo.

²⁵ Ibidem, pág. 63.

²⁶ STS 4353/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ. 2., Voto particular.

²⁷ STS 4353/2018, de 20 de diciembre de 2018, FJ. 2., FJ 3.

3.2. El elemento subjetivo de dominación o machista

El elemento subjetivo de dominación o machista se aprecia en el art. 1.1 LOMPIVG, que nace para combatir la violencia de género por parte del hombre a quien es o ha sido su mujer, tras la lectura del precepto se entiende que el hecho es constitutivo de violencia de género cuando sea “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres [...]”²⁸. Por ello, entendemos que el elemento subjetivo de dominación es el motivo o el impulso del agresor a someter o a dominar a la mujer por el simple hecho de ser mujer.

Sin embargo, “el CP no hace mención alguna a este elemento, solamente se limita a agravar la pena en aquellos supuestos en los que la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, centrándose en el aspecto objetivo de la violencia de género”²⁹.

Por consiguiente, este elemento ha sido cuestionado y ha dado varios planteamientos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Además, también se discute su concurrencia en las agresiones mutuas.

Al respecto, una parte de la doctrina entiende que no es necesario que concurra el elemento subjetivo en la violencia de género, mientras que otra parte de la doctrina considera que es primordial su concurrencia para que se considere el hecho como violencia de género.

Entre los autores que defienden su no consideración, destaca SÁNCHEZ YLLERA pues afirma que “no es necesario para considerar los hechos como constitutivos de un delito de violencia de género otro requisito, ya que la dominación no ha de ser probada debido a que se manifiesta en todas y cada uno de los casos de violencia que afecta al colectivo femenino”³⁰.

²⁸ Art. 1.1 LOMPIVG.

²⁹ HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099> ., págs. 20 – 21.

³⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, V., El elemento machista en el delito de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2020. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/19361> ., págs. 36 – 37. En este sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., en HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género

En sentido contrario, quienes defienden su necesidad para considerar que el hecho es de violencia de género, resalta RAMÓN RIBAS, manifiesta que “no es suficiente con que el agresor sea hombre y la víctima sea mujer, ni que ésta sea o haya sido pareja sentimental del agresor, pues la violencia ejercida debe constituir una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres o, más exactamente, una manifestación de discriminación, desigualdad o poder de un determinado hombre sobre una determinada mujer, debiendo conocer y ser consciente el autor de los hechos de que su conducta supone una humillación o degradación de la mujer por el mero hecho de serlo”³¹.

En la jurisprudencia, al igual que en la doctrina, también se cuestiona si es necesaria la exigibilidad del elemento subjetivo de dominación o no, “dando lugar a varias interpretaciones contradictorias debido a que el TS en algunas resoluciones se decanta en adoptar la exigencia del mismo y en otras parece adoptar la solución contraria”³².

Por lo tanto, una parte de la jurisprudencia se inclina a favor de su existencia, esta corriente está liderada principalmente por las Audiencias provinciales³³ y también por el TS, destacando la STS 58/2008, de 25 de enero de 2008³⁴. Mientras que otra parte de la

(TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099>, pág. 22.

³¹ Idem, pág. 37. En sentido similar, FUENTES OSORIO y LARRAURI PIJOAN, defienden la existencia del elemento subjetivo, pero además consideran que debe probarse, en HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099>., pág. 23.

³² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, V., El elemento machista en el delito de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2020. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/19361>., pág. 38.

³³ En este sentido, por ejemplo la SAP de Murcia 126/2011, de 17 de junio de 2011, FJ 3., “La situación de dominio exigible en tales situaciones, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión”.

³⁴ HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099>, pág. 25. En este sentido, la STS 58/2008, de 25 de enero de 2008, FJ 4., “Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género”.

jurisprudencia, mantiene en repetidas resoluciones la no exigibilidad de la concurrencia de un elemento específico subjetivo del injusto³⁵.

En mi opinión, estoy de acuerdo con parte de la doctrina y la jurisprudencia que entiende que debe darse el elemento subjetivo de dominación para que el hecho sea constitutivo de violencia de género, pues considero que ese es el germen por el que actúa el sujeto activo para doblegar a la mujer, por el simple hecho de ser mujer, ante la discriminación a este género que lleva a muchos hombres a cometer tales delitos, al sentirse superiores frente al colectivo femenino.

Por último, respecto a la concurrencia del elemento subjetivo en las agresiones mutuas, lo primero que tenemos que plantearnos es qué se entiende por agresiones mutuas, las cuales también son conocidas como riñas mutuas, la definición de las mismas ha sido establecida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En la doctrina, destaca, en particular, ACALE SÁNCHEZ, dispone que tales agresiones se basan en que “se agreden mutuamente un hombre y una mujer cuando en un mismo momento ambos se propinan golpes, insultos, etc.”³⁶. No obstante, en las agresiones mutuas de pareja hay un tratamiento distinto en la acción que ejerce el hombre y la mujer, por lo que, cuando no hay convivencia, la agresión del hombre es calificada como delito (art.153.1 CP) y la de la mujer como mera falta, sin embargo, aunque hubiese convivencia, en ese caso, se tendría que probar la vulnerabilidad de la víctima para así poderle aplicar la misma pena que al hombre³⁷.

La jurisprudencia, por su parte, en muchas de las sentencias de las Audiencias provinciales, las ha definido como “una riña mutua entre dos personas adultas en igualdad de condiciones y sin que ninguna de ellas se encuentre en una posición inferior a la de la otra parte en la contienda”³⁸. Aquí la jurisprudencia se divide, una parte la diferencia de la doctrina, que sí aprecia el art. 153 CP para imponer la pena al hombre,

³⁵ En este sentido, la STS 856/2014, de 26 de diciembre de 2014, FJ 4., cuando establece que “No es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico. Ese componente machista hay que buscarlo en el entorno objetivo, no en los ánimos o intencionalidades”.

³⁶ ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 7, 2009, pág. 62.

³⁷ Idem, pág. 62. En el mismo sentido, RUBIDO DE LA TORRE, J. L., *Ley de violencia de género*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2008., pág. 146.

³⁸ Idem, pág. 62.

pues la jurisprudencia considera que en este supuesto no sería aplicable el art. 153.1 CP, dado que esta clase de violencia no requiere el elemento subjetivo de dominación, en este mismo sentido, lo plantea FUENTES OSORIO, “en su opinión no es aplicable en los supuestos de riña mutua por no existir motivación de dominación machista”³⁹.

Mientras que otra parte de la jurisprudencia, establece que el art.153.1 CP sí “exige el ánimo o poder de dominación sexista, debido a que el hecho de que la mujer se revele y acometa a su pareja no implica que la intención del hombre no fuera de prevalimiento contra ella, por tanto, esta línea interpretativa considera que nada impide aplicar el art. 153 CP en un supuesto de agresiones mutuas”⁴⁰.

Ahora bien, ante los razonamientos descritos, cabe destacar también la STC 96/2008, de 24 de julio, ante la posible contradicción con el art. 14 CE sobre el tema de las agresiones mutuas en el ámbito de la pareja, en la cual tanto el hombre como la mujer se conforman con las penas impuestas, siendo la del varón más elevada que la de la mujer por dos meses, por consiguiente se planteó la cuestión de inconstitucionalidad por la aplicación al caso del art. 153 CP, en la medida que implicaba una pena distinta para cada uno de los imputados, finalmente se inadmitió pues no puede considerarse que sea contraria al principio de igualdad⁴¹.

Bajo mi punto de vista, estoy de acuerdo con el razonamiento de una parte de la jurisprudencia, la que considera que el elemento subjetivo de dominación siempre va implícito en cualquier tipo de violencia de género, a pesar de que sean agresiones mutuas, pues considero que la mujer en esos casos cuando también agrede a su pareja no implica que esté en una misma posición que la del hombre, dado que este cometió tal violencia por dominación machista y ella solo le agredió para defenderse.

3.3. La agravante por razón de género (art. 22.4ª CP)

La agravante por razón de género se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico penal español en el art. 22.4ª CP como un motivo de discriminación. No obstante, antes de la

³⁹ HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099> ., pág. 36.

⁴⁰ Ibidem., págs. 33 – 34.

⁴¹ Idem, pág. 36. En este sentido, la STC 96/2008, de 24 de julio de 2008, FJ 1 y 2.

reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, el género solo estaba presente como circunstancia específica en algunos delitos de la parte especial, si bien se limitaba su aplicación a aquellos supuestos en que la mujer mantuviera una relación sentimental con el agresor.

La introducción de esta agravante ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal en diferentes puntos, cuestionándose tanto su necesidad, si solo se aplica en el ámbito de pareja, como su delimitación frente a la agravante por motivos de sexo y la agravante mixta de parentesco, así como, su ámbito de aplicación y la posible vulneración del *non bis in idem* en su aplicación.

Por tanto, en primer lugar, haremos referencia al concepto de género, el cual se entiende como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, lo que conlleva al motivo discriminatorio y así lo explica el Convenio de Estambul al establecer que “la violencia contra las mujeres por razón de género es toda violencia contra una mujer porque es una mujer [...]”⁴². Aquí se puede observar claramente la razón de la incorporación de la agravante, que no es otra que por discriminación al sexo femenino, por el simple hecho de ser mujer ante el machismo y poder de superioridad del hombre sobre la mujer, siendo la razón por la cual el autor comete el delito sobre la víctima, vulnerando el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación.

Al respecto, la doctrina está dividida en torno al concepto de género, por una parte, algunos autores entienden que la razón que impulsa al autor a consumir el delito es el elemento subjetivo de la discriminación como causa suficiente para poder aplicarle la agravante por razón de género⁴³. Por otra parte, otros autores consideran que no debe atenderse al elemento subjetivo del delito, sino solo a los elementos objetivos⁴⁴.

Entre los autores que defienden la postura subjetiva, destaca LAURENZO COPELLO, afirma que el trato discriminatorio se debe por motivos patriarcales y machistas, al ser el

⁴² Art. 3 letras c) y d) del Convenio de Estambul.

⁴³ En este sentido, RUEDA MARTÍN, M^a. Á., en SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4^a CP)”, en *Artículo Doctrinal*, vol. 39, 2019., pág. 466.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 467. En este sentido, MIR PUIG.

modelo de normalidad que siempre se ha llevado a cabo en la sociedad⁴⁵. Por el contrario, los autores de la tesis objetiva argumentan que no se requiere de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a dominar a la mujer, sino que objetivamente se tiene en cuenta los hechos externos que motivaron al autor⁴⁶.

En el caso de la jurisprudencia, parece inclinarse por el concepto subjetivo de la agravante, pues en sus pronunciamientos dispone que el elemento subjetivo de la agravante no es otro que la dominación o machismo sobre la mujer, tal y como estableció en la Sentencia 444/2020, de 14 de septiembre⁴⁷.

A mi modo de ver, coincido con parte de la doctrina y la jurisprudencia, entiendo que es necesario que se aprecie el elemento subjetivo para que se pueda aplicar la agravante por razón de género, ya que el principal motivo o causa es la discriminación, lo que lleva a los agresores a cometer los delitos, pues lo que quieren conseguir es sentir esa situación o sensación de superioridad sobre la mujer para que esta se sienta subordinada, nunca igual al hombre.

Además, de la definición que establece el Convenio de Estambul, la LOMPIVG también da una definición de violencia de género en su art. 1.1, 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”⁴⁸, pero de la lectura del precepto entendemos que esta violencia solo es tenida en cuenta cuando hay una relación de pareja entre la víctima y el agresor, limitando así la violencia de género a las mujeres en pareja, excluyendo al resto de víctimas mujeres y descartando otras formas de violencia contra la mujer.

⁴⁵ Ibidem, pág. 462.

⁴⁶ Ibidem, págs. 468 – 469.

⁴⁷ STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020, FJ 3., el TS ha condenado a un hombre como autor de un delito de agresión sexual, otro de lesiones y otro de robo con violencia e intimidación con la concurrencia de la agravante de género del art. 22.4 CP “por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que al autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad”.

⁴⁸ Art. 1.1 LOMPIVG.

Ante este problema, de delimitación del género, de si se aplica solo a relaciones afectivas, la doctrina dice que si al final es solo en las relaciones afectivas y se interpreta igual que en la agravante de sexo, era innecesaria su introducción. De igual modo, la jurisprudencia no acoge el concepto estricto de aplicación solo cuando hay relación afectiva, sino que está interpretando más amplio el género⁴⁹.

Por otra parte, la circunstancia agravante ya se contemplaba en nuestro CP, sin embargo, se aplicaba referente al sexo⁵⁰ y no al género. Es por ello por lo que una parte de la doctrina cuestiona el origen de la agravante, si bien es por motivos de género o si bien es meramente simbólica y otra parte, se cuestiona su ámbito de aplicación.

En este sentido, en particular, AGUILAR CÁRCELES se plantea si su incorporación es más a un tipo de derecho penal simbólico, que verdaderamente a una necesidad real⁵¹. Por otro lado, la mayoría de la doctrina considera que la agravante por razón de sexo no se puede dar en los supuestos de violencia de género debido a su incompatibilidad⁵².

En cuanto a la distinción de ambas agravantes, no se basa en los sujetos afectados por el delito, sino en los hechos que conllevan el mismo, si bien cabe hacer alusión a los sujetos porque mientras en la agravante por razón de sexo la víctima puede ser hombre o mujer, en la agravante por razón de género solo puede ser una mujer, y en referencia a los hechos, para que se pueda dar la circunstancia agravada por sexo es necesario que sea por razón biológica a uno u otro sexo, al contrario que en la agravante por razón de género que se aplica cuando el móvil ha sido por dominación a la mujer⁵³.

⁴⁹ En este sentido, la STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020, el TS en esta sentencia condenó a un hombre que había agredido sexualmente de una mujer, además de haberle causado unas lesiones y haberle robado, con la que no mantenía una relación de pareja, con lo cual aquí podemos observar como la jurisprudencia amplía el ámbito de aplicación a la hora de apreciar la agravante por razón de género del art. 22.4 CP y no solo en el ámbito de pareja como ha establecido el legislador en la LOMPIVG.

⁵⁰ La circunstancia agravante por razón de sexo estaba incluida en nuestro CP desde 1995 en su art. 22. 4ª.

⁵¹ SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4ª CP)”, en *Artículo Doctrinal*, vol. 39, 2019., pág. 474. En el mismo sentido, BORJA JIMENEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4ª”, en GÓNZALEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, ed. 2ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2015., pág. 109.

⁵² En este sentido, ALONSO ÁLAMO, M., DÍAZ LÓPEZ, J. A., en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27, 2018., pág. 9.

⁵³ SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4ª CP)”, en *Artículo Doctrinal*, vol. 39, 2019., págs. 474 – 477. En el mismo sentido, la STS 420/2018, de 25 de septiembre de 2018, FJ 1., cuando afirma que en la

La jurisprudencia solo aprecia una circunstancia agravante cuando esta se pruebe, se trata de un requisito exigible para su concurrencia⁵⁴, además, de igual forma que la doctrina, considera que el móvil es el elemento subjetivo, aunque con la apreciación de que se pruebe, destacando la STS 565/2018, de 19 de noviembre de 2018⁵⁵.

En mi opinión, considero que la introducción de esta agravante por razón de género es de lo más acertada porque la agravante por razón de sexo no incluía los casos de género, no estando de acuerdo con parte de la doctrina que considera que su incorporación fue simbólica.

También, al igual que con la agravante de sexo, la agravante por razón de género ha sido cuestionada por la doctrina frente a la agravante mixta de parentesco del art. 23 CP. Tras la lectura del precepto, se deduce que “la agravante de parentesco requiere de la existencia de un vínculo matrimonial entre la víctima y el autor o al menos una relación estable por análoga relación de afectividad”, sin embargo, aquí podemos observar la primera distinción con la agravante de género, ya que en esta última no se requiere ese carácter estable en la relación⁵⁶.

Al respecto, la doctrina distingue el fundamento de cada agravante, apuntando que “la circunstancia mixta de parentesco tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante de género tiene un fundamento subjetivo, necesitando que

agravante de sexo “el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre”. Es más el tribunal aclara la distinción de esta con la agravación de género estableciendo: “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 (Convenio de Estambul, art. 3.c). (...). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra”.

⁵⁴ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27, 2018., pág. 11.

⁵⁵ STS 565/2018, de 19 de noviembre de 2018, FJ 7., el TS afirma que “se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante solo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género”. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 22ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2019., pág. 194.

⁵⁶ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27, 2018., págs. 17 – 18. En este sentido, la STS 420/2018, de 25 de septiembre, de 2018, FJ 2.

concurra en el autor del delito un ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima (mujer) y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo”⁵⁷.

La jurisprudencia, siempre hace alusión a la compatibilidad que hay entre ambas agravantes. El TS lo explica en su Sentencia 3757/2018, de 19 de noviembre de 2018, afirmando que: “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 consecuencia, no se exige éste, pero sí un requisito de convivencia, trabado en la relación de pareja. 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 ex pareja, 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”⁵⁸.

Bajo mi punto de vista, coincido con la jurisprudencia, entendiendo que la agravante de género puede darse simplemente desde que el motivo que lleve al sujeto activo a cometer un delito sea el germen de la discriminación y dominación sobre la mujer, haya sido su pareja o no, mientras que la agravante mixta de parentesco no es necesario que el móvil sea machista, solamente que haya habido una relación estable y probada la convivencia.

Aparte, la agravante por razón de género del art. 22.4^a CP no se aplica a los delitos que se tipifican como violencia de género como tal, sino en otros delitos en los que es aplicable sumarle esta agravación por razón de género, si bien, teniendo en cuenta que

⁵⁷ STS 3757/2018, de 19 de noviembre de 2018, FJ 8.

⁵⁸ STS 3757/2018, de 19 de noviembre de 2018, FJ 8.

se puede incurrir en la vulneración del *non bis in idem*. Con lo cual, para evitarlo hay que tener en cuenta cuándo no debe aplicarse y cuando sí puede: por un lado, no podrá aplicarse, a los delitos en los que ya está implícita la agravación por razón de género que le otorga la LOMPIVG, ni en el delito de lesiones del art. 148.4 CP, ni en los malos tratos del art. 153.1 CP, ni en las amenazas leves del art. 171.4 CP, ni tampoco en las coacciones leves del art. 172.2 CP, de igual modo, a los nuevos delitos (incorporados también por la última reforma del CP en 2015) contemplados en el art. 510, 511 y 512 CP, pero, por otro lado, sí podrá sumarse en el delito de homicidio del art.138 CP, en el asesinato del art. 139 CP, en la violencia doméstica habitual del art. 173.2 CP, etc., por ejemplo se puede aplicar en el delito de la ablación, que es una forma de violencia, pero no tiene un tipo agravado cuando hay una relación afectiva⁵⁹.

Por último, destacar que esta agravante por razón de género está implícita en los delitos de la mutilación genital y en los transexuales.

Por una parte, la mutilación genital (también conocida como ablación), se introdujo con la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, concretamente en el art.149.2 CP⁶⁰. Sin embargo, el CP no habla de mutilación genital femenina simplemente hace mención a la mutilación genital, es verdad, que en general la mutilación genital es la femenina, pero como el legislador no hace mención expresa y concreta de la misma, podemos entonces entender que debemos aplicar al delito cometido también la agravante por razón de género del art. 22.4ª CP.

En la práctica es una de las formas de violencia de género que se lleva a cabo a mujeres y niñas por motivos de etnias y valores culturales. Este tipo de delito se comete a las mujeres, por el simple hecho de ser mujeres, por tanto, por discriminación y abusando de la vulnerabilidad de las mismas, amparándose en la tradición cultural para así poder someterlas a la práctica de esta brutal y dañina mutilación.

⁵⁹ SEOANE MARÍN, Mª. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4ª CP)”, en *Artículo Doctrinal*, vol. 39, 2019., pág. 482.

⁶⁰ SERRANO TÁRRAGA, Mª. D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 11, 2012, págs. 875 – 880.

El bien jurídico afectado de este delito, principalmente, es la igualdad, ante la desigualdad y vulneración de los derechos fundamentales que expresa nuestra CE⁶¹.

La doctrina, por su parte, considera que para erradicar dichas mutilaciones se deben implantar medidas preventivas para evitarlas. De igual modo, la jurisprudencia intenta implantar medidas jurídicas, así como, reformas en la ley⁶², para así poder proteger a las mujeres y niñas ante la práctica de las mismas.

En mi opinión, este tipo de prácticas no deberían permitirse en ninguna parte del mundo, ya que sin ir más lejos se trata de una violación sexual, lo que me provoca una aberración hacia la propia acción por el simple hecho justificativo de ser una tradición ambigua y sin ningún sentido, porque el único fin que tiene es causarle daño a la mujer y peor aún a una niña, dejando una huella irreparable tanto física como psicológicamente en la misma.

Por otra parte, el transexualismo, que es el sentimiento que viven las personas identificadas no en el género que le tocó biológicamente por nacimiento, sino en el género contrario, al sentirse más identificadas en él, hasta el punto de someterse a una operación de cambio de sexo para ser aceptadas por ellas mismas.

Cuando la transexualidad entra en conflicto con la violencia de género, la LOMPIVG protege a las mujeres que hayan sufrido dicha violencia a manos de quienes fueron sus parejas por matrimonio o análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Sin embargo, a pesar de lo que expresa la ley, es la Circular de la Fiscalía 4/2005, de 18 de julio de 2005, la que permite que se aplique también a los transexuales que estén legalmente reconocidos, cuando la víctima sea mujer a pesar de haber nacido hombre⁶³.

⁶¹ Arts. 10 y 14 de la Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE).

⁶² En este sentido, por ejemplo la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. BOE nº 163, de 9 de julio de 2005.

⁶³ Apartado III. A) Delimita el ámbito de aplicación de la Ley, párrafo sexto de la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG “Asimismo, la dicción legal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo ha quedado excluidas de su ámbito de especial protección, aunque no puede ignorarse que en algún supuesto en ellas podrían reproducirse relaciones de dominación análogas a las perseguidas en esta Ley por interiorización y asunción de los roles masculinos y femeninos y de sus estereotipos sociales. Por el contrario sí será de aplicación a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer”.

Al respecto, la mayoría de la doctrina considera que basta el cambio de sexo para tener la consideración de mujer, eso sí, debe probarse a través de exámenes médicos que realmente su condición es la de mujer trans⁶⁴. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que solo si al cambio de sexo le sigue el cambio de identidad sexual formal (en el Registro Civil⁶⁵) cabría considerar a la mujer trans⁶⁶.

No obstante, esto genera dudas y problemas cuando es el hombre trans, si cuando comete el delito todavía no se ha cambiado de sexo, entonces se entiende que puede ser autor del delito, pero si cuando lo hace ya se certifica el cambio, en ese caso, no podría aplicarse, porque sería una mujer el agresor y en la violencia de género siempre tiene que ser el hombre el sujeto activo, del mismo modo, si la víctima fuera mujer pero hubiese cambiado de sexo, ahora varón, ya no podría considerarse víctima de violencia de género porque el sujeto pasivo siempre es una mujer⁶⁷.

La jurisprudencia, por su parte, al principio exigía el cambio formal, pero con la incorporación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ahora considera que basta el cambio material, sin tener que ser también formal, incluso en algunos casos se ha permitido que se lleve a cabo el cambio de sexo en el Registro Civil sin previamente haberse llevado a cabo la reasignación de sexo⁶⁸.

En mi opinión, me adhiero a la postura tomada por la doctrina o jurisprudencia mayoritaria, considerando que basta el mero cambio de sexo, de hombre a mujer (en el

⁶⁴ DÍEZ RODRÍGUEZ, S., *Transexualidad y violencia de género. La respuesta del derecho penal a las agresiones recibidas por el colectivo transexual* [TFG]. Grado en Derecho, Universidad de Barcelona, 2019., págs. 26 – 27.

⁶⁵ En este sentido, destaca la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, en referencia a la posibilidad de cambio de nombre, el TC declara la inconstitucionalidad del art. 1 de la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo y de las personas, para que una menor nacida como mujer, pero que se sentía hombre desde temprana edad y manifestándolo siempre a sus padres y a su entorno, pudiera cambiar su nombre, debido a que este precepto solo lo consentía a mayores de edad, ahora con la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad se puede permitir a los menores con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad.

⁶⁶ Idem, pág. 27.

⁶⁷ Ibidem, págs. 27 – 29.

⁶⁸ Ibidem, pág. 24. En este sentido, la STS 929/2007, de 17 de septiembre de 2007, FJ 5., ahora la nueva ley permite que se consiga el cambio de sexo y de nombre, sin previo sometimiento a operación quirúrgica de reasignación de sexo, sin necesidad de la exigencia de inscripción en el Registro Civil. No obstante, esto ya se había permitido con anterioridad por la AP de Valladolid 13/2005 en 23 de mayo de 2005, cuando se admitió un cambio de sexo sin llegar a realizarse una cirugía de reasignación, tal y como establece el TS en la misma sentencia en su fundamento jurídico segundo.

caso de la víctima) y de mujer a hombre (en el caso del agresor), para que ya se tuviera en cuenta la consideración de aplicar la agravante del 22.4ª CP.

Por último, otro caso diferente son los drag queens, pues son hombres que se visten con ropa de mujer, ahora bien, aquí coinciden su sexo y género, ambos masculinos, por lo que, si se diera un caso de violencia de género no sería aplicable, solo se le aplicaría la agravante de género cuando sea violencia doméstica por parte de su pareja⁶⁹.

4. LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

4.1. Lesiones y malos tratos de obra

Para abordar estos delitos, haré una explicación de cada uno de ellos de forma separada, para así lograr una mejor aclaración y distinción entre ambos tipos delictivos.

Por una parte, el delito de lesiones en el contexto de violencia de género se regula en el art. 148.4º CP, que establece lo siguiente: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: [...] 4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”⁷⁰. El apartado cuarto se incorporó en 2004, a raíz de la introducción de la LOMPIVG, previsto en su art. 36. El art. 148.4º CP es un tipo agravado de las lesiones básicas del art. 147 CP, está recogido dentro del Título III dedicado a “las lesiones”, con lo cual deducimos que el bien jurídico protegido es la integridad corporal.

La introducción de este delito ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal en diferentes puntos, cuestionándose tanto el bien jurídico protegido afectado, como su ámbito de aplicación y su compatibilidad o no con la agravante mixta de parentesco.

En lo referente al bien jurídico protegido, se entiende de la lectura del precepto y de su ubicación en el CP que es la integridad corporal. No obstante, esto es discutido por la doctrina porque algunos autores no solo tienen en cuenta la integridad física, sino también la psíquica, y otros autores consideran que es posible que se afecte a otro bien.

⁶⁹ Ibidem, págs. 29 – 30.

⁷⁰ Art. 148.4º CP.



Al respecto, la doctrina mayoritaria es unánime al considerar como bien jurídico protegido de las lesiones la integridad física y psíquica, la salud en su totalidad, teniendo siempre en cuenta que en este tipo delictivo se produce un resultado, pero no es necesario que se someta a la víctima a un tratamiento médico o quirúrgico, en este sentido, destaca TAMARIT SUMALLA, entiende que el bien jurídico abarca tanto la integridad física como la psíquica, coincidiendo con el legislador que también opta por una posición dualista pues define la lesión como un menoscabo a la integridad corporal o de la salud física o mental⁷¹. Mientras que, la doctrina minoritaria se cuestiona que también se puede dañar, además de este, otro bien jurídico, como puede ser la integridad moral o la dignidad de la persona⁷².

La jurisprudencia, por su parte, coincide con la doctrina mayoritaria, al establecer que en el delito de lesiones se incide en la integridad física menoscabando la integridad corporal o la salud física o mental, en este sentido, lo establece la STS 146/2015, de 23 de febrero de 2015⁷³.

En mi opinión, coincido con las posturas adoptadas por una parte de la doctrina y la jurisprudencia, considero que el bien jurídico protegido debe ser la integridad física y psíquica, a causa de que la comisión de este delito afecta a la salud del cuerpo y a la mente de las personas, no debiendo encasillarlo únicamente en la integridad física, pues el daño psíquico muchas veces es peor que el que se pueda causar al cuerpo.

Aparte, en cuanto a su ámbito de aplicación, para se pueda aplicar, el sujeto activo debe ser un hombre (marido o compañero sentimental de la víctima) y el sujeto pasivo una mujer (esposa o pareja del autor), la relación entre ambos sujetos, presente o pasada, debe ser aun sin convivencia⁷⁴, además, este tipo agravado requiere de un aumento de la

⁷¹ TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016., págs. 1022, 1024, 1031 y 1032.

⁷² GARCÍA MAESTRE, J., El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2019. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/15386>, pág. 8.

⁷³ STS 146/2015, de 23 de febrero de 2015, FJ 5.

⁷⁴ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 1ª, Comares, Granada, 2016., pág. 83. “La limitación del sujeto activo al varón no se deduce de la literalidad del núm. 4º del art. 148 CP, pero sí de la LO 1/2004 que lo incorporó al CP”.

agresividad del autor en su acción, poniendo en mayor riesgo a la víctima⁷⁵ y que el sujeto activo abuse de su posición de dominio debido a que el motivo que lo lleva a cometer el delito es la discriminación hacia el sexo femenino⁷⁶.

Al respecto, un sector de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que este tipo agravado solo se aplica en función de la condición del sujeto pasivo de esposa, ex esposa, pareja o ex pareja de la misma, así lo ha manifestado ROMEO CASABONA⁷⁷, añadiendo que es necesario también que el agresor abuse de su dominio.

En la jurisprudencia, se plantearon varias cuestiones de constitucionalidad por su contradicción con el derecho a la igualdad y los principios de proporcionalidad, culpabilidad y presunción de inocencia, pero finalmente el TC las desestimó, pues el TC argumenta que “para poder aplicar el art. 148.4 CP no solo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas – que la víctima sea mujer o haya sido pareja del autor- , sino que sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado, en este caso, como es el contexto de la violencia de género, en el apartado cuarto es necesario que el autor utilice su dominio sobre la mujer y que el motivo que lo lleva a cometer el delito sea la discriminación hacia el sexo femenino”⁷⁸. En este sentido, la STS 1071/2019, de 2 de abril de 2019, que establece “ya que la mención del art. 148.4º CP se incluyó por el legislador para agravar la penalidad en los casos de lesiones del art. 147.1 CP en los que concurra alguna de estas circunstancias. Y en este caso se aplica a los supuestos de violencia de género como el presente en donde el recurrente sometió a la víctima a una brutal situación de agresividad que merece el reproche penal”⁷⁹.

⁷⁵ FERNÁNDEZ DE MINGO, J. P., *Delito de lesiones* [TFM]. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Madrid, 2018., pág. 54.

⁷⁶ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 1ª, Comares, Granada, 2016., págs. 82 – 83.

⁷⁷ *Idem*, págs. 82 – 83.

⁷⁸ *Idem*, pág. 82.

⁷⁹ STS 1071/2019, de 2 de abril de 2019, FJ 4., “nos encontramos ante un escenario de gran agresividad hacia su ex compañera sentimental, propinándole golpes en varias partes del cuerpo en una situación de absoluta victimización física, y teniendo que acudir la víctima a refugiarse en el cuarto de baño, aunque él abre la puerta de éste, y es cuando le golpea fuertemente causándole la fractura de la pieza dentaria del incisivo y diversas lesiones fijadas anteriormente, lo que integra y constituye un escenario de brutalidad agresiva del recurrente que conlleva la apreciación de los arts. 147.1 y 148.4 CP”.

Bajo mi punto de vista, entiendo que al igual que para que se dé el delito de violencia de género (art. 153.1 CP) es fundamental que se estime el elemento de dominación, en este tipo delictivo también considero que es preciso tenerlo en cuenta, ya que este siempre es el motivo por el que actúa el hombre y comete esta clase de comportamientos, por tanto, estoy totalmente de acuerdo con lo que expresa la jurisprudencia.

Por último, en relación a la compatibilidad o no de este tipo agravado con la agravante mixta de parentesco, se entiende que este tipo agravado es incompatible con la circunstancia mixta de parentesco debido a que se vulneraría el *non bis in idem*.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia establecen que cuando se aplica el art. 148.4º CP no es posible aplicar también la circunstancia mixta de parentesco, debido a que infringiría el *non bis in idem*, pues el precepto ya hace alusión al supuesto de si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. En este sentido, la STS 1071/2019, de 2 de abril de 2019, cuando establece que “En este caso concurría una circunstancia agravante de parentesco que no podría aplicarse ahora si se aplica el art. 148.4 CP por infringir el *non bis in idem*”⁸⁰.

A mi modo de ver, el razonamiento de la jurisprudencia es acertado, no se puede aplicar de forma conjunta este tipo delictivo y la agravante mixta de parentesco, ya que vulneraría el *non bis in idem*, de igual forma que ocurre si se quisiera aplicar la agravante de género en los tipos delictivos en los que ya está implícita.

Por otra parte, el delito de malos tratos de obra se regula en el art. 153.1 CP, que establece lo siguiente: “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, [...] será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al

⁸⁰ STS 1071/2019, de 2 de abril de 2019, FJ 4.

interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”⁸¹. Este precepto se introdujo con la reforma de la LOMPIVG, previsto en su art. 37. El art. 153.1 CP está recogido dentro del Título III dedicado a “las lesiones”, por lo tanto, entendemos que el bien jurídico es la integridad corporal de la persona.

La introducción de este delito ha dado lugar a que la doctrina discuta diferentes puntos, cuestionándose tanto el bien jurídico protegido afectado, como su ámbito de aplicación.

En cuanto al bien jurídico protegido, la doctrina discutió el bien jurídico porque el precepto cambia de ubicación, una parte de la doctrina considera que el bien jurídico es la integridad moral, en esta dirección se han pronunciado varios autores, como por ejemplo QUINTERO OLIVARES, quien considera que “el bien jurídico de este delito no es la salud o la integridad corporal, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de dignidad humana”⁸². Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que es la integridad física o psíquica, en este sentido, TAMARIT SUMALLA⁸³.

La jurisprudencia opina del mismo que una parte de la doctrina, es decir, considera que el bien jurídico protegido de este tipo delictivo es la integridad física o psíquica, así lo establece en sus resoluciones, en este sentido, la STS 342/2018, de 10 de julio de 2018⁸⁴, aunque “existe cierta tendencia en la jurisprudencia en que este tipo de lesiones se encuentran absorbidas por el tipo del art. 153 CP, ya que entiende que una persona sometida a este tipo de maltrato presentará siempre ciertas lesiones psicológicas”⁸⁵.

⁸¹ Art. 153.1 CP.

⁸² TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016., págs. 1210 – 1211. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC.

⁸³ Idem, pág. 1210., “sin perjuicio de la vinculación de los mencionados bienes jurídicos al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal” en referencia a lo ya establecido por TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016., págs. 1022 – 1023.

⁸⁴ STS 342/2018, de 10 de julio de 2018, FJ 3.

⁸⁵ FERNÁNDEZ DE MINGO, J. P., *Delito de lesiones* [TFM]. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Madrid, 2018., pág. 72.

En mi opinión, al igual que en las lesiones, coincido que se trata del mismo bien jurídico protegido afectado, el autor puede tanto agredir a la víctima física como psicológicamente, aunque en algunos casos el sujeto activo solo maltrata físicamente y en otros psicológicamente, normalmente, por no decir siempre, suele darse el maltrato de ambas formas, para así conseguir una mayor dominación sobre la mujer.

Aparte, en referencia a su ámbito de aplicación, es necesario que el sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo una mujer, además de que haya existido matrimonio o una relación de afectividad aun sin convivencia, también, se exige que el hombre le hubiese causado a la mujer maltrato de obra sin causar lesión, la lesión debe ser la que establece el art. 147.2 y 3 CP, asimismo, se exige que el varón abuse de su poder de dominación sobre la mujer y que el motivo que lo ha llevado a cometer el delito sea la discriminación hacia el sexo femenino⁸⁶. Aquí no hay lesión material de la integridad corporal o de la salud psíquica o física, pero sí hay un maltrato de obra a una persona en su cuerpo, algún tipo de quebranto no constitutivo de lesión, algunos ejemplos son un empujón, un tirón de pelo, una bofetada, etc.

Al respecto, la doctrina es unánime en los requisitos a exigir para la aplicación de este tipo delictivo, estando de acuerdo con lo exigido por el legislador al redactar el precepto.

En la jurisprudencia, desde 2008, el TC estableció que el hecho lesivo tuviera la finalidad de obtener la superioridad del hombre sobre la mujer, sin embargo, desde 2018, las sentencias del TS disponen que simplemente basta con constatar que un hombre ha pegado a una mujer para que se aplique el tipo delictivo sin necesidad de que se pruebe la superioridad⁸⁷.

⁸⁶ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 1ª, Comares, Granada, 2016., págs. 89 – 91.

⁸⁷ “La sentencia de la Sala de lo Penal unifica la jurisprudencia en este punto y declara que la aplicación del delito de maltrato del artículo 153 CP (LA LEY 3996/1995) no exige el ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar. Ninguno de los apartados del precepto incluye o exige entre sus elementos, según esta resolución, una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. En consecuencia, el *factum* solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos, continúa el Tribunal, van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal”. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/di/2019/05/09/la-labor-unificadora-de-la-doctrina-penal-del-tribunal-supremo-las-sentencias-de-pleno-de-la-sala-de-lo-penal-del-tribunal-supremo-del-ano-2018>

Bajo mi punto de vista, es crucial que se tenga en cuenta a la hora de valorar el hecho cometido por el autor hacia la víctima, el tipo subjetivo de dominación o machismo para que así pueda encajarse en el contexto de la violencia de género, porque esta es la razón principal de su comisión, tal y como he venido explicando a lo largo del trabajo.

4.3. Amenazas leves

El delito de amenazas leves se regula en el art. 171.4 del CP, que establece lo siguiente: “4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. [...]”⁸⁸. Este apartado se introdujo con la reforma de la LOMPIVG, previsto en su art. 38, este tipo delictivo forma parte del bloque de artículos reformados por esta ley, las amenazas eran constitutivas de faltas, pero pasaron a la consideración de delito leve. El art. 171.4 CP está recogido dentro del Título VI sobre “los delitos contra la libertad”, como consecuencia podemos comprender que el bien jurídico protegido es la libertad de la víctima.

La introducción de este precepto ha sido discutido por la doctrina, se cuestiona su bien jurídico protegido, el mismo en el contexto de la violencia de género, su ámbito de aplicación y la distinción del delito de amenazas leves con el de coacciones leves.

En lo referente al bien jurídico protegido de este delito, se deduce que es la libertad de las personas a decidir, así como la seguridad de las mismas, la doctrina así lo entiende también, en este sentido, destaca GONZALEZ COLLANTES, establece que “las amenazas consistirían en el anuncio de la causación a otra persona de un mal futuro,

⁸⁸ Art. 171.4 CP.

concreto, determinado e injusto en su persona, honra o propiedad, exigiéndose además que ese anuncio revista la apariencia de seriedad y firmeza⁸⁹.

Además, en el delito de amenazas “dentro de la violencia de género vendrían ofendidos dos bienes jurídicos: el propio y personal de la víctima maltratada, agredida, o incluso asesinada y, según muchas opiniones de la doctrina, otro integrado por el hecho de la pertenencia de la mujer al género femenino. Frente a ello, hay penalistas que no aceptan esa teoría del doble bien jurídico”⁹⁰.

La jurisprudencia, en relación con esta cuestión del bien jurídico afectado se ha referido “al derecho al sosiego y a la tranquilidad y no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordenado de su vida”, así lo ha establecido en sus resoluciones, coincide en situar el bien jurídico afectado en esa capacidad psicológica para formar y ejercer libremente la voluntad, en este sentido, la STS 399/2013, de 8 mayo de 2013⁹¹.

En mi opinión, la amenaza sí altera tanto la libertad de la persona como su seguridad, debido a que es una advertencia con posible causa de perjuicio y en el caso de la violencia de género, son cada vez las mujeres que las sufren con el riesgo de que en algún momento se produzca, ya que alertan a estas de un mal que les pueden hacer o no para así dominarlas y controlar su vida.

Por otra parte, el delito de amenazas en el marco de la violencia de género, se exige que el sujeto activo sea hombre y el pasivo una mujer, además de que haya existido un vínculo matrimonial o una relación análoga de afectividad, respecto a esto último, de “<relación de afectividad>, se identifica por aquella que dos personas han mantenido entre sí, lo cual obliga a destacar aquellas situaciones en las que solamente el autor de la amenaza ha entendido que había una relación, pese a que jamás hubiera sido correspondida”⁹², por ello, la doctrina, “en ocasiones, considera que los actos de

⁸⁹ GONZÁLEZ COLLANTES, T., “Maltratos, amenazas, coacciones, reformas habidas y por haber y críticas al tratamiento”, en ROIG TORRES (Dir.), *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género. Perspectiva comparada*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018., pág. 190.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016., págs. 1157 – 1158.

⁹¹ En este sentido, la STS 399/2013, de 8 de mayo de 2013, FJ, 3.

⁹² *Ibidem*, págs. 1158 – 1159.

violencia o intimidación protagonizados por sujetos que estén en esa situación han sido tipificados incorrectamente como agresiones de violencia de género”⁹³.

En la jurisprudencia, el TS establece que debe tomarse como criterio diferencial la intensidad y afectación de la misma por lo que depende de todas las circunstancias de quien es el agresor, de la probabilidad de que se produzca, de con que se amenace, etc⁹⁴.

Bajo mi punto de vista, al igual que la jurisprudencia, cuando se comete un delito siempre hay que tener en cuenta todos los factores para encuadrarlo en un tipo delictivo u otro, lo que sí es verdad es que desde que el sujeto activo es un varón y el sujeto pasivo es una mujer siempre por así decirlo “saltan las alarmas” de que podemos estar ante un caso de violencia de género, aun así considero que no solo hay que centrarse en los sujetos, sino también en los demás aspectos, para ver si encaja o no en el tipo delictivo de violencia de género.

Por último, la diferencia de las amenazas leves con las coacciones leves, “ambos son delitos contra la libertad y el autor recurre a la intimidación o la violencia moral para realizar su acción”⁹⁵, en las coacciones también cabe la violencia física, “la diferencia es la proximidad de la violencia, en las coacciones es inmediata y actual, mientras que en las amenazas está diferida en el tiempo, pues se trata de un mal futuro”⁹⁶.

4.4. Coacciones leves

El delito de coacciones leves se regula en el art. 172.2 CP, que establece lo siguiente: “2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad,

⁹³ Idem, pág. 1159.

⁹⁴ En este sentido, la SAP de Toledo 535/2019, de 29 de julio de 2019, FJ 1.

⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016., pág. 1148.

⁹⁶ Ibidem, pág. 1149.

tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. [...]”⁹⁷. Este apartado se introdujo con la reforma de la LOMPIVG, previsto en su art. 39 y al igual que las amenazas leves, las coacciones eran constitutivas de faltas, pero después de la reforma se elevaron a la categoría de delito. El art. 172.2 CP está recogido dentro del Título VI sobre “los delitos contra la libertad”, como consecuencia podemos comprender que el bien jurídico protegido es la libertad de la víctima.

La introducción de este precepto ha sido discutido por la doctrina, se cuestiona su incorporación, así como el bien jurídico protegido y su ámbito de aplicación en relación a su distinción con las amenazas leves.

En cuanto a su incorporación, este precepto castiga como delito la conducta del autor que ejerza una coacción leve sobre su esposa o mujer con la que mantenga o haya mantenido una relación análoga de afectividad, aun sin convivencia. La acción consiste en impedir o compeler a otro, con violencia, a hacer lo que no está prohibido por ley o lo que no quiere. Aquí debe determinarse lo que se ha coaccionado (a no hacer o hacer), que es la incidencia en la libertad de decisión del sujeto pasivo o en ocasiones el grado de violencia ejercida. Al respecto, vemos que se amplía el grupo de víctimas, al considerar tanto a la esposa o ex esposa, la pareja de hecho o ex pareja de hecho, la novia o ex novia del agresor, sin embargo, las relaciones de noviazgo han sido criticadas por un sector de la doctrina, por las situaciones que puede albergar al tener que probar la existencia de la relación, en este sentido, LAURENZO ha manifestado que para probar dichas relaciones es suficiente que sean “estables y consistentes como para dar lugar al clima de dominio y subordinación característico de la violencia de género”⁹⁸.

Por su parte, la jurisprudencia en sus resoluciones siempre establece cuáles son los requisitos de este delito, como podemos observar en la SAP de Alicante 397/2020, de 16 de septiembre de 2020, en su fundamento jurídico tercero: “a) Una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto. b) La finalidad

⁹⁷ Art. 172.2 CP.

⁹⁸ PEREGRÍN LÓPEZ, C. “Amenazas y coacciones en la violencia de género” en CASTAÑO NÚÑEZ (Dir.), *Estudios sobre a tutela penal de la violencia de género*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2010., págs. 255 – 256.

perseguida, como resultado de la acción, es la de impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto. c) Intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, se podría dar lugar a la falta. d) La intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tienen los verbos impedir o compeler. e) Que el acto sea ilícito -sin estar legítimamente autorizado- que será examinado desde la normativa exigida en la actividad que la regula”⁹⁹, estos requisitos podemos ver que se cumplen en esta misma sentencia ante el caso enjuiciado, donde se castiga al acusado como autor de un delito de coacciones leves del art. 172.2 CP debido a que “el acusado obligó a su pareja a hacer algo que no quería, no estando legitimado para ello, indicando que el hecho de que la relación de pareja no fuera bien no legitimaba al acusado para obligar a su pareja a abandonar la vivienda fuera de los cauces legalmente establecidos. Se insiste en el recurso que el acusado es el propietario de la vivienda, sin embargo la titularidad de la vivienda es irrelevante y no impide la comisión del delito de coacciones, pues el acusado obligó a la víctima a abandonar su domicilio habitual, hecho que es debidamente valorado en la sentencia recurrida”¹⁰⁰.

A mi modo de ver, la introducción del delito de coacciones leves en el ámbito de la violencia de género ha sido un acierto, a causa de que esta es una de las clases de violencia más habituales en las parejas, sobre todo cuando la mujer quiere romper la relación o cuando ya ha ocurrido el rompimiento con el fin de que regrese.

Aparte, el bien jurídico protegido de este delito es la libertad de decidir y ejecutar lo decidido. Aunque “este razonamiento no es compartido por algún sector de la doctrina, que discrepa de que el bien jurídico protegido sea la libertad de obrar porque eso es lo más coherente con el uso de la violencia”, porque en algunos casos “parece necesario admitir que el bien jurídico alcanza también al proceso de formación de la voluntad, pues si no se hace así podría resultar obligado a declarar la atipicidad de actos muy graves”¹⁰¹.

⁹⁹ SAP de Alicante 397/2020, de 16 de septiembre de 2020, FJ 3.

¹⁰⁰ SAP de Alicante 397/2020, de 16 de septiembre de 2020, FJ 3.

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016., pág. 1162.

La jurisprudencia, por su parte, coincide con la doctrina al considerar que el bien jurídico no es solo la libertad de obrar o de decisión de la víctima, pues en muchas ocasiones el autor no obliga a la misma hacer algo, sino que conduce su voluntad para que esta haga lo que él quiere, como por ejemplo tomar un suministro de narcóticos sin obligar la víctima a que los ingiera¹⁰².

Bajo mi punto de vista, la coacción efectivamente abarca tanto la libertad de obrar como el camino a hacer o no algo, con lo cual coincido con lo planteado por la doctrina y la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta ambas formas como bien jurídico protegido.

Por último, respecto a su aplicación, “el elemento característico de las coacciones es la violencia inmediata, lo que excluye especialmente a la violencia moral remitida un futuro diferido en el tiempo (intimidación), porque ésta es propia del delito de amenazas y se orienta a determinar algo que el autor ha de hacer u omitir pero no inmediatamente”¹⁰³.

En mi opinión, considero que el delito de coacciones leves es mucho más grave que el delito de amenazas leves, debido a que este se comete por medio de la violencia y de forma inmediata, aunque con ello no quiero restar la importancia que también conlleva el art. 171.4 CP, por tanto, considero que es peor aún que las amenazas, debido a que para lograr lo que quiere el agresor ejerce la violencia sobre la víctima, ya sea de forma física o psíquica, para que esta haga lo que no quiere, mientras que en la amenaza no es más que en un mal futuro que puede cometerse o no, una incertidumbre intimidatoria.

4.5. Matrimonios forzosos

El delito de matrimonio forzoso se regula en el art. 172 (bis) inciso primero CP, que establece lo siguiente “1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”¹⁰⁴, se introdujo con la reforma de la LO 1/2015, en respuesta a la normativa internacional para proteger a las mujeres ante la violencia

¹⁰² Idem, págs. 1162 – 1163.

¹⁰³ Idem, pág. 1162.

¹⁰⁴ Art. 172 (bis) CP.

ejercida contra las mismas. El art. 172 (bis) CP está recogido dentro del Título VI dedicado a “los delitos contra la libertad”, por lo que podemos deducir que afecta al bien jurídico protegido de la libertad del sujeto pasivo.

La incorporación de este precepto ha sido discutido por la doctrina, se cuestiona su introducción, así como el bien jurídico protegido, el mismo en el contexto de violencia de género, además, de si la exigencia de la intimidad debe ser grave o no.

En lo que se refiere a su introducción, era importante y urgente debido a que el delito del matrimonio forzado es relativo a su vez a los delitos que atentan contra los derechos humanos, tiene su fundamento en Directivas de la UE, para evitar la trata de blancas, personas que obligan a otras a casarse con otras, como por ejemplo en las religiones, y para evitarlo se introdujo este precepto. Al respecto, la doctrina “de acuerdo con la mayoría de textos internacionales”¹⁰⁵, entiende por matrimonio forzado “todo aquel que se celebra sin el consentimiento pleno y libre de al menos uno de los contrayentes. Igualmente recibe esta consideración aquel en el cual uno de los cónyuges o ambos carecen de la capacidad de separarse o de poner fin a la unión, entre otros motivos debido a coacciones o a una intensa presión social o familiar”, en este sentido lo entiende CAMPS MIRABET¹⁰⁶.

La jurisprudencia, por su parte, coincide con la definición de matrimonio forzoso, asimismo considera que su incorporación a nuestro sistema penal español ha sido muy adecuado ante los abusos y tratos que sufrían muchas personas, sobre todo, mujeres y niñas, ya que, no solamente hay este tipo de matrimonios ilegales, también hay otras clases como son el infantil, el de intercambio, etc¹⁰⁷.

En mi opinión, el matrimonio forzado coarta la libertad de decidir de forma igualitaria, ya que en el caso de las mujeres es un claro sometimiento a la opresión que ha habido siempre hacia su sexo, pues aunque sí es verdad que habido casos de hombres forzados al casamiento, en la realidad prima que a quien se somete a esta clases de acciones es siempre a la mujer, siendo una clara forma de violencia de género.

¹⁰⁵ En este sentido, el Convenio de Estambul, entre otros.

¹⁰⁶ CAMPS MIRABET, N., “Los matrimonios forzados: marco jurídico internacional”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2019., pág. 156.

¹⁰⁷ Ibidem, págs. 157 – 161.

Por otro lado, en relación al bien jurídico protegido en los delitos de matrimonio forzado, es la libre elección para contraer matrimonio de forma libre y en igualdad.

Al respecto, la doctrina comprende el mismo bien jurídico, pero dispone que “el matrimonio forzado no es un problema que se identifique plenamente con la violencia de género (hay hombres y niños víctimas también) y tampoco es un problema que se identifique plenamente con la inmigración, en el sentido de que se trata de prácticas realizadas por extranjeros que actúan siguiendo sus propias costumbres y tradiciones”¹⁰⁸. Sin embargo, “se ha identificado el delito de matrimonio forzado como una forma de violencia y discriminación contra la mujer, que atenta a derechos fundamentales como la libertad, igualdad y dignidad, siendo, por tanto, una de las prácticas más perjudiciales y nocivas para la mujer”¹⁰⁹.

La jurisprudencia establece que, en la mayoría de los supuestos, el matrimonio forzado viene por imposición de la familia, normalmente suele ser este el germen, pero con el paso del tiempo entra en el contexto de violencia de género, debido a que cuando la esposa se quiere separar o divorciar, su pareja no la deja, en este sentido, la STS 191/2015, de 13 de octubre de 2015¹¹⁰.

Bajo mi punto de vista, el matrimonio forzado es una de las formas de violencia de género más grave, sobre todo cuando se trata de niñas, este tipo de uniones no es más que una imposición machista, en el caso de las mujeres por ejemplo cuando las obligan a casarse para que no se queden solas y sin nadie quien las proteja y vele por ellas, una clara tradición patriarcal, y en el caso de las niñas, es una total aberración, cuando en países, por su religión, permiten que casen por ejemplo a una niña de 8 años con un hombre de 30 años, dando una imagen de una mentalidad totalmente primitiva.

Por último, en lo que se refiere a la exigencia de la intimidación si debe ser grave o no, se trata de un término obsoleto por lo que crea problemas. Al respecto, la doctrina

¹⁰⁸ TRAPERO BARREALES M^a. A., “La respuesta jurídico-penal a los matrimonios forzosos” en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2019., pág. 216.

¹⁰⁹ TRAPERO BARREALES, M^a. A., *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio por conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2016., págs. 141 – 142.

¹¹⁰ TRAPERO BARREALES M^a. A., “La respuesta jurídico-penal a los matrimonios forzosos” en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2019., págs. 239 – 240.

mayoritariamente “ha criticado esta exigencia de que la intimidación ha de ser grave, haciéndose eco algunos autores de las críticas formuladas en su día por el CF y el CGPJ a la versión de este delito propuesta en el Anteproyecto de LO de reforma de CP de octubre de 2012”¹¹¹. De igual modo, la jurisprudencia opina que este término de la intimidad grave es “impreciso y genera dificultades de apreciación por parte de los jueces”¹¹².

En mi opinión, no considero que esa intimidación deba ser grave o no, simplemente hay o no, es decir, en este tipo delictivo considero que siempre la hay para así poder conseguir que la persona se case, porque si no la hubiera la víctima no lo haría, al ser un elemento determinante para cometer este tipo delictivo.

4.6. Delito de acoso persecutorio (stalking)

El delito de stalking se regula en el art. 172 (ter) primer inciso CP, que establece lo siguiente: “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.^a La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.^a Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.^a Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.^a Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. [...]”¹¹³, se introdujo con la reforma de la LO 1/2015. Se trata de un figura anglosajona, es concretamente un tipo específico de acoso persecutorio, más conocido como: stalking. Este precepto está recogido dentro del Título VI de “los delitos contra la libertad”, con lo cual entendemos que el bien jurídico protegido es la libertad de la víctima.

¹¹¹ Ibidem, pág. 233.

¹¹² Idem, pág. 233.

¹¹³ Art. 172 (ter) CP.

La introducción de este delito ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal, cuestionándose tanto el bien jurídico protegido, como la acción en el contexto de violencia de género, además, de la forma en qué se realiza.

Al respecto, la doctrina discute cuál es el bien jurídico concreto que se vulnera al cometer este delito. Una parte de la doctrina considera que no solo se vulnera el derecho a la libertad de la víctima, sino también su seguridad, honor, integridad moral o intimidad, mientras que otra parte de la doctrina entiende que se vulnera simplemente la libertad de obrar o de voluntad del sujeto pasivo.

Entre los autores que defienden la primera postura, destaca GÓMEZ RIVERO, quien afirma que no todos los actos suponen cambios en la vida de la víctima y que solo los actos molestos son reprochables, siempre y cuando la acción de acosar afecte a bienes como: la libertad, la seguridad, el honor, etc¹¹⁴. Por el contrario, entre los autores que defienden la segunda postura, en particular, CASANUEVA SANZ, coincide solo en una parte con la otra parte de la doctrina, en que “no pueden pensarse meras molestias aunque generen inquietud y desasosiego en quien los padece”, discrepa en que el bien jurídico afectado en ese caso es la libertad de formación, de ejecución o de obrar¹¹⁵.

La jurisprudencia coincide con parte de la doctrina, entiende que puede verse afectada la libertad, pero también otros bienes jurídicos, como podemos observar en la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tudela 3/2016, de 23 de marzo de 2016, que establece “El bien jurídico protegido aquí es la libertad de obrar, entendida como la capacidad de decidir libremente. Las conductas de stalking afectan al proceso de formación de la voluntad de la víctima en tanto que la sensación de temor e intranquilidad o angustia que produce el repetido acechamiento por parte del acosador, le lleva a cambiar sus hábitos, sus horarios, sus lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo. De

¹¹⁴ NUNES ANDRADE, A. B., Acoso persecutorio. Stalking (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2021. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24202>, pág. 17. En este sentido, GÓMEZ RIVERO, M^a. C., “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2011., págs. 34 – 35.

¹¹⁵ Ibidem, pág. 18. En este sentido, CASANUEVA SANZ, I. “El delito de acoso o stalking. Un análisis de los elementos del tipo”, en DUPLÁ MARÍN (Coord.), *La respuesta de la ley ante el bullying. Análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2021., págs. 298 – 301.

acuerdo con la Exposición de Motivos, se protege asimismo el bien jurídico de la seguridad. Esto es, el derecho al sosiego y a la tranquilidad personal”¹¹⁶.

En mi opinión, coincido totalmente con la primera postura de la doctrina y la jurisprudencia, entiendo que no solo se coarta la libertad de obrar de la persona a la que se acosa o acecha, sino que también esa acción intimidatoria lleva aparejada la vulneración a su intimidad y seguridad, ya que el autor no deja que la víctima pueda llevar una vida con total tranquilidad y normalidad.

Por otro lado, las conductas típicas que lleva a cabo el sujeto activo, normalmente, son de acoso, acecho y hostigamiento, de forma reiterada e insistentes hacia el sujeto pasivo¹¹⁷. Este delito en el contexto de violencia de género tiene por así decirlo predominio, sobre todo cuando se produce la ruptura en la pareja, con el fin, únicamente de alterar el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, porque si no alterase su vida cotidiana no sería constitutivo de delito.

Al respecto, la doctrina afirma que en la práctica judicial este delito es predominante en supuestos de violencia de género, donde el autor lo que quiere es provocar en la víctima una grave alteración de su vida cotidiana, en este sentido, autores como MENDOZA CALDERÓN y ROIG TORRES, concretan en que para ello se requiere que se pruebe esa alteración y modificación de la vida del sujeto pasivo, bastando con perturbaciones psicológicas como: ansiedad, depresiones, estrés postraumáticos, etc¹¹⁸.

La jurisprudencia establece que es necesario para que se dé el resultado típico que se produzca este tipo de perturbaciones como disponen algunos autores, pero también añade que se puede producir con el simple hecho de que la víctima cambie su rutina, por ejemplo no realizando el itinerario que hacía cotidianamente del trabajo a zonas de ocio y luego a su residencia, sino ahora de casa al trabajo y viceversa, en este sentido, la SAP

¹¹⁶ Idem, pág. 17. En este sentido, la SJI de Tudela 3/2016, de 23 de marzo de 2016, FJ 1.

¹¹⁷ En este sentido, SÁNCHEZ VILANOVA, M., “Tecnologías de la información y comunicación (TICS): nuevas herramientas a considerar en la lucha contra la violencia de género” en CASTILLEJO MANZANARES., ALONSO SALGADO, (Dir.), *El género y el sistema de (in)justicia*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2020., pág. 203., “el delito de stalking exige una conducta reiterada e intencionada de acoso, percibida como amenazante, como consecuencia de la realización de ciertas conductas abiertas que comportan, como resultado, una grave alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la persona acosada”.

¹¹⁸ NUNES ANDRADE, A. B., *Acoso persecutorio. Stalking (TFG)*. Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2021. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24202>., pág. 39.

de Madrid 799/2016, de 27 de diciembre de 2016 “la afectación grave puede, a nuestro juicio, manifestarse de muchas maneras. Sin tener que seguir un protocolo concreto. No tiene por qué precisar de asistencia psicológica, alterar las funciones del organismo o sumir a la persona una situación de llanto. Bastaría más allá de tales manifestaciones concretas, con sumir a la víctima en un estado de ansiedad que limitara o suprimiera la tranquilidad a la que en el desarrollo vital toda persona tiene derecho”¹¹⁹.

A mi modo de ver, estoy de acuerdo con la postura de la doctrina, pero considero que es más acertada la que establece la jurisprudencia al respecto, entiendo también que el acoso persecutorio no solo implica que le ocasione a la víctima estrés o ansiedad, sino que de igual modo puede conllevar a que la víctima reorganice su vida haciendo cambios, no solo cambiando su itinerario, incluso ha habido casos en los que cambia la víctima de domicilio o pide un traslado en el trabajo o cambia de número de móvil, entre otras acciones, para así lograr recuperar la tranquilidad que tenía antes, por tanto, debe de tenerse en cuenta que de este modo también se produce el resultado del delito.

Aparte, otra modalidad comisiva del stalking es la búsqueda de contacto con la víctima, a través de llamadas telefónicas constantes, envío de mensajes o correos electrónicos, incluso intentar contactar con la misma a través de terceras personas.

Al respecto, la doctrina apunta que debe haber un mínimo de insistencia y reiteración de tres actos para que se considere como acoso persecutorio, además de entender que solo es punible dicha acción cuando la víctima ha tenido conocimiento de la misma y en ese caso, hubiese provocado una alteración o perjuicio en su vida, de lo contrario no sería reprochable, así lo entienden varios autores, en particular, CASANOVA SANZ, afirma que si no se produjera de este modo no se produciría el resultado típico y por tanto no habría delito que castigar¹²⁰.

¹¹⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, S. del C., Consideraciones sobre el nuevo delito de acoso (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5088>, pág. 19. En este sentido, la SAP de Madrid 799/2016, de 27 de diciembre de 2016, FJ 2.

¹²⁰ NUNES ANDRADE, A. B., Acoso persecutorio. Stalking (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2021. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24202>, pág. 34. En este sentido, CASANUEVA SANZ, I. “El delito de acoso o stalking. Un análisis de los elementos del tipo”, en DUPLÁ MARÍN (Coord.), *La respuesta de la ley ante el bullying. Análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2021., pág. 309., “Según la redacción del precepto, no es necesario que el autor consiga ponerse en contacto con la

En la jurisprudencia, se ha establecido que para apreciar este delito no solo basta la consumación del mismo, sino también su tentativa, es decir, no es necesario establecer contacto, simplemente basta con intentarlo, así lo ha dispuesto la SJI de Tudela 3/2016, de 23 de marzo de 2016¹²¹.

Bajo mi punto de vista, no coincido con la jurisprudencia, parto de la postura de la doctrina, de que solo se puede castigar el hecho si realmente la víctima ha tenido conocimiento de ello, porque de otro modo esta persona no se apercibe de que se le haya causado ningún mal, con lo cual no creo que la tentativa sin percepción de la misma tenga que ser punible.

En el caso de la búsqueda de la víctima a través de terceras personas, la doctrina considera que si estas personas ayudasen al autor a contactar con la víctima, en ese caso, también responderían por el delito como coautores, así lo afirma QUERALT JIMÉNEZ¹²².

En la jurisprudencia, se puede observar en muchas resoluciones, por ejemplo la SAP de Madrid 738/2015, de 10 de diciembre, al entender como acoso el intento de contactar insistentemente con la víctima, llegando a llamar a la hermana de la misma, incluso llamando al timbre de su casa¹²³.

víctima, aunque parece que solo tendrá que ser punible el intento si llega a su conocimiento puesto que, de otro modo, no será idóneo para afectar a su libertad, para alterar el desarrollo de su vida cotidiana”. Del mismo modo, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de stalking” en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, ed. 1ª, Aranzadi, Navarra, 2015., págs. 383 – 384., de la tipificación del delito de stalking, “pueden considerarse tres elementos configuradores de este tipo de conducta. *En primer lugar*, se indica que debe tratarse de un patrón de conducta insidioso y disruptivo que admite muy diversas manifestaciones. *En segundo lugar*, generalmente se exige que no cuente con la anuencia de la víctima. *Finalmente*, y este tercer elemento de la conducta es el que ha generado más desacuerdo en la comunidad científica, se requiere que esta comunicación o aproximación asfixiante y no querida sea susceptible de generar algún tipo de repercusión en la víctima, que mayoritariamente se identifica con la producción de una sensación de desasosiego o temor”.

¹²¹ NUNES ANDRADE, A. B., Acoso persecutorio. Stalking (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2021. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24202>., pág. 34. En este sentido, la SJI de Tudela 3/2016, de 23 de marzo, FJ 1., “A continuación se enumeran cuatro conductas de distinta naturaleza, de forma que el acoso, para ser punible, deberá realizarse a través de alguna de estas cuatro modalidades de conducta: [...] 2. Establecer o intentar establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o por medio de terceras personas: Se incluye pues, tanto la tentativa de contacto como el propio contacto”.

¹²² Ibidem, pág. 35.

¹²³ Idem, pág. 35. En este sentido, la SAP de Madrid 738/2015, de 10 de diciembre de 2015, FJ 2 y 3.

En mi opinión, el que el autor contacte con terceras personas para así poder comunicarse con la víctima no tiene reproche, siempre y cuando si las terceras personas no se lo comunican a la víctima, por tanto, al no tener conocimiento de ello no se le está causando ningún perjuicio, pero sí será reprochable cuando dichas personas ayuden a que se logre esa comunicación, en el caso de que sea así, evidentemente serían responsables penalmente, ya que el sujeto pasivo no quiere saber nada de esa persona.

4.7. Delito de difusión no autorizada de imágenes o grabaciones audiovisuales (sexting)

El delito denominado sexting se regula en el art. 197.7 CP, que establece lo siguiente: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, [...]”¹²⁴, se introdujo con la reforma de la LO 1/2015. Se trata de la fusión de los anglicismos sex (sexo) y texting (enviar mensajes por el móvil) y más concretamente en difundir contenido (imágenes, vídeos, grabaciones, ...) íntimo o sexual a un tercero. Este precepto está recogido en el Título X, dedicado a los “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, por consiguiente, entendemos que el bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad personal.

La introducción de este precepto ha dado lugar a una amplia discusión doctrinal, cuestionándose tanto su incorporación, el bien jurídico protegido, la penalidad de los terceros receptores de la acción, el vínculo de confianza en relación a las parejas (en el contexto de la violencia de género), además, de si la acción se ha llevado a cabo con consentimiento o sin el mismo.

¹²⁴ Art. 197.7 CP.

En referencia a su incorporación, este delito fue muy criticado y no muy aceptado. La doctrina discutió el carácter punible de esta conducta, una parte de la doctrina consideraba que era más bien un punitivismo oportunista ante las noticias que aparecían en los medios, en este sentido opina QUERALT JIMÉNEZ¹²⁵, mientras que, otra parte de la doctrina apoyaba la reforma al considerarla necesaria ante las nuevas tecnologías para que el derecho penal se actualizara, así lo entiende RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ¹²⁶.

La jurisprudencia coincide con una parte de la doctrina, pues entiende que la introducción de este precepto vino a actualizar el derecho penal ante los cambios que estaban surgiendo con las nuevas tecnologías, debido a que el CP no podía dar respuesta a algunas situaciones que se daban en la actualidad.

En mi opinión, ha sido un acierto incorporar este tipo delictivo a nuestro ordenamiento jurídico penal español, sobre todo cuando se cometen esas conductas en el ámbito de pareja o afectivo, ya que entra en el contexto de violencia de género, siendo una herramienta más de protección para la mujer ante los supuestos de machismo cuando el hombre difunde esas imágenes, grabaciones, ... por la sola razón de su hombría para quedar bien ante sus amigos o simplemente humillar a la mujer ante los demás.

Aparte, en relación al bien jurídico protegido, la doctrina mayoritaria considera a la intimidad como el bien jurídico protegido, lo que supuso una ampliación en la tutela del mismo¹²⁷, pero la doctrina minoritaria no está de acuerdo porque consideran que se afectan también otros bienes jurídicos.

De entre la doctrina mayoritaria, destaca COLÁS TURÉGANO, sostiene que el bien jurídico protegido es la intimidad, sin mencionar otro bien jurídico¹²⁸, además, MUÑOZ CONDE, ROMEO CASABONA, entre otros, entienden que “el derecho a la intimidad como bien jurídico protegido de este delito se compone de dos perspectivas una primera

¹²⁵ PERERA ABAD, B., El delito de sexting: una respuesta penal ante el mal uso de las nuevas tecnologías (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2018. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/9053>., pág. 7.

¹²⁶ Ibidem, págs. 7 – 8.

¹²⁷ Ibidem, pág. 9. En este sentido, COLÁS TURÉGANO.

¹²⁸ PÉREZ ASENSIO, M., El derecho penal frente a las nuevas tecnologías: el delito de sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2019. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/14879>., pág. 10.

aproximación, destaca en la intimidad un aspecto negativo, una especie de derecho a la exclusión de los demás de determinados aspectos de la vida privada, que pueden calificarse de secretos. Y una segunda, la importante a este respecto se concibe la intimidad como un derecho de control sobre la información y los datos de la propia persona, incluso sobre los ya conocidos, para que sólo puedan utilizarse conforme a la voluntad de su titular”¹²⁹. Por el contrario, entre la doctrina minoritaria, MARTÍNEZ OTERO considera que se vulnera tanto la intimidad como el derecho a la propia imagen, ambos derechos fundamentales recogidos en nuestra CE¹³⁰.

En la jurisprudencia se observa una evolución del concepto de intimidad tanto en el TC como en el TS, en un principio, “se definía en sentido negativo como el derecho del titular a exigir la no intromisión de terceros en su ámbito privado, evolucionando hasta tener un contenido positivo configurándolo como la libertad de acción del sujeto y sus facultades para determinar su extensión y el conocimiento que pudieran tener otros de información relativa a su persona”¹³¹.

A mi modo de ver, estoy de acuerdo en que el bien jurídico protegido es la intimidad, pero también considero que no es el único que se ve afectado ante la comisión de este delito, entiendo que la acción típica de este precepto lleva aparejada la vulneración del delito de la propia imagen, coincidiendo también con la doctrina minoritaria. En definitiva, estimo que no solo se atenta ante un único bien jurídico, sino ante varios, siendo reprochables para conseguir así una mayor protección para la víctima.

En cuanto a la penalidad de los terceros receptores, en algunos casos se entiende que pueden ser castigados y otros no. La doctrina considera que no se puede penar los atentados ante el caso del reenvío a terceros receptores de dicha acción¹³², en este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ entiende que se protege “el intrusismo de

¹²⁹ HERNÁNDEZ DÓNIZ, Y., El delito de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido sexual: el mal llamado sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5615>., págs. 11 – 12.

¹³⁰ PÉREZ ASENSIO, M., El derecho penal frente a las nuevas tecnologías: el delito de sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2019. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/14879>., pág. 10.

¹³¹ PERERA ABAD, B., El delito de sexting: una respuesta penal ante el mal uso de las nuevas tecnologías (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2018. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/9053>., págs. 14 – 15.

¹³² Ibidem, pág. 9. En este sentido, CASTIÑEIRA PALAU y ESTRADA I CUADRAS.

terceros, pero no la difusión e indiscreción de la persona a la que hemos confiado información de ámbito privado¹³³. Por el contrario, MAGRO SERVET, sostiene que los terceros también pueden ser castigados si contribuyen a la difusión, a pesar de no haber sido quienes tomaron o grabaron ese contenido¹³⁴.

En la jurisprudencia se determinó que se castiga al sujeto o sujetos que hayan realizado la acción, pero deja impunes a los que hayan contribuido en la difusión al reenviar ese contenido porque no han participado en la realización de la conducta típica¹³⁵.

En mi opinión, considero que al igual que al autor del delito se le castiga por la difusión del contenido íntimo y sexual, a los terceros también tendría que serles reprochable ya que han contribuido, sí que es verdad que en muchas ocasiones no se puede exigir, en el caso de que sean muchísimas personas, pero en el supuesto de que se sepa que un grupo reducido de personas lo reenviaron se les exija responsabilidad penal y civil ante el perjuicio causado a la víctima.

Aparte, en referencia a la confianza en las parejas en el contexto de la violencia de género, lo primero es saber que se entiende por confianza en el sexting, se trata de “la confianza que existe entre la persona que consiente en ser grabada o fotografiada en escenas de contenido claramente sexual y la persona destinataria de dichas imágenes o vídeos. Relación de confianza que hace compartir aspectos íntimos de la vida privada de una persona, por tanto, nace un deber especial de confidencialidad entre las personas, cuya infracción las hace merecedoras de reproche personal”¹³⁶.

“Estas relaciones de confianza son las propias de las relaciones de pareja y familiares, a las que pueden añadirse también las de amistad y de compañerismo (con convivencia) que resultan similares a las anteriores, en la medida en que normalmente se trata de hombres despechados que actúan por odio, venganza, extorsión, etc., frente a la mujer con la que ha terminado su relación sentimental o está en vías de ello, aunque también

¹³³ PÉREZ ASENSIO, M., El derecho penal frente a las nuevas tecnologías: el delito de sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2019. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/14879>., pág. 11.

¹³⁴ PERERA ABAD, B., El delito de sexting: una respuesta penal ante el mal uso de las nuevas tecnologías (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2018. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/9053>., pág. 18.

¹³⁵ Ibidem, pág. 19.

¹³⁶ PÉREZ CONCHILLO, E., *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018., págs. 11 – 12.

hay casos de hombres que necesitan mostrar su hombría desnudando la intimidad de la mujer con la que ha mantenido algún tipo de relación”¹³⁷.

Al respecto, “no se presenta ninguna discusión doctrinal, dado que la doctrina entiende que no es un delito especial referido a la violencia de género específicamente, sino que abarca todos los posibles supuestos”¹³⁸. No obstante, lo anterior plantea la posible relación con la violencia de género atendiendo al supuesto en el que la pareja, como consecuencia de que la otra parte quiere poner fin a la relación (teniendo en su posesión este tipo de imágenes o video) decide difundirlos sin su consentimiento, para lograr ese atentado contra la intimidad de la otra parte, en venganza a su intención de terminar, en este sentido lo entiende MAGRO SERVET¹³⁹.

Por su parte, la jurisprudencia en los supuestos de violencia de género y violencia doméstica en los que se realiza este tipo delictivo del art. 197.7 CP, le otorga la necesaria protección a las víctimas de estos supuestos, en la mayoría de ocasiones atentan contra las niñas menores o cónyuge aun sin convivencia, lo podemos observar en la SAP 488/2016, de 25 de noviembre de 2016, “un caso en el cual una menor de edad mantenía una relación sentimental con un mayor de edad, el cual [...], una vez la menor decidió cortar la relación, envió una foto de la misma desnuda a su madre, foto que obtuvo en la intimidad en el transcurso de dicha relación”¹⁴⁰.

Bajo mi punto de vista, este tipo delictivo es la acción más humillante y deshonesta que se le puede causar a una mujer o a una menor con la que el autor hubiese mantenido una relación, debido a que no solo implica la traición ante la confianza que se le ha otorgado a esa persona, que no es poco, sino que peor aún, provoca que ante los ojos de los demás la imagen de la víctima que se tenía no sea la misma, al ventilar su privacidad sin necesidad alguna, considero que las personas que cometen estos hechos no tienen

¹³⁷ Idem, pág. 12.

¹³⁸ HERNÁNDEZ DÓNIZ, Y., El delito de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido sexual: el mal llamado sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de La Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5615>., pág. 39., “el delito del 197.7 afecta a todo tipo de parejas, ya que considera la posibilidad de que la agravación por cometerse el delito en el seno de la pareja tiene cabida tanto en la violencia doméstica como en la violencia de género, es decir, tanto sean difundidas las imágenes por él o por ella”.

¹³⁹ Idem, pág. 39.

¹⁴⁰ SAP de Valencia 488/2016, de 25 de noviembre de 2016, FJ 2., “el recurrente en su declaración en el juzgado al folio 47, reconoce parte de los hechos denunciado, concretamente que mando a la madre de Graciela una fotos de ella desnuda, para que viere de lo que era capaz su hija ...”.

valores, educación ni respeto alguno, por tanto, no solo deben ser responsables penalmente, también civilmente ante el daño moral causado a la víctima.

Por último, respecto a si la acción se hace con consentimiento o sin consentimiento del sujeto pasivo, con el fin de determinar si es punible o no. Al respecto, la doctrina entiende que en el delito de sexting requiere la concurrencia de consentimiento previo a la obtención del contenido, si lo obtuviera entonces sería impune, mientras que si quien obtuvo esa información lo hizo con el permiso de su obtención, pero no de su difusión o sin el consentimiento ninguno de la víctima para obtenerlo y difundirlo, entonces será castigado por este delito.

La jurisprudencia opina al igual que la doctrina, sin consentimiento debe ser castigado, pero en el caso de que se le dé para su obtención, su posterior difusión sería impune, así lo ha establecido en varias resoluciones, como por ejemplo en el AJPII 17/2013, de 15 de marzo de 2013¹⁴¹.

En mi opinión, estoy totalmente de acuerdo con parte de la doctrina, pero no con la postura adoptada por la jurisprudencia, coincido en que se debe castigar cuando no se tuviera el consentimiento del sujeto pasivo para su obtención y difusión, pero discrepo en el caso de que si la víctima le otorga ese consentimiento para su tenencia, esta lo hace con el fin de que solo él lo vea, por tanto, no entiendo que si esta persona *a posteriori* lo revela o difunde quede impune, porque para llevar a cabo esa acción no tuvo ningún permiso o consentimiento, con lo cual, debe ser reprochable.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Tras la investigación, estudio, comprensión y redacción de mi trabajo, considero que he sustraído las siguientes conclusiones:

¹⁴¹ AJPII 17/2013, de 15 de marzo de 2013, FJ, 3., “[...] no cabe achacar al mismo un reproche penal por la conducta realizada, pues la misma de ser probada, habría consistido en la circulación o difusión del vídeo, cuyo origen para entender consumado el tipo penal, habría de ser ilícito, esto es, obtenido sin consentimiento o autorización, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, y que por tanto, no concurriendo dicho origen ilícito y el acto previo de descubrimiento o apoderamiento, lleva a la conclusión de que de acuerdo a la legislación penal actual, las conductas de difusión se encuentran excluidas del reproche penal”.



En primer lugar, el presente trabajo ha tenido el objeto principal de conceptualizar la violencia de género, por tanto, con mis palabras entiendo que es considerada como la actitud que emprende el autor, ya sea a través de la agresión física, psicológica o verbal y sexual, hacia su pareja o ex pareja o persona con la que mantenga una relación análoga de afectividad, con el fin de conseguir someter a la misma y poder controlarla, algunos ejemplos de agresión física son una bofetada, un tirón de pelos, etc., de agresión psicológica son amenazas, coacciones, ... y de agresión sexual es mantener relaciones sexuales cuándo ella no quiere por el simple hecho de que es su mujer.

Por consiguiente, es evidente cuántos bienes jurídicos protegidos entran en conflicto ante la violencia ejercida del hombre hacia la mujer, no solo se vulnera el derecho a la igualdad, a la libertad, el respeto y a la capacidad de decisión, tal y como expresa la LOMPIVG en su Exposición de Motivos fundamento I, sino que también se afecta a otros derechos fundamentales previstos en nuestra CE, como el derecho a la integridad física y moral ante el sometimiento del agresor a sus víctimas con tratos degradantes, que provocan como resultado en las mujeres: miedo, cobardía, intranquilidad, ... e infinitas consecuencias, consiguiendo que el autor del delito cometa el mismo sin ser descubierto durante muchísimo tiempo y en otras ocasiones nunca siendo imperceptible.

Como consecuencia, haciendo colación a las palabras de la LOMPIVG en su fundamento I de la Exposición de Motivos: “las agresiones sobre las mujeres en la actualidad tienen muchísima incidencia, pero gracias al esfuerzo de las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género ya no es un delito invisible y cuándo se produce enciende las alarmas y rechazo al mismo”¹⁴². De este modo, no cabe duda de la evolución legislativa que ha tenido la violencia de género a lo largo de los años tratando de penalizar este fenómeno para proteger a la mujer y así castigar al culpable. Sin embargo, esta lucha para poder erradicar esta posición machista no se logra simplemente aplicando unas leyes que impongan medidas de protección y ejecuten castigos más severos y cuando digo “simplemente” es porque me refiero a que para acabar con la violencia machista se debe inculcar a la sociedad una educación y valores que desencadene la dominación del hombre sobre la mujer que durante décadas se sigue observando, a causa de la discriminación hacia el sexo femenino.

¹⁴² Fundamento I de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG.

En segundo y último lugar, una vez se ha analizado y expuesta tanto la discusión doctrinal y jurisprudencial de los diferentes aspectos y delitos a tener en cuenta en la violencia de género, concluyo con las siguientes propuestas de *lege ferenda*:

En lo referente a la legislación, como la violencia de género es cada vez más frecuente día a día, considero la necesidad de reforzar e introducir mejoras, en las medidas de protección y prevención, además de endurecer las penas que se imponen a los agresores para así conseguir una mayor protección y seguridad para las víctimas.

En lo que respecta al elemento de dominación o machista, aunque ha sido discutida su exigibilidad o no, opino que es necesaria su concurrencia como requisito principal a la hora de poder valorar si el tipo delictivo encaja en los delitos de violencia de género, por tanto, considero que debe incluirse siempre, a pesar de que legislador no hace referencia alguna de este en el CP en los tipos penales agravados.

Con respecto a la agravante por razón de género que viene por la ley LO 1/2015, entiendo que es conveniente su mantenimiento, pues no considero que su introducción sea simbólica, por lo que no estoy de acuerdo a su supresión.

En cuanto a los delitos, me he centrado solamente en el delito de stalking y sexting. Por una parte, respecto al delito de stalking, estoy a favor de su introducción, ha sido adecuada y conveniente, debido a que este tipo de acciones provocaban inseguridad jurídica y ahora con su incorporación ya hay un tipo penal concreto para tipificarlas, logrando así que no haya respuestas jurídicas diversas ante los problemas interpretativos. Por otra parte, en cuanto al delito de sexting, considero que es necesario su mantenimiento debido a las nuevas tecnologías y redes sociales que permiten que se puedan vulnerar bienes jurídicos protegidos ante las acciones que dichas técnicas permiten cometer, su incorporación ha sido todo un acierto para que el CP se actualizara a las nuevas realidades en la sociedad, además considero que en el art. 197.7 CP es necesario la incorporación de la penalidad de los terceros que contribuyen en la difusión y reenvío del contenido, ya que contribuyen en el perjuicio de la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 7, 2009.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, S. del C., Consideraciones sobre el nuevo delito de acoso (TFG). Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5088>
- BORJA JIMENEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4º”, en GÓNZALEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, ed. 2ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- DÍEZ RODRÍGUEZ, S., *Transexualidad y violencia de género. La respuesta del derecho penal a las agresiones recibidas por el colectivo transexual*, [TFG]. Grado en Derecho, Universidad de Barcelona, 2019.
- CAMPS MIRABET, N., “Los matrimonios forzados: marco jurídico internacional”, en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- CASANUEVA SANZ, I. “El delito de acoso o stalking. Un análisis de los elementos del tipo”, en DUPLÁ MARÍN (Coord.), *La respuesta de la ley ante el bullying. Análisis de la conflictividad y tratamiento jurídico del acoso, el abuso y la intimidación*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2021.
- FERNÁNDEZ DE MINGO, J. P., *Delito de lesiones* [TFM]. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá, Madrid, 2018.
- FERNÁNDEZ FUSTES, M. D., COELLO PULIDO, Á., *La violencia contra la mujer*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2014.
- GARCÍA MAESTRE, J., El bien jurídico protegido en los delitos de lesiones (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2019. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/15386>



- GÓMEZ RIVERO, M^a. C., “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., “Maltratos, amenazas, coacciones, reformas habidas y por haber y críticas al tratamiento”, en ROIG TORRES (Dir.), *Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género. Perspectiva comparada*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, V., El elemento machista en el delito de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2020. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/19361>
- HERNÁNDEZ DÓNIZ, Y., El delito de difusión no autorizada de imágenes y grabaciones audiovisuales de contenido sexual: el mal llamado sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5615>
- HERNÁNDEZ HIDALGO, P., *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/5099>
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 20-27, 2018.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Estudio integral de la violencia de género*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, 2018.
- MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 08-02, 2006.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 22^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 20ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- NUNES ANDRADE, A. B., Acoso persecutorio. Stalking (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2021. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24202>
- PEREGRÍN LÓPEZ, C. “Amenazas y coacciones en la violencia de género” en CASTAÑO NÚÑEZ (Dir.), *Estudios sobre a tutela penal de la violencia de género*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.
- PERERA ABAD, B., El delito de sexting: una respuesta penal ante el mal uso de las nuevas tecnologías (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2018. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/9053>
- PÉREZ ASENSIO, M., El derecho penal frente a las nuevas tecnologías: el delito de sexting (TFG). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2019. Disponible en <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/14879>
- PÉREZ CONCHILLO, E., *Intimidad y difusión de sexting no consentido*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al código penal español*, ed. 7ª, Aranzadi, Navarra, 2016.
- ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 1ª, Comares, Granada, 2016.
- RUBIDO DE LA TORRE, J. L., *Ley de violencia de género*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- SÁNCHEZ VILANOVA, M., “Tecnologías de la información y comunicación (TICS): nuevas herramientas a considerar en la lucha contra la violencia de género” en CASTILLEJO MANZANARES., ALONSO SALGADO, (Dir.), *El género y el sistema de (in)justicia*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- SANZ MULAS, N., *Violencia de género y pacto de estado. La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

- SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4^a CP)”, en *Artículo Doctrinal*, vol. 39, 2019.
- SERRANO TÁRRAGA, M^a. D., “Violencia de género y extraterritorialidad de la ley penal. La persecución de la mutilación genital femenina”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 11, 2012.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las lesiones”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al código penal español*, ed. 7^a, Aranzadi, Navarra, 2016.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al código penal español*, ed. 7^a, Aranzadi, Navarra, 2016.
- TRAPERO BARREALES M^a. A., “La respuesta jurídico-penal a los matrimonios forzados” en VILLACAMPA ESTIARTE (Coord.), *Matrimonios forzados. Análisis jurídico y empírico en clave victimológica*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- TRAPERO BARREALES, M^a. A., *Matrimonios ilegales y derecho penal. Bigamia, matrimonio inválido, matrimonio por conveniencia, matrimonio forzado y matrimonio precoz*, ed. 1^a, Tirant lo blanch, Valencia, 2016.
- VEGA VALENCIA, A., *Violencia de género: regulación presente y futura* [TFG]. Facultad de Derecho, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El delito de stalking” en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2015*, ed. 1^a, Aranzadi, Navarra, 2015.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019 (Sección del Tribunal Constitucional), de 18 de julio de 2019 (recurso 1595/2016).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2008, (Sección del Tribunal Constitucional), de 24 de julio de 2008 (recurso 4655/2006).

Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 (Sección del Tribunal Constitucional), de 14 de mayo de 2008 (recurso 5939/2005).

Sentencia del Tribunal Supremo 444/2020 (Sala Segunda de lo Penal), de 14 de septiembre de 2020 (recurso 10098/2020).

Sentencia del Tribunal Supremo 1071/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 2 de abril de 2019 (recurso 2286/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 4353/2018 (Sala de lo Penal), de 20 de diciembre de 2018 (recurso 1388/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018 (Sala Segunda de lo Penal), de 19 de noviembre de 2018 (recurso 10279/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 3757/2018 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 19 de noviembre de 2018 (recurso 10279/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 420/2018 (Sala Segunda de lo Penal), de 25 de septiembre de 2018 (recurso 10235/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 342/2018 (Sala Segunda de lo Penal), de 10 de julio de 2018 (recurso 2704/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 146/2015 (Sala Segunda de lo Penal), de 23 de febrero de 2015 (recurso 1897/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo 856/2014 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 26 de diciembre de 2014 (recurso 10569/2014).

Sentencia del Tribunal Supremo 399/2013 (Sala Segunda de lo Penal), de 8 de mayo de 2013 (recurso 11226/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo 58/2008 (Sala Segunda de lo Penal), de 25 de enero de 2008 (recurso 1274/2007).

Sentencia del Tribunal Supremo 929/2007 (Sala de lo Civil), de 17 de septiembre de 2007 (recurso 1506/2003).

Sentencia del Tribunal Supremo 580/2006 (Sala Segunda de lo Penal), de 23 de mayo de 2006 (recurso 1486/2005).



Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 397/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 16 septiembre de 2020 (recurso 686/2020).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 535/2019 (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 29 de julio de 2019 (recurso 14/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 799/2016 (Sala de lo Penal, Sección 7ª), de 27 de diciembre de 2016 (recurso 1363/2016).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 488/2016 (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 25 de noviembre de 2016 (recurso 3273/2016).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 738/2015 (Sala de lo Penal, Sección 27ª), de 10 de diciembre de 2015 (recurso 2100/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 126/2011 (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 17 de junio de 2011 (recurso 34/2011).

Sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela 3/2016 (Sección 3ª), de 23 de marzo de 2016.

Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orgaz 17/2013 (Sección 1ª), de 15 de marzo de 2013 (recurso 1109/2012).