

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2021/2022

Convocatoria: Julio

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRANSEXUALIDAD EN EL
DERECHO PENAL**

GENDER VIOLENCE AND TRANSSEXUALITY IN CRIMINAL LAW



Realizado por la alumna D^a. Alba Ruiz Martín

Tutorizado por la Profesora D^a. Judit García Sanz

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho penal

ABSTRACT

In the following paper, we will analyse the legal actions taken by the criminal code with regards to the gender violence women suffer.

We will also answer whether transgender women fall under the protection of the Integral Measures of Protection against gender violence law, part of the LO 1/2004 of the 28 of December.

To clearly confront this issue, we will study the concepts of gender violence and transsexuality. This paper also includes other controversial and relevant concepts to further delve and understand this question. These definitions are: sexual orientation, gender identification, sex, gender, intersexuality, transvestism and homosexuality.

Further on, we will analyse the International, European and National legislative framework with regards to gender violence and transsexuality. In the same way, we will delve into the Spanish Criminal Code and their stance towards gender violence starting back in 1822 from that moment to the present.

Including the modifications made by the LO 1/2004 of the 28 of December, after which different penal types of gender violence were introduced, in which an affective relationship was a requirement. We will also study the LO 1/2015 of the 30 of March which marks the reform of the LO 10/1995 of the 23 of November.

This reform gave more ample and extender answer towards the protection given by the Criminal Code Law with respect to gender violence, with the inclusion of the gender aggravation which belongs to the article 22.4° and other concepts like Stalking and Sexting.

To finalize, we will study the response given by the Criminal Code in situations where the victim is transsexual and actively or passively being a subject of gender violence, also whether it is necessary or not to include the subjective element of the dominion of men over women, a study of gender aggravation, and lastly the most relevant types of gender violence.

Key Words: gender violence and transsexuality.

RESUMEN

En este trabajo, analizaremos la respuesta del Código penal frente a la violencia de género que sufren las mujeres. Igualmente, responderemos si las mujeres transexuales, quedarían bajo la protección de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Para poder abordar esta cuestión, estudiaremos los conceptos de violencia de género y transexualidad. Asimismo, se incluye en este estudio, conceptos afines e igualmente controvertidos, como es el caso de: orientación sexual, identidad de género, sexo, género, intersexualidad, travestismo y homosexualidad.

Con posterioridad, analizaremos el marco normativo de la violencia de género y la transexualidad en el Derecho internacional, europeo y nacional. Del mismo modo, esta investigación incluirá el análisis de la violencia de género en el Código Penal español, desde el año 1822 hasta la actualidad. Incluyendo la reforma del Código penal que se produce por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, tras la cual se introducen tipos penales específicos de la violencia de género, siendo exigible una relación afectiva. Por otro lado, se abordará la LO 1/2015, del 30 de marzo, que provoca la reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, dando una respuesta más amplia a la protección que otorga el Derecho penal a la violencia de género, al incluir la agravante de género del art. 22.4ª CP, y, otros tipos penales, como el *stalking* y el *sexting*.

Para finalizar, estudiaremos la respuesta del Derecho penal, en aquellos supuestos en los que el transexual sea sujeto activo o pasivo de las agresiones propias de la violencia de género, si es exigible el elemento subjetivo de dominio del hombre sobre la mujer, un estudio de la agravante de género, y, por último, lo tipos penales más destacables de la violencia de género.

Palabras clave: violencia de género y transexualidad.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRANSEXUALIDAD.....	2
1. Violencia de género.....	2
2. Transexualidad.	4
2.1. Otros conceptos de relevancia: orientación sexual, identidad de género, sexo y género.	4
2.2. Distinción entre diversos conceptos controvertidos: transexualidad, intersexualidad, travestismo y homosexualidad.	6
III. MARCO NORMATIVO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRANSEXUALIDAD.....	8
1. Derecho internacional.	8
2. Derecho europeo.	11
3. Derecho nacional.	12
IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.	14
1. Un Derecho penal discriminatorio para las mujeres.....	14
2. Un avance hacia la igualdad real: el Código de 1995, su reforma en 1999 y la LO 11/2003.	16
3. Introducción el Código Penal actual y agravante de género.	17
V. VIOLENCIA DE GÉNERO.....	18
1. El transexual como sujeto activo y pasivo de los delitos de violencia de género.	18
2. Elemento subjetivo.	21
3. Agravante de género (art. 22.4ª CP).	25
4. Tipos penales de la violencia de género.	31
4.1. Delitos contra la integridad personal: art. 153.1 CP y art. 148.4 del CP.	33
4.2. Delitos contra la libertad: amenazas (art. 171.4), coacciones (art 172.2), delito de <i>stalking</i> (art. 172 ter).	37
4.3. Delitos contra la intimidad: el delito de <i>sexting</i> (art. 197.7 CP).	44
VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>.	48
BIBLIOGRAFÍA	51
ÍNDICE DE SENTENCIAS.....	55

I. INTRODUCCIÓN.

La violencia de género supone uno de los principales problemas de nuestra sociedad por el innegociable número de mujeres víctimas de este tipo de violencia en el Estado español¹, así como en el resto de países del mundo.

Estos problemas sociales, se sustentan en el androcentrismo y patriarcado. El androcentrismo, implica considerar al hombre el centro de las ciencias y el pilar de la sociedad, produciendo una distorsión de la realidad, relegando, de este modo, a la mujer, a un segundo plano². De igual modo, el patriarcado ha permitido que este tipo de violencia ejercida por los hombres hacia las mujeres perdure hasta nuestros días. DOLOR REAGUANT, aportó un concepto completo del concepto “patriarcado”, que dice así: “es una forma de organización política, económica, religiosa y social basada en la idea de autoridad y liderazgo sobre las mujeres; del marido sobre la esposa; del padre sobre la madre (...)”³.

El avance del feminismo en la sociedad y la política, ha permitido aprobar diversas normas de carácter internacional, europeo y nacional para hacer frente a este problema, que se analizará con posterioridad en este trabajo. En el plano nacional, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴, en su Exposición de Motivos, se plantea como objetivo el alcance de una igualdad real entre hombres y mujeres, regulando medidas de sensibilización e intervención, evitando que las mujeres sufran violencia por el mero hecho de serlo. Por fortuna, y como expone en la misma Ley, pese al gran número de casos de este tipo de violencia en nuestro país, es evidente el incremento de la consciencia social respecto a dicho problema, jugando un papel importante los medios de comunicación y difusión, que nos han permitido conocer casos de extrema violencia y hacer eco de noticias que, lejos de ser aisladas, son comunes y frecuentes.

¹ RUBIDO DE LA TORRE, L., *Ley de violencia de Género: ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 10.

² VARELA, N., *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, Barcelona, 2013, p. 175.

³ *Ibidem*, p. 177. En este sentido DOLOR REAGUANT.

⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Después de todo lo expuesto, surge la siguiente cuestión: ¿las mujeres transexuales podrían ser víctimas de violencia de género desde una perspectiva penal, pudiendo quedar bajo la protección de la LO 1/2004, de 28 de diciembre? Este colectivo, a pesar de los múltiples intentos legislativos tanto nacionales como supranacionales, sigue siendo víctima de agresiones por su condición, como puede ser el reciente caso de Samuel, víctima de un delito de odio por su condición de homosexual⁵, o el caso de Eva, mujer transexual, víctima de agresiones físicas en Barcelona al grito de “travelo”⁶.

II. APROXIMACIÓN A LOS CONCEPTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRANSEXUALIDAD.

1. Violencia de género.

A continuación, procederemos a profundizar en el propio concepto de “violencia de género” y en las distintas formas de violencia contra la mujer existentes. Podemos encontrar una definición del concepto en la redacción de los Informes y Declaraciones realizadas por organismos internacionales o por la propia legislación estatal. Es importante destacar que, la expresión, “violencia de género”, se usó por primera vez en los años 70 en Estados Unidos por asociaciones de defensa de los derechos de la mujer⁷.

El concepto de violencia de género tiene una distinción tripartita según los organismos internacionales, pudiendo distinguirse entre: violencia psíquica, física y sexual.

Esta distinción y el propio concepto, se pueden apreciar en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas en 1993 que dice: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que

⁵ PONTEVEDRA, S., “Caso Samuel”: una agresión mortal colectiva como las estudiadas en chimpancés. El País, 14 de julio, 2021. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-07-14/caso-samuel-una-matanza-colectiva-como-las-estudiadas-en-chimpances-y-alimentada-con-fortnite.html>

⁶ Una joven transexual recibe una paliza a la salida de su casa en Barcelona. El País, 21 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-11-21/apalizada-una-joven-transexual-a-la-salida-de-su-casa-en-barcelona.html>

⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Política legislativa y violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 40.

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”⁸.

El concepto en español de violencia de género, deriva del concepto *gender-based violence* o *gender violence*, introducido en 1994 por la Organización Mundial de la Salud, que define dicho tipo de violencia como aquella en el que el sujeto pasivo es la mujer y el activo el hombre por el cual sufre violencia “física, sexual o psicológica”, asimismo, en esta definición, podemos apreciar los diferentes tipos de violencia que existen⁹.

En la IV Conferencia Mundial de 1995 sobre el avance de las mujeres en Pekín, se define la violencia de género como: “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”, además, el propio informe redactado en dicha Conferencia, indica que este tipo de violencia puede ser ejercida por el entorno más cercano, en otras palabras, por la familia de la víctima o por su propio cónyuge, por la comunidad a la que pertenece o por el propio Estado¹⁰.

Finalmente, la propia Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre¹¹, nos ofrece en su primer artículo, una definición del concepto que abarca todos aquellos actos de violencia contra la integridad física, psíquica y sexual. Dichos actos, según lo expuesto en la propia Ley, deben realizarse por “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”¹².

⁸ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas de 1993. Disponible en: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_25/pdfs/15.pdf

⁹ Real Academia Española. Informe de la Real Academia española sobre la expresión Violencia de Género, 2004. Disponible en: <https://www.uv.es/ivorra/documentos/Genero.htm>

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 1005. Disponible: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

¹¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹² Art. 1.1 LOMPIVG.

El Convenio de Estambul¹³, define en su artículo 3 los conceptos de violencia contra la mujer y violencia doméstica¹⁴, en el que este último se refiere a esta como la ejercida por la familia, cónyuge o parejas de hecho antiguos o actuales. En cambio, en la Ley canaria 16/2003 de Prevención y Protección Integral de las Mujeres Contra la Violencia de Género¹⁵ y la Ley cántabra 1/2004¹⁶, podemos encontrar hasta 10 tipos diferentes de violencia de género.

Desde nuestra perspectiva, el Convenio de Estambul, es el más completo a la hora de abordar el concepto de “violencia de género”, pues incluye la violencia física, sexual, psicológica o económica, incluyendo la familia como potencial sujeto de maltratado hacia una mujer por el hecho de serlo.

2. Transexualidad.

Antes de abordar el propio concepto de “transexualidad”, he considerado importante distinguir entre los conceptos de “orientación sexual”, “identidad de género”, “sexo” y “género”, pues nos permitirán apreciar con claridad las diferencias entre la transexualidad y otras figuras análogas como: la “intersexualidad”, el “travestismo” y la “homosexualidad”.

2.1. Otros conceptos de relevancia: orientación sexual, identidad de género, sexo y género.

La orientación sexual se refiere a la forma en la que una persona afronta, siente y vive su sexualidad, así como su identidad sexual¹⁷, es decir, las inclinaciones o tendencias

¹³ 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.

¹⁴ Artículo 3 del Convenio de Estambul: a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

¹⁵ Ley canaria 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres Contra la Violencia de Género.

¹⁶ Ley cántabra 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

¹⁷ RIVAS VAÑÓ, A., *LGBTI en Europa. La construcción jurídica de la diversidad*, Tirantlo Blanch, Valencia, 2019, p. 18.

sexuales que posea una persona, así como, a la capacidad de sentir una profunda atracción emocional. Los Principios de Yogyakarta la definen como: “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”¹⁸.

Diverso es el concepto de identidad de género, estos principios lo definen como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”¹⁹.

En resumen, la orientación sexual es la capacidad de los sujetos de sentir conexión física y mental por determinados sujetos, pudiendo coincidir o no, con su mismo género, y la identidad de género hace alusión al género con el que un sujeto se siente identificado y por el que desea que se le reconozca socialmente.

Así pues, en la definición expresada previamente, podemos observar otros dos conceptos que se encuentran intrínsecos: el sexo y género. El sexo es el conjunto de rasgos biológicos que nos caracterizan como machos o hembras al nacer²⁰. Sin embargo, entorno al género existe mayor controversia, pues un grupo de autores, entre ellos J. BOSWELL, que defiende la teoría esencialista, expresan que siempre se ha podido categorizar a los humanos como hombres o mujeres porque son figuras atemporales, sin variaciones²¹. Por el contrario, otra corriente doctrinal, defiende la denominada teoría constructivista, estos autores defienden que las categorías sociales de hombre-mujer varían dependiendo de la sociedad y el tiempo, entendiéndose el género como una construcción social articulada en torno al sexo biológico²². Desde otro punto de vista, también existen documentos supranacionales que aportan una definición de género, véase el Convenio de Estambul que lo define en su artículo 3. c) como: “Por «género» se entenderán los papeles,

¹⁸Principios de Yogyakarta, 2007. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

¹⁹ Ídem.

²⁰ RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa*, p. 21.

²¹ *Ibidem*, p. 26. En este sentido J. BOSWELL.

²² Ídem.

comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombre”²³.

Tras este análisis, consideramos la teoría constructivista más correcta, pues en nuestra opinión, consideramos que el género es una imposición social construida desde la infancia. Desde pequeños, nuestros gustos, intereses, vestuario, forma de relacionarnos y comportarnos, están condicionados por lo que socialmente implica ser hombre o mujer. Estamos sometidos a una presión social constante con pequeños alicientes y castigos sociales, por culpa de los cuales vivimos indirectamente obligados a seguir dichos roles atribuidos al género. Es por ello, por lo que nos vemos forzados a comportarnos de un modo específico, para poder satisfacer las expectativas que socialmente se nos atribuyen por el mero hecho de haber nacido con un sexo concreto.

2.2. Distinción entre diversos conceptos controvertidos: transexualidad, intersexualidad, travestismo y homosexualidad.

Así como es vital profundizar en el concepto de la transexualidad, es igualmente importante adquirir una noción, al menos básica, de otras figuras afines que podrían dar lugar a confusión.

En primer lugar, la transexualidad existe desde mucho antes de que se tuvieran los conocimientos médico-científicos necesarios para poder llevar este tipo de intervenciones de forma eficaz, muestra de ello, la encontramos en 1931, ABRAHAM²⁴, relata el caso de un paciente sobre el que se realiza una operación de reasignación de sexo. De igual modo, el término fue utilizado en primer lugar por CAULDWELL, en 1950²⁵, y, popularizado en 1953, por H. BENJAMIN, que la define como “el deseo irreversible de pertenecer al sexo contrario al genéticamente establecido y asumir el correspondiente rol

²³ 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.

²⁴ GARCÍA RUIZ, M. y DE DIOS DEL VALLE, R., “Transexualidad: una revisión del estado actual del tema”, *Anuario de Sexología*, nº6, 2000, pp.127.

²⁵ Ídem.

y de recurrir, si es necesario, a un tratamiento hormonal y quirúrgico encaminado a corregir esta discordancia entre la mente y el cuerpo”²⁶.

Por ello, se puede considerar como transexual a aquel sujeto en el que existe una dicotomía entre el sexo que posee de nacimiento y el género con el que se siente identificado. Esta realidad ha sido incluida a lo largo del tiempo en el concepto de orientación sexual, pero dicho concepto no es suficientemente amplio como para poder abarcar al concepto de transexualidad de manera efectiva. Por consiguiente, el colectivo transexual, verá reconocido sus derechos en el concepto de identidad de género, pues, dicho concepto, hace referencia, como previamente ya se ha explicado, al género con el que el sujeto se siente psicológicamente identificado, y, por el que socialmente desea ser reconocido²⁷.

Otro término que puede llevar a confusión es el de la intersexualidad²⁸, éste se emplea para aquellos sujetos que poseen una ambigüedad sexual derivada de la posesión de particularidades biológicas (cromosómicas, hormonales y/o anatómicas) de ambos sexos biológicos²⁹. Este colectivo minoritario, lucha por no ser sometidos a intervenciones de asignación de sexo sin consentimiento después del nacimiento, y por poder poseer libertad en la elección del género con el que sienten identificados. Nos encontramos ante otro supuesto de identidad sexual y no orientación sexual³⁰.

Finalmente, en el travestismo, el sujeto no posee dicotomía entre su sexo biológico y el género con el que siente identificado psicológicamente, simplemente encuentra un placer erótico en el vestir ropas asignadas socialmente al género contrario³¹. Por el

²⁶ ATIENZA MACÍAS, E., “Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos: transexualidad, cambio de sexo e intersexualidad, ablación y circuncisión, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, 2020, p.4.

²⁷ RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa*, pp. 18-19.

²⁸ En sus orígenes, a estos sujetos que poseían dichas características se les denominaba “hermafroditas”. Sin embargo, no se pueden emplear de manera indiscriminada no solo por su matiz discriminatorio, sino porque el hermafroditismo incorpora ambos sexos y los intersexuales también se incorporan, pero pudiendo ser con proporciones variadas.

²⁹ ATIENZA MACÍAS, “Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos”, pp. 516-517.

³⁰ RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa*, p. 19.

³¹ ATIENZA MACÍAS, “Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos”, p. 518.

contrario, la homosexualidad o bisexualidad, no posee dudas sobre su identidad sexual, otorgándose una protección jurídica en relación a la orientación sexual del sujeto³².

III. MARCO NORMATIVO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRANSEXUALIDAD.

La violencia de género es un problema cultural y social común en muchos países. La asiduidad de este problema, ha procurado una amplia legislación al respecto, ya sea a nivel internacional, europeo o nacional. A continuación, procederemos a realizar un análisis de las diversas fuentes legislativas dirigidas a la protección de la mujer, asimismo, también efectuaré un análisis de la protección que se le ha brindado al colectivo de personas transexuales.

1. Derecho internacional.

En el plano internacional, han sido diversos los organismos, que se han pronunciado entorno a la cuestión de la violencia de género. En particular la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU)³³. Desafortunadamente, no han sido tantos los pronunciamientos directos que han realizado los organismos internacionales en relación al colectivo transexual, no obstante, indirectamente también se refiere a ellos determinados documentos internacionales.

Uno de los primeros instrumentos jurídicos a destacar realizados por las Naciones Unidas fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. De esta Declaración, rescato el artículo 1 y 2³⁴, que otorgan el derecho a nacer libre e igual en

³² En otras palabras, se protegerá al individuo de las posibles agresiones que pueda sufrir como consecuencia de capacidad de sentirse emocionalmente y sexualmente vinculado por sujetos que posean su mismo sexo.

³³ Es importante destacar que las Declaraciones, Resoluciones y Recomendaciones elaboradas por la ONU no son vinculantes. Por el contrario, los Pactos, Convenios y Convenciones sí son vinculantes si son firmados por los Estados. Recuperado de, MORENO CUERVA, L., La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación (tesis doctoral). Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2016, p. 65. Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399167/lpmc1de1.pdf?s_equence=1

³⁴ Artículo 1: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Artículo 2: “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen

dignidad al resto de personas, así como la potestad de poseer los derechos y libertades que se incluyen en dicha Declaración. Analizando dichos artículos, cabe pensar que son perfectamente aplicables al colectivo.

En los años 70 del siglo pasado, el movimiento feminista se potenció, dando lugar al Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer en 1979 (CEDAW)³⁵ y fue ratificado por España en 1984. De igual modo, fue el primer instrumento internacional que define la “discriminación contra la mujer”³⁶. Este instrumento fue fruto del trabajo de años de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW), creado en 1946³⁷, principal órgano internacional intergubernamental dedicado en exclusiva a promover la igualdad entre las mujeres y los hombres. Es vital subrayar la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en 1993, pues provocó que quedara jurídicamente recogido el concepto de violencia de género³⁸.

Desde 1975, la ONU ha celebrado cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer. Las más destacables son: la III Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1985 en Nairobi, donde los Estados se comprometieron a brindar asistencia a las mujeres víctimas de violencia de género y fomentar la consciencia social al respecto; la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, Pekín, en 1995, que supuso la aprobación una Plataforma de Acción contra la violencia de género, ésta instó a los Estados a incluir sanciones interdisciplinarias (civiles, penales, laborales y

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido o cualquier otra limitación de soberanía.”

³⁵ En 1999 se elaboró el Protocolo Facultativo de esta Convención, ratificado por España en el año 2001. En este Protocolo se otorga competencia al denominado Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Este Comité está conformado por 23 expertos y posee una serie de facultades, tales como: supervisar los informes; recibir denuncias sobre violaciones de derechos de la mujer e iniciar investigaciones cuando sean sistemáticas o muy graves; formular sugerencias y/ recomendaciones genéricas.

³⁶ Artículo 1 CEDAW: “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre por la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

³⁷ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *Violencia de Género en España, Francia, Reino Unido e Italia, ¿un concepto global?*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 13.

³⁸ El concepto lo puede consultar en el apartado 1 del Capítulo I de este trabajo.

administrativas), a todos aquellos comportamientos que se pudieran ser considerados como violencia de género y a auxiliar a las víctimas de este tipo de violencia, así como, revisar sus legislaciones nacionales³⁹. En la revisión quinquenal de la Plataforma de Acción de Beijing de 2000, los Gobiernos se comprometieron a eliminar todas aquellas disposiciones legislativas que fueran discriminatorias para las mujeres⁴⁰.

En relación exclusiva al colectivo transexual, los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, fueron presentados en 2007, elaborados por un grupo de expertos en derechos humanos. Estos principios no son vinculantes, pero reflejan de forma clara y precisa cómo debe ser aplicada la legislación internacional en relación a este colectivo⁴¹.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue el primer órgano intergubernamental de la Organización en aprobar una resolución que abarcara los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género. De igual modo, la Resolución 17/19 del Consejo expresa su preocupación por la discriminación y violencia dirigida a determinados colectivos por su condición, encomendando la elaboración de un estudio sobre el alcance de dichas violaciones y las medidas que eran necesarias adoptar al Alto Comisionado de las Naciones Unidas, el cual fue publicado en diciembre de 2011. Este estudio fue el centro de discusión de una mesa redonda que se celebró el siguiente año en el Consejo, siendo la primera vez que las Naciones Unidas celebraba un debate intergubernamental sobre este tema⁴². Esto ha dado lugar a que se hayan elaborado varios informes por las Naciones Unidas entorno a este tema: *Leyes y Prácticas Discriminatorias y Actos de Violencia Cometidos contra personas por su Orientación Sexual e Identidad de Género* (2011), *Nacidos Libres e Iguales* (2012), además, se elaboraron dos más en el

³⁹ SALVADOR CONCEPCIÓN, *Violencia de Género en España*, p. 15.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁴¹ Principios de Yogyakarta, 2007. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

⁴² Para más detalle, véase NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS-ONU. Disponible en: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/International-Human-Rights-Law-ES.pdf>

año 2014 y 2015 al comprobar que dichas agresiones perduraban, y, en el año 2017 se elaboró el último Vivir Libres e Iguales⁴³.

2. Derecho europeo.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reveló en el año 2014, que un tercio de las mujeres europeas han experimentado o experimentarán en el transcurso de sus vidas, violencia física y/o sexual, conformando un total de 62 millones de mujeres europeas⁴⁴. Es vital destacar que, el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁵, considera un valor fundamental de la Unión Europea la igualdad entre mujeres y hombres.

La normativa europea que más incide en la violencia de género, emana del Consejo de Europa, denominado el Convenio sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra la Mujer y la Violencia Doméstica, suscrito en 2011 en Estambul y ratificado por España en 2014⁴⁶. Esta Convención, estableció que los Estados tenían la obligación de promulgar leyes adecuadas y eficaces para la erradicación de la violencia machista, así como la Plataforma de Acción de Beijing, instó a los Gobiernos a introducir sanciones multidisciplinarias a los sujetos activos de dicha violencia⁴⁷. Ahora bien, se debe tener en consideración que, la forma en que cada Estado miembro del Convenio ha abordado el tema ha sido diversa.

Cabe destacar la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2014)⁴⁸. Por otro lado, la resolución del Parlamento Europeo sobre discriminación pública y el discurso de odio contra las personas LGTBI, de 18 de diciembre de 2019, por la cual se solicita protección

⁴³Para más detalle, véase LIBRES E IGUALES-ONU. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf

⁴⁴ Ibídem, p. 18.

⁴⁵ Artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor de sexo menos representado”.

⁴⁶ Se le conoce como el Convenio de Estambul.

⁴⁷ SALVADOR CONCEPCIÓN, *Violencia de Género en España*, p. 23.

⁴⁸ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0062_ES.html

para el colectivo y la eliminación de toda forma de discriminación a los Estados⁴⁹. Por el contrario, serán vinculantes la Directiva 2011/36, del 5 de abril de 2011, del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; la Directiva 2002/73 de 23 de septiembre de 2002 del Parlamento y del Consejo, sobre acoso sexual y la mutilación genital femenina.

3. Derecho nacional.

En el marco normativo estatal, en lo que respecta a la violencia de género, nos encontramos con la ya citada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta Ley en su primer artículo⁵⁰, nos expone una definición de la violencia de género que puede ser física y psicológica. Esta Ley, en su Exposición de Motivos del apartado II abarca “aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas”, por tanto, es multidisciplinar y persigue la igualdad y el respeto a la dignidad entre hombres y mujeres. También podemos destacar el papel de la Fiscalía General del Estado en su Circular núm. 4/2005, de 18 de julio, relativa al “Criterio de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, extendió la violencia de género a una división tripartita: violencia física, sexual y psicológica⁵¹.

Desafortunadamente, podemos comprobar cómo en los instrumentos jurídicos elaborados por las Naciones Unidas (analizados previamente), la violencia de género es definida como una violencia dirigida hacia la mujer por el mero hecho de serlo, pudiendo ser ejercida por el Estado, la comunidad y la familia. En cambio, la Ley Orgánica 1/2004, ha limitado el concepto de la violencia de género a las personas con las que la víctima por parte de quien sea su cónyuge o haya estado ligado a ella por una análoga relación de afectividad. Por tanto, la LO 1/2004, ha limitado el concepto al ámbito exclusivo de

⁴⁹ Debemos recordar el carácter vinculante de las Directivas y los Reglamentos europeos, así como el carácter no vinculante de las Declaraciones, Resoluciones y Recomendaciones. En este caso no sería vinculante.

⁵⁰ Ya explicado en el Capítulo I, apartado 1 de este trabajo.

⁵¹ Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2005-00004>

pareja⁵². Pese a ello, las Comunidades Autónomas han podido elaborar leyes propias entorno a esta cuestión, ampliando, en algunos casos, los diferentes tipos de violencia que se pueden ejercer contra la mujer⁵³. Las distintas leyes autónomas que se encargan de regular este aspecto son las siguientes: la Ley de Andalucía 13/2007; Ley de Aragón 4/2007; Ley de Canarias 16/2003; Ley de Cantabria 1/2004; Ley de Castilla y La Mancha 4/2018; Ley de Castilla y León 13/2010; Ley de Cataluña 5/2008; Ley de La Comunidad de Madrid 5/2005; Ley Foral de Navarra 14/2015; Ley de Valencia 7/2012; Ley de Extremadura 8/2011; Ley de Galicia 11/2007; Ley de las Islas Baleares 11/2016; Ley de La Rioja 3/2011; Ley del País Vasco 4/2005; Ley del Principado de Asturias 2/2011; Ley de Murcia 7/2007.

Años más tarde, después de la redacción de la LO 1/2004, se elaboró la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Posteriormente, se elaboró el Real Decreto-Ley, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género. Finalmente, recientemente se ha elaborado el Real Decreto 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género.

En lo que respecta a la protección jurídica que se les otorga a las personas *trans* y al colectivo LGTBI en nuestro país, se han realizado diversas modificaciones legislativas, véase el caso de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, siendo este el año en el que se legaliza el matrimonio homosexual en España. Por otro lado, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas deja de exigir al colectivo de mujeres *trans*, someterse a una operación quirúrgica para poder cambiar de sexo en el Registro Civil, así como, la modificación del nombre en el Registro.

Esta Ley fue la primera regulada específicamente para este colectivo, no obstante, solo se centra en el ámbito civil, dejando otros muchos aspectos sin regular. Por otro lado, exige un diagnóstico médico de disforia de género y seguir un tratamiento por un período de dos años. No obstante, la lucha por una igualdad real y efectiva en este colectivo es de

⁵² MORENO CUERVA, La respuesta penal frente al género (tesis doctoral), p. 65.

⁵³ Como puede ser el caso de la Ley de Canarias 16/2003 o la Ley de Cantabria 1/2004.

interés actual y cada vez está obteniendo más visibilidad, la prueba de ello es el Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas *trans* y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI aprobado el pasado 25 de junio. Esta Ley provocó que las personas que componen este colectivo, dejarán de ser considerados enfermos mentales, responde a cuestiones como la filiación entre personas homosexuales, establecer medidas en el ámbito civil, laboral y sanitario a favor del colectivo. Una de los aspectos más importantes de este Anteproyecto de Ley es que se permite a los menores mayores de 16 años podrán cambiar de sexo en el Registro Civil sin ser acompañados por sus representantes⁵⁴.

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

A continuación, procederemos a realizar un análisis sobre la protección jurídica que se les ha brindado a las mujeres desde el primer Código penal de 1822, hasta la actualidad.

1. Un Derecho penal discriminatorio para las mujeres.

Desde el primer Código penal de 1822, hasta hace unos años, el legislador no ha ofrecido una regulación eficaz en lo que se refiere a la protección de la mujer frente a las agresiones y comportamientos violentos de los hombres. En el artículo 619 de dicho Código se regulaba el delito del uxoricidio⁵⁵, con la pena de seis meses a dos años y destierro de dos a seis años del lugar en que ejecutase el delito y veinte leguas del contorno. Por el contrario, la mujer que mataba a su marido por adulterio, se castigaba con la pena de muerte por la comisión de un homicidio voluntario con premeditación⁵⁶.

⁵⁴ Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/290621-enlace-lgtbi.aspx>

⁵⁵ Dicho Código lo definía en el artículo 619 como: “El homicidio voluntario que alguno cometa en la persona de su hija, nieta, o descendiente en línea recta o en la de su mujer, cuando la sorprenda en acto carnal con un hombre, o el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas”.

⁵⁶ MORENO CUERVA, La respuesta penal frente al género (tesis doctoral), p. 106.

En el Código Penal de 1944, se protege “la familia y las buenas costumbres” incluyendo delitos como el adulterio y el amancebamiento, así como el uxoricidio por adulterio que se regulaba en el artículo 428⁵⁷.

Todavía en el Código Penal de 1973, seguían persistiendo figuras delictivas que evidenciaban una gran diferencia de trato discriminatorio entre hombres y mujeres, véase el caso del feminicidio, para ocultar la deshonra de la madre. Esto evidenciaba la arcaica mentalidad de la época y la escasa preocupación por la protección de las mujeres ante las constantes agresiones que sufrían.

Más tarde, se aprobó la Constitución Española de 1978, regulando derechos importantes tales como: el derecho a la dignidad de las personas y al libre desarrollo de la persona, el derecho a la igualdad, derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad, el derecho al honor y la intimidad, a elegir libremente su residencia, así como el derecho a contraer matrimonio de forma igual y libre. Estos derechos podrían haber sido la antesala para la regulación de normativa que protegiera jurídicamente a las mujeres de la violencia machista, no obstante, no fue hasta la movilización feminista de la década de los ochenta, cuando el legislador empezó a prestar a esta cuestión jurídica⁵⁸.

La sociedad española, debió esperar 11 años después de la entrada en vigor de la Constitución para que se tipificara por primera vez un tipo penal que se refiriera a la violencia machista, esto se produjo en la reforma del Código Penal del año 1989, en virtud de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, en la que se introdujo el primer delito de violencia en el ámbito familiar en el artículo 425 CP⁵⁹. Para que un sujeto pudiera quedar amparado en la regulación penal de este delito se debían dar tres características diferenciadas: 1.- el sujeto activo debía ser el cónyuge o persona con la estuviese unido por análoga relación de afectividad; 2.- habitualidad; 3.- violencia física. Esta Ley supone la primera en regular la violencia en el seno de la pareja, y, pese a que sufrirá multitud de

⁵⁷ PERAMATO MARTÍN, T., *La violencia de género como manifestación de desigualdad. Ley integral*, de Centro de Estudios Jurídicos, 2007, p. 3. Disponible en http://www.mujiereenred.net/IMG/pdf/Ponencia_escritaPERAMATO.pdf

⁵⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁵⁹ El artículo 425 del Código Penal establecía que: “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge, o persona a la que estuviera unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, o menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor

modificaciones, sienta las bases para el desarrollo de las medidas de protección de las mujeres contra la violencia machista que poseemos en la actualidad⁶⁰. En la Exposición de Motivos de dicha Ley, se buscaba “la protección de los miembros más débiles de la unidad familiar frente a conductas sistemáticas agresivas de otros miembros de la misma, tipificándose por ellos los malos tratos ejercidos sobre el cónyuge, los menores e incapaces”, por tanto, este tipo penal, no se dirigía específicamente a proteger a las mujeres de las agresiones de los hombres. En conclusión, pese a que el tipo parecía que se formuló para combatir la violencia contra las mujeres y sus hijos, en la práctica quedó desdibujada esta intención al no especificar quiénes quedarían tutelados como sujetos pasivos, otorgando a todos los miembros de la familia la misma protección⁶¹.

2. Un avance hacia la igualdad real: el Código de 1995, su reforma en 1999 y la LO 11/2003.

Con la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se aprueba el Código Penal de 1995. En este Código, el delito de malos tratos pasó a denominarse violencia habitual y se regulaba en el artículo 153. En la exposición de motivos, la Ley establece: “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos”⁶². En el art. 153, se incluyó a los ascendientes e hijos de la pareja, pero al no incluir la violencia psicológica, afectó poco a la violencia de género⁶³.

Algunos años más tarde, con la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, se define el concepto de “habitualidad”, se añade a los hijos del cónyuge o conviviente y se añade la “violencia psíquica”, superando el enfoque de los miembros “físicamente más débiles del grupo familiar”, para abarcar todo

⁶⁰ FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., La evolución en la legislación española de la violencia intrafamiliar y la violencia de género. Disponible en: <https://borjafburgueno.com/2017/03/15/la-evolucion-en-la-legislacion-penal-espanola-de-la-violencia-intrafamiliar-y-la-violencia-de-genero/>

⁶¹ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer. Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, 2007, p. 20. Disponible en: [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/ home.htm](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/home.htm)

⁶² MORENO CUERVA, La respuesta penal frente al género (tesis doctoral), p.109.

⁶³ Ídem.

tipo de violencia que pueda tener lugar en el ámbito familiar con independencia de la condición física⁶⁴. Esta modificación le permitió al legislador tomar consciencia del problema social existente hasta la época y empezar a legislar medidas a favor de la protección de las víctimas de violencia de género.

Finalmente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, se trasladó la violencia doméstica al artículo 173 del Código del año 1995. En esta modificación, se amplía el número de sujetos que podrían ser víctimas de este tipo penal, pues expresa lo siguiente: “cualquier otra relación por la que se encuentren integrados en el núcleo de su convivencia familiar”⁶⁵.

3. Introducción el Código Penal actual y agravante de género.

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, reguló por vez primera la violencia de género de forma multidisciplinar. De igual modo, dicha Ley, creó una asimetría penal por razón de género, pues se introdujo tipos agravados de género, cuando fuera el hombre el sujeto activo del delito y la mujer el sujeto pasivo⁶⁶.

Esta Ley, ha sido durante criticada, pues ha generado un sistema de penas desiguales, no obstante, consideramos que, pese a la desigualdad en las penas, es necesaria para controlar y regular el desequilibrio social entre hombres y mujeres. Asimismo, esta Ley le permitió a los Juzgados de Violencia de Género la capacidad de instrucción y fallo de las materias relacionadas con la violencia contra la mujer, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil⁶⁷.

⁶⁴ FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., La evolución en la legislación española de la violencia intrafamiliar y la violencia de género. Disponible en: <https://borjafburgueno.com/2017/03/15/la-evolucion-en-la-legislacion-penal-espanola-de-la-violencia-intrafamiliar-y-la-violencia-de-genero/>

⁶⁵ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer. Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, 2007, p. 23. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/observatorio/informesAnuales/home.htm>

⁶⁶ FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., La evolución en la legislación española de la violencia intrafamiliar y la violencia de género. Disponible en: <https://borjafburgueno.com/2017/03/15/la-evolucion-en-la-legislacion-penal-espanola-de-la-violencia-intrafamiliar-y-la-violencia-de-genero/>

⁶⁷ MORENO CUERVA, La respuesta penal frente al género (tesis doctoral), p. 215.

Para finalizar, con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se dio lugar a diversas modificaciones para poder adecuar el Código Penal a las exigencias de los compromisos internacionales derivados del Convenio de Estambul del Consejo de Europa. Las modificaciones más importantes fueron: la introducción de la agravante de género (art. 22.4 CP), refiriéndose al género como agravante, y no al sexo, siendo el rol social de “mujer” la causa de discriminación; se introduce el delito de stalking (art. 172 ter), por el que se pretende proteger el sentimiento de seguridad de las víctimas; el delito de matrimonios forzados (art. 172 bis); delito de divulgación de imágenes o sexting (art. 197.4 CP), este tipo delictivo consiste obtener imágenes de carácter íntimo de un sujeto con el consentimiento de la víctima, pero después difundirlas sin su consentimiento; delito de manipulación de dispositivos electrónicos (art. 468.3 CP); delito de apología de la violencia de género, la cual se pena a través de los delitos de odio (art. 510 CP), este delito consiste en utilizar medios de gran alcance (medios de comunicación, redes sociales, etc), para incitar a la violencia contra las mujeres⁶⁸.

V. VIOLENCIA DE GÉNERO.

1. El transexual como sujeto activo y pasivo de los delitos de violencia de género.

En este apartado, analizaremos la respuesta del Derecho penal en los supuestos en los que el sujeto activo y pasivo de los delitos de violencia de género sea una persona transexual, así como, los requisitos que exige el Estado español para poder ser considerados como víctima o agresor.

En la Circular de la Fiscalía 4/2005⁶⁹, establece que las parejas del mismo sexo quedan excluidas del ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/2004, aunque puedan generarse relaciones de dominación similares a las parejas heterosexuales. No obstante, sí podría aplicarse a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente, siendo el agresor el varón y la víctima la mujer.

⁶⁸ CASTILLEJO MANZANARES, *Política legislativa y violencia de género*, pp. 30-31.

⁶⁹ Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

Opinamos que, en las parejas homosexuales, no se pueda aplicar el articulado reservado a los casos de violencia de género. Pese a que se puedan repetir roles culturalmente asociados a mujeres u hombres dentro de la relación, pues en las relaciones homosexuales, si un sujeto ejerce violencia sobre el otro, el móvil de dicha violencia no será el género, al contrario que las relaciones heterosexuales, en las que el agresor sea el hombre y la víctima la mujer.

Una de las primeras cosas que nos planteamos, es si los hombres transexuales, también pueden ser sujetos activos de los tipos penales de la violencia de género. En este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 45/2017, de 31 de enero⁷⁰, resolviendo que, el acusado transexual, se le aplicaría el art. 153.1 CP, como a cualquier otro hombre, puesto que, el acusado cambió de sexo y realizó un expediente gubernativo seguido conforme a la normativa del Registro Civil.

Nos posicionamos a favor de poder considerar a un hombre transexual posible sujeto activo de estos tipos penales, pues no existe ninguna razón de peso suficiente que pudiera justificar que un hombre transexual, tuviera menos repercusión penal que un hombre *cis*.

En la Ley Orgánica 3/2007⁷¹, de 15 de marzo, se regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. En su artículo 1⁷², establece que toda persona nacional española, mayor de edad y con capacidad para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, conllevando la rectificación del nombre en el registro para que no existan discordancias sexo-registro. Además, en su artículo 4⁷³, también estableció otros requisitos, como el diagnóstico de la disforia de género mediante un informe médico o psicólogo clínico, que acredite la disforia y la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir de manera determinante, así como el tratamiento de al menos 2 años para adaptar las características físicas con las del sexo deseado. Sin embargo, anteriormente a esta Ley, el Tribunal Supremo reconocía el sexo psicológico frente al biológico siempre que se hubiera producido una cirugía de reasignación de

⁷⁰ SAP 45/2017 de 31 de enero.

⁷¹ Ley Orgánica 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

⁷² Art. 1 de la LO 3/2007, de 15 de marzo.

⁷³ Art. 4 de la LO 3/2007, de 15 de marzo.

sexo⁷⁴, no obstante, la citada Ley, eliminó la exigencia de la cirugía de rectificación de género como requisito.

Nos parece correcta la trayectoria jurisprudencial y legislativa que se ha seguido en los últimos años, no siendo un requisito crucial la cirugía de reasignación de sexo, puesto que, es una operación muy invasiva que podría conllevar graves riesgos para la salud de una persona, siendo igualmente lícito que una persona con dicha condición no quiera someterse a estos riesgos para que su identidad de género sea reconocida legalmente y poder quedar amparado bajo la protección del articulado penal de violencia de género. No considerar a una persona con dicha condición, víctima o agresor de este tipo de violencia simplemente por la ausencia de cirugía, en nuestra opinión, sería discriminatorio.

Posteriormente, se publicó la Circular de la Fiscalía 6/2011, de 2 de noviembre⁷⁵, en la que se aclara que puede generar indefensión ante el Derecho penal y la LO 1/2014, las mujeres transexuales extranjeras que no hayan podido llevar a cabo el cambio de sexo en el Registro Civil, pues uno de los requisitos exigidos para poder modificar el sexo, es la nacionalidad española. Esta Circular, permite un margen de autonomía conceptual a los Tribunales, respondiendo así a este problema, pues el juez podrá apreciar la concurrencia de los requisitos materiales recogidos en el art. 4 de la Ley 3/ 2007⁷⁶. De este modo, el juez podrá considerar a una persona mujer u hombre transexual, aunque no se haya formalizado el cambio de sexo en el Registro Civil.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (rollo nº206/10), a través de Auto dictado el día 3 de mayo de 2010⁷⁷, se planteó una cuestión de competencia presentada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer para la tramitación de una denuncia interpuesta por una mujer transexual operada, contra un hombre con el que

⁷⁴ STS 811/2002, de 6 de septiembre y STS 929, 2007, de 17 de septiembre.

⁷⁵ Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer.

⁷⁶ Los requisitos son el diagnóstico de la disforia de género, que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado, no siendo necesario cirugía de reasignación de sexo, así como el seguimiento de dicho tratamiento por razón de salud o edad que lo imposibiliten aportando certificación médica de dicha condición.

⁷⁷ Sección Octava de la Audiencia Provincial de Málaga (rollo nº206/10) a través de Auto dictado el día 3 de mayo de 2010.

mantenía una relación sentimental. En dicho Auto, se estimó que de no aplicarse la Ley 1/2004, sería discriminatorio, pues no había podido realizar el trámite de cambio de sexo en el Registro Civil porque no era nacional española. En conclusión, aunque no se haya acudido al Registro, la mujer transexual, nacional o no, podrá ser considerada como víctima de violencia de género, siempre que su condición haya sido permanente y probada. Esta postura la apoya la STC 99/2019⁷⁸, que declara inconstitucional el artículo 1 de la LO 3/2007, de 15 de marzo, pues prevé la rectificación registral de sexo solo a los mayores de edad, sin embargo, en esta sentencia, se permitió a un hombre transexual menor de edad la rectificación de sexo, pues poseía la suficiente madurez y una condición estable y permanente de transexual desde edad muy temprana.

En la doctrina, PALOP BELLOCH⁷⁹, apoya la postura de que, no sería necesario inscribir el cambio de sexo en el Registro Civil cuando se acredite su condición mediante informes médico y psicológicos de forma permanente en el tiempo.

Bajo nuestro punto de vista, estamos a favor del margen de autonomía conceptual que se les otorga a los Tribunales, el cual permite considerar a una persona con el género con el que se siente identificado, siempre que se cumplan los requisitos materiales establecidos en el artículo 4 de la LO 3/2007, de 15 de marzo⁸⁰, pese a que no se haya modificado oficialmente el sexo en el Registro Civil.

2. Elemento subjetivo.

Para hacer un estudio completo de la violencia de género, es importante destacar las cuestiones más controvertidas, entre ellas, si es exigible el elemento subjetivo de dominio para que se puedan aplicar los tipos penales de violencia de género; si dicho elemento subjetivo es exigible en los supuestos de agresiones recíprocas; y, finalmente, cómo afecta al colectivo de las personas transexuales.

⁷⁸ STC 99/2019, de 18 de julio de 2019.

⁷⁹ PALOP BELLOCH, M., “Estudio conceptual del término «violencia de género» en la Ley estatal y autonómica” en *Foro, nueva época*. N°2, 2017, p. 262.

⁸⁰ Art. 1 de la LOMPIVG.

La LO 1/2004 en su artículo 1.1⁸¹, establece como objetivo de la Ley, actuar contra las relaciones de poder de los hombres contra las mujeres dentro del ámbito de pareja, quienes hayan mantenido dicha relación sentimental o quienes tuvieran una análoga relación de afectividad. No obstante, el Código Penal, en los tipos que se modificaron para poder responder a las exigencias de la Ley previamente mentada, no hace referencia a este elemento subjetivo, simplemente, se ciñe a los elementos objetivos del tipo y a hacer una distinción de las penas en base a si el sujeto activo es un hombre, el sujeto pasivo una mujer y si ha existido una relación sentimental o de análoga similitud.

Parte de la doctrina, está a favor de la exigencia de este elemento subjetivo del tipo, como es el caso de RUEDA MARTÍN⁸², que afirma que dentro de las relaciones de pareja hay diversos tipos de violencia y habría que probar qué tipo de violencia se está ejerciendo, así como, LARRAURI PIJOAN⁸³, que asegura la existencia de un elemento implícito en el tipo que hay que probar. Del mismo modo, encontramos a ROMEO CASABONA⁸⁴, que opina que no es suficiente con que se dé la relación de hombre como sujeto activo y de mujer como sujeto pasivo para que se pueda aplicar el tipo penal del art. 153.1 CP, debiendo probarse, además, el elemento subjetivo de dominio del hombre sobre la mujer, pues, aunque estadísticamente, en la mayoría de los casos podemos encontrar dicho elemento de dominio, hay que atender a la excepción.

Por otro lado, otro sector de la doctrina, no está de acuerdo con estas afirmaciones, como es el caso de SÁNCHEZ YLLERA⁸⁵, la cual asegura que exigir este elemento subjetivo sería dar un paso hacia atrás en la protección de la violencia contra las mujeres e ir en contra de los objetivos de la LO 1/2004. En esta misma línea, ARÁNGUEZ

⁸¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 1.1: “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.”

⁸² RUEDA MARTÍN, M^a ÁNGELES, La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Reus, Madrid, 2012, pp. 93-95.

⁸³ LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Revista para el Análisis el Derecho*, 2009, Barcelona, pp. 14.

⁸⁴ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 2^a, Comares, Granada, 2022., p. 94.

⁸⁵ HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). pp. 4-5 y 17. En este sentido SÁNCHEZ YLLERA.

SÁNCHEZ⁸⁶, asegura que no se debería exigir porque no aparece en el articulado del Código Penal y demostrarlo generaría muchos problemas en la práctica, siendo, en algunos supuestos, prácticamente imposible.

En la jurisprudencia, esta cuestión ha generado mucho debate, pues ha habido Tribunales que se han posicionado a favor de la exigencia del elemento subjetivo y otros se han posicionado en contra, en especial los Tribunales menores. Una línea jurisprudencia está a favor de acreditar la voluntad del autor de ejercer la posición de dominio, entre dichas sentencias encontramos la STS 58/2008, de 25 de enero, la STS 856/2014, del 26 de diciembre⁸⁷ y la STS 654/2009, de 8 de junio, la cual apoya interpretar la norma siguiendo un criterio teleológico, por ello, deberíamos ceñirnos a lo establecido en la LO 1/2004 y su Exposición de Motivos⁸⁸. Sin embargo, esta cuestión quedó zanjada con la famosa Sentencia del Tribunal Supremo 677/2018, de 20 de diciembre, que dice “Queda claro el carácter objetivo del tipo que no exige la intención de dominación, no siendo elemento del tipo, ni exigiéndose por tanto la prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, bastando solamente el acto de agresión y la relación entre los sujetos activo y pasivo, ya que no es un elemento del tipo esta finalidad o intención. Es cierto que en el folio 29 dice literalmente se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, aunque en casos concretos podría correr de cargo de quien lo alega que el acto de dominación no existe, por ser el hecho en sí mismo cuestión ajena a un acto de maltrato del art. 153 CP”⁸⁹. Por tanto, el fallo de la sentencia no exigía la prueba del dominio sobre la mujer, siendo suficiente que se demuestre el acto doloso de la agresión y si la relación de pareja existía o existió entre

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 22. En el mismo sentido ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, *El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP*, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, (Coords. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS/ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO/ MORILLAS CUEVA, LORENZO/ ORTS BERENGUER, ENRIQUE/ QUINTANAR DÍEZ, MANUEL), Dykinson, Madrid, 2006, p. 25.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 28. En este sentido, la STS 856/2014, del 26 de diciembre.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 25. En este sentido, la STS 58/2008, de 25 de enero y la STS 654/2009, de 8 de junio.

⁸⁹ STS 677/2018, de 20 de diciembre de 2018.

las partes, sin embargo, en dicha sentencia hubo 4 magistrados que sostenían que era necesario que la conducta se encuadrara en un contexto machista.

Consideramos que no se debería exigir la prueba del elemento subjetivo de dominio por parte de la víctima, pues muchos supuestos quedarían excluidos de los tipos penales que responden a la violencia de género en el Derecho penal, y, como defiende el autor SÁNCHEZ YLLERA, sería contrario a los objetivos de la LO 1/2004. En la práctica, resultaría en muchos supuestos prácticamente imposible de probar.

En los casos en los que se produzcan agresiones recíprocas, destaca, en la doctrina, ACALE SÁNCHEZ, que dice que las agresiones recíprocas se dan cuando “se agreden mutuamente un hombre y una mujer cuando en un mismo momento ambos se propinan golpes, insultos, etc.”, asimismo, también defiende que habría que probar la vulnerabilidad de la víctima⁹⁰.

En la jurisprudencia, ha habido diferentes corrientes, la STS 654/2009, de 8 de junio, previamente citada, la cual establece que el artículo 153.1 no se aplicará, pues al haber agresiones recíprocas, no existe un elemento subjetivo de dominación sobre la mujer. Por el contrario, en la STS 1177/2009, de 24 de noviembre⁹¹, el Sr. Magistrado D. Sánchez Melgar en su voto particular consideraba que la riña mutua no excluía necesariamente el elemento de dominio, debiendo atender a las circunstancias de cada caso, para determinar si hubo o no discriminación. Siguiendo esta tendencia jurisprudencial, nos encontramos con la Sección 2ª de la AP de Albacete en su Sentencia 258/2010, de 30 de septiembre que confirma la resolución por el Juzgado de los Penal nº3 de Albacete, en la cual se aplica el art. 153.1CP, pues por el hecho de que ella se revele no excluye la intencionalidad del autor de dominio⁹².

Bajo nuestro criterio, estamos en desacuerdo en exigir la prueba del elemento subjetivo de dominio, pues muchos casos quedarían excluidos de la violencia de género,

⁹⁰ 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, p. 62.

⁹¹ HERRERO ÁLVAREZ, M., La exigencia del contexto machista en los delitos de violencia de género (TFG). pp. 16-18.

⁹² *Ibidem*, p. 33. En este sentido la SAP 258/2010, de 30 de septiembre.

por la imposibilidad de probar dicho elemento. Por otro lado, estamos de acuerdo con el Sr. Magistrado D. Sánchez Melgar, puesto que una mujer se revele a su agresor no implica intrínsecamente que ese elemento subjetivo no exista.

En el caso de que el sujeto pasivo sea una mujer transexual, quedaría amparada bajo la protección de los preceptos que amparan la violencia de género en el Código Penal. Como se ha expuesto previamente, las mujeres transexuales también pueden ser víctimas de violencia de género. En ocasiones, incluso, sin haber presentado un asiento registral de cambio de sexo, es por ello por lo que no cabría excluirlas de la protección de la norma. Asimismo, siguiendo la interpretación dada por la STS 677/2018, el requerimiento del elemento subjetivo no sería exigible⁹³.

3. Agravante de género (art. 22.4ª CP).

La agravante de género se encuentra regulada en el art. 22.4ª CP que dice lo siguiente: “Son circunstancias agravantes: 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”⁹⁴.

La agravante por razón de género se introdujo tras la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, para responder a las exigencias del Convenio de Estambul⁹⁵. Este Convenio, define la violencia contra las mujeres como “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera

⁹³ 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, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2019. Disponible en: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/46273>, p. 20. En este sentido, la STS 677/2018, gracias a esta sentencia ha sido zanjada todo tipo de discusión sobre si es necesario exigir el elemento subjetivo de la violencia de género.

⁹⁴ Art. 22.4ª CP.

⁹⁵ 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., p. 12.

desproporcionada”⁹⁶. Sin embargo, la LO 1/2004, de 28 de diciembre, solo otorga protección en los supuestos en los que el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer, y, exista, o haya existido, una relación afectiva, quedando excluidos los supuestos en los que se ejerce violencia contra una mujer por el hecho de serlo. Por tanto, hasta que se introdujo esta agravante, el género solo estaba presente en algunos tipos penales específicos de la parte especial.

Esta agravante ha producido una amplia discusión doctrinal entorno a diferentes aspectos, entre los cuales nos encontramos: 1.- la verdadera necesidad de incorporar esta agravante a nuestro Código penal; 2.- si su aplicación queda limitada al ámbito de las relaciones afectivas; 3.- diferencia entre la agravante por razón de sexo y la agravante mixta de parentesco; 4.- su ámbito de aplicación y el principio *non bis in ídem*.

En primer lugar, repasaremos el concepto de “sexo” y “género”, el cual se encuentra detalladamente analizado en el Capítulo II de este trabajo. El sexo, es el conjunto de rasgos biológicos que nos caracterizan como machos o hembras⁹⁷. Por el contrario, el Convenio de Estambul, define el género como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombre”⁹⁸. En el concepto aportado por el Convenio de Estambul, podemos encontrar la razón por la que se incorpora dicha agravante, siendo la discriminación que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo.

La doctrina, está dividida, pues un sector defiende que hay que analizar si se da el elemento subjetivo del tipo, es decir, la razón que impulsa al sujeto a cometer el delito, entre esos autores están LAURENZO COPELLO⁹⁹. Otro sector, considera que el elemento subjetivo no es relevante, y, por tanto, solo se debe tener en consideración el elemento subjetivo¹⁰⁰.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ RIVAS VAÑÓ, *LGBTI en Europa*, p. 21.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP), p. 462. En este sentido LAURENZO COPELLO.

¹⁰⁰ *Ibídem*, p. 468-469.

La jurisprudencia parece inclinarse por el concepto subjetivo, como es el caso de la STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020¹⁰¹, la SAP 198/2017 de 2 mayo¹⁰² y la STS 1145/2006, de 23 de noviembre que dice “para la aplicación de esta agravante será necesario probar no solo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad”¹⁰³.

Opinamos que, en la agravante por razón de género, solo se deberían tener en cuenta los elementos objetivos, no debiendo demostrarse el elemento subjetivo de dominio, puesto que, de ser así, en muchos casos no se podría aplicar la agravante, por la dificultad que entrañaría probar dicho elemento subjetivo de dominio.

En segundo lugar, como se expuso en la introducción de este epígrafe, la definición de violencia contra la mujer recogida es mucho más amplia en el Convenio de Estambul que en la LO 1/2004. Esta Ley, redujo el ámbito de la violencia de género a los casos en los que exista o haya existido una relación afectiva. Por esta razón, nos planteamos si es un requisito fundamental para poder aplicar la agravante por razón de género la existencia de dicha relación entre las partes.

¹⁰¹ ÁVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código Penal (TFG). p. 17. En el mismo sentido, la STS 444/2020, de 14 de septiembre. El TS condenó a un hombre como autor de un delito de agresión sexual, lesiones y robo con violencia e intimidación junto con la agravante 22.4ºCP, la sentencia dice lo siguiente “por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado 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 los subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade ese plus de gravedad”.

¹⁰² 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)”, p. 16. En el mismo sentido la SAP núm. 198/2017 de 2 mayo que dice “La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo. Por ello, consideramos que debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad de aquel o, lo que es lo mismo, debe quedar acreditado que el autor no solo quiso lesionar a su compañera sentimental, sino también que cometió el delito de lesiones por razones de género. O, en otras palabras, que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquella por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.”

¹⁰³ STS 1145/2006, de 23 de noviembre.

En la doctrina, predominan los autores que defienden que solo se debería aplicar en los supuestos en los que se haya dado dicha relación, es el caso de RUEDA MARTÍN¹⁰⁴.

En el pasado, la jurisprudencia establecía que esta agravante solo se podría aplicar exclusivamente a los supuestos en los que exista o haya habido una relación afectiva, véase el caso de la STS 420/2018, de 25 de septiembre¹⁰⁵. No obstante, el Tribunal Supremo, cambió su línea de pensamiento en la STS 565/2018, de 19 de noviembre¹⁰⁶, sentencia que no limita el ámbito de actuación de la agravante exclusivamente a los supuestos que concurran dentro de una relación de pareja o ex pareja, sino simplemente a “cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer”. Este radical cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo, ha provocado que se pueda aplicar la agravante a los supuestos que estén fuera del ámbito de las relaciones sentimentales, y que, por su propia naturaleza, demostraran manifestaciones evidentes de violencia contra la mujer, por ejemplo, los casos de las mujeres agredidas por desconocidos, explotación sexual femenina, lapidaciones, matrimonios forzosos, entre otros¹⁰⁷. En la misma línea, podemos encontrar otras sentencias del Tribunal Supremo, véase la STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020¹⁰⁸.

Estamos a favor de poder aplicar la agravante por razón de género a los casos en los que nunca haya existido una relación sentimental. No atender a estos casos, supondría ignorar las exigencias del Convenio de Estambul firmado en 2011 y ratificado por España en el año 2014.

En tercer lugar, analizaré la diferencia entre la agravante por razón de género, la agravante por razón de sexo y la agravante mixta de parentesco recogida en el art. 23 CP.

¹⁰⁴SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOVALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4^a CP), p. 484. En este sentido RUEDA MARTÍN, M^a. Á., este autor defiende que la agravante por razón de género se debería de aplicar exclusivamente en los casos en los que exista o haya existido una relación sentimental o de análoga similitud.

¹⁰⁵ STS 420/2018, de 25 de septiembre.

¹⁰⁶ STS 565/2018, de 19 de noviembre.

¹⁰⁷ SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4^a CP), 484-485.

¹⁰⁸ STS 444/2020, de 14 de septiembre de 2020. En esta sentencia un hombre agrede sexualmente a una mujer que no conoce de nada, así como le causa lesiones y le roba, sin embargo, el Tribunal acepta la agravante de género del artículo 22.4^a CP.

La circunstancia agravante se contemplaba con anterioridad en nuestro Código penal, pero exclusivamente por razón de sexo. Como ya sabemos, tras la LO 1/2015, se introdujo la circunstancia agravante por razón de género.

Uno de los motivos de discusión en la doctrina, ha sido si existía la genuina necesidad de introducir la agravante por razón de género existiendo previamente una agravante por razón de sexo. Los autores AGUILAR CÁRCELES y BORJA JIMENEZ, consideraban que la introducción de la agravante era un elemento puramente simbólico del Código Penal¹⁰⁹. Por el contrario, otro sector de la doctrina, opina que, en la agravante de sexo, al contrario que la de género, se puede aplicar siendo el sujeto activo tanto hombre como mujer, pues el sujeto encuentra su motivación para ejercer la discriminación en el sexo biológico de la víctima, entre estos autores nos encontramos con DÍAZ LÓPEZ¹¹⁰. Asimismo, ACALE SÁNCHEZ, afirma que esta agravante permite analizar a los jueces si en cada agresión de un hombre sobre una mujer ha existido un elemento sexista¹¹¹.

La jurisprudencia, aclara la diferencia entre la agravante de género y sexo en la STS 420/2018 de 25 de septiembre de 2018. En la agravante de género el sujeto activo solamente podría ser un hombre, en cambio, en la agravante de sexo, el sujeto activo y pasivo podrían ser un hombre o una mujer indistintamente¹¹². Asimismo, también encontramos sentencias que apoyan abiertamente la necesidad de la agravante de

¹⁰⁹ SEOANE MARÍN, M^a. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4^a CP), pp. 474-475.

¹¹⁰ 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*, n^o 20-27, 2018., p. 9.

¹¹¹ 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 Doctrina*, vol. 39, 2019., p. 481. En el mismo sentido que ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 2006, pp. 408-411.

¹¹² STS 420/2018 de 25 de septiembre de 2018, “La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discriminación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre.”

género recogida en el art. 22.4ª CP, en este sentido encontramos la Audiencia Provincial de Tenerife, sentencia 64/2017, del 23 de febrero de 2017¹¹³.

Consideramos necesaria la incorporación de una agravante de género, aun existiendo previamente una agravante por razón de sexo en el Código Penal, dado que, aunque los conceptos de sexo y género muchas veces son inseparables, el móvil por el que una mujer puede sufrir una agresión puede variar, no siendo lo mismo un supuesto en el que una mujer es agredida por su propia condición de mujer y los roles sociales que representa, que en los que casos en los que una persona la sufra por su propia condición biológica.

La agravante mixta de parentesco, se encuentra regulada en el art. 23 CP que dice “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”¹¹⁴. Como podemos comprobar en el artículo, esta agravante requiere de la existencia de un vínculo matrimonial, relación de afectividad o que los sujetos sean familiares cercanos.

La jurisprudencia apoya la compatibilidad entre ambas circunstancias agravantes, prueba de ello, lo podemos encontrar en la STS 3757/2018, de 19 de noviembre¹¹⁵.

En nuestra opinión, ambas agravantes son compatibles entre sí, pues la agravante mixta de parentesco atribuye una mayor responsabilidad penal por el vínculo familiar

¹¹³ Ídem. En este sentido Audiencia Provincial de Tenerife, Sentencia núm. 64/2017, del 23 de febrero de 2017 que dice “en nuestro sistema penal, estos fundamentos de violencia sobre la mujer y de género, quedan reflejados en la tipificación de algunas conductas penales, introduciendo un tratamiento discriminado según el sujeto pasivo del delito sea una mujer y, en general, agravando alguno de este tipo de comportamientos, generalmente en los delitos de menor gravedad: maltratos, lesiones de menor entidad, amenazas, coacciones, conductas de acoso, violencia habitual... Estas agravaciones, vinculadas a situaciones de violencia sobre la mujer (aunque también en violencia doméstica...), inciden en comportamientos penales de menor gravedad, pero han dejado fuera de esta repercusión típica conductas más graves, como sucede en las lesiones más graves, en el homicidio o el asesinato; no existiendo un tratamiento específico para estos delitos más graves, en circunstancias en que pueda apreciarse una situación de violencia contra la mujer por razón de género”.

¹¹⁴ Art. 23 CP.

¹¹⁵ STS 3757/2018, de 19 de noviembre.

existente entre la víctima y el agresor. Por otro lado, la agravante por razón de género la atribuye por el móvil del autor en el momento de cometer el delito.

Es evidente, que ni la agravante de género recogida en el art. 22.4ºCP, ni la circunstancia mixta de parentesco del art. 23CP, puedan aplicarse a los tipos penales que ya recogen en sus elementos estas circunstancias, como ocurre en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2, pues estaríamos vulnerando el principio *non bis in ídem*. La agravante de género está prevista para las circunstancias más gravosas como pueden ser homicidios o asesinatos¹¹⁶.

4. Tipos penales de la violencia de género.

Antes de abordar los tipos penales que responden a la violencia de género, me parece esencial destacar la repercusión que han generado dichos delitos en el plano constitucional. Los voy a desarrollar en tres grupos diferenciados: 1.- delitos contra la integridad física y psicológica, 2.- delitos contra la libertad, 3.- delitos contra la intimidad.

En este trabajo nos centraremos exclusivamente en las figuras específicas de violencia de género, es decir, todas aquellas que conlleven género, por esta razón, no analizaremos las figuras que hacen referencia al ámbito familiar, siendo la violencia habitual¹¹⁷ (art. 173.2 CP) y las injurias o vejaciones (art. 173.4 CP).

Las reformas producidas en el Código Penal a raíz de la LO 1/2004, dio lugar a los artículos 148.4º, 153.1, 171.4 y 172.2, provocando numerosas discusiones en la doctrina y jurisprudencia, debido a las diferencias atribuidas en la responsabilidad penal por razón del sujeto que cometa la agresión, sea mujer u hombre¹¹⁸.

El pensamiento doctrinal, ha sido muy dispar, pues un sector de la doctrina está en contra de las reformas realizadas por la LO 1/2004, siendo el caso de LÓPEZ GUERRA, L.¹¹⁹, ya que, las considera como medidas “falsamente protectoras” y basadas

¹¹⁶DÍEZ RODRÍGUEZ, S., Transexualidad y violencia de género. Disponible en: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/46273>, p. 11.

¹¹⁷ En este delito, a diferencia de los siguientes que se analizarán, no se prevé un tratamiento diferenciado dependiendo del género del agresor y el agredido. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 223ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021., p. 221.

¹¹⁸ GUMERSINDO GUIÑARTE, C., “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, p. 211.

¹¹⁹ LÓPEZ GUERRA, L., “Constitución y género (consideraciones generales), p. 29.

en la creencia errada de la inferioridad física e intelectual de las mujeres respecto a los hombres, produciendo una imagen de las mismas inferior respecto a los hombres, y, por tanto, discriminatoria. Otro sector de la doctrina, no considera la LO 1/2004 falsamente protectora, defendiendo que el interés de la misma es salvaguardar la integridad física y moral, de la vida y de la salud de la mujer, siendo fines constitucionales suficientes para poder contemplar las diferencias en las posibles responsabilidades penales atribuibles dependiendo de quién sea el sujeto activo que cometa el tipo delictivo, en este sentido se encuentra RIDAURA MARTÍN, M^a¹²⁰.

El Tribunal Constitucional, se pronunció entorno a las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad que se planteaban respecto a estos artículos, desestimando dichas cuestiones y afirmando la conformidad de los tipos penales a la Constitución española. La sentencia más relevante de todas es la STC 59/2008, de 15 de mayo, en la cual, el Tribunal Constitucional indica que no existe inconstitucionalidad en el artículo 153.1 CP, justificando la diferencia en la respuesta penal por el gran número de casos dentro de las relaciones de pareja, en las que el agresor, es el hombre¹²¹. A partir de esta sentencia, surgió un elenco de sentencias constitucionales que seguían la misma línea de pensamiento, la STC 41/2010 hacía referencia al artículo 148.4º, la STC 45/2009 al artículo 171.4º CP¹²², y, finalmente, la STC 127/2009 que se refiere al art. 172.2ºCP¹²³.

¹²⁰ RIDAURA MARTÍNEZ, M., J. *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género*. p. 58. Asimismo, esta autora, también ha expresado su posicionamiento favorable a la STC 59/2008, de 15 de mayo “la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, es loable, ya que, acierta al reconocer que mediante la lacra de la violencia de género no se atacan los bienes jurídico básicos de la mujer, sino también la libertad y dignidad de la víctima, precisamente porque el sustrato de esta manifestación de violencia se encuentra en la consideración de la mujer como instrumento de reafirmación machista, y su negación como persona

¹²¹ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, ed. 2ª, Comares, Granada, 2022., p. 94. En este sentido, la STC 59/2008, de 15 de mayo.

¹²² Memoria del Tribunal Constitucional, 2009, p. 10-12. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria%202009.pdf>. “Fundándose en la doctrina de la STC 59/2008 en los siguientes puntos: 1.- el tratamiento punitivo diferenciado tiene como finalidad la protección de bienes jurídico tutelados constitucionalmente y que están insuficientemente protegidos en las relaciones de pareja, 2.- desde el punto de vista de la igualdad, la necesidad de la diferencia se fundamenta en que hay un mayor desvalor de las agresiones del hombre hacia la mujer en el ámbito de la pareja, 3.- entre las penas no existe un desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma.”

¹²³ Ídem. Entendiendo la STC 59/2008, de 15 de mayo, STC 41/2010, del 22 de julio, STC 45/2009, del 28 de julio, STC 127/2009, del 26 de mayo

Bajo nuestro punto de vista, no consideramos que las reformas realizadas por la LO 1/2004 representen una falsa protección para las mujeres, ni nos relegue a una posición de inferioridad respecto a los hombres. Al contrario, esta Ley, permite crear una relación horizontal respecto a los hombres, pudiendo tipificar un problema cultural y social que afecta al común de las mujeres en la sociedad actual. Siguiendo la misma línea, opinamos que, las sentencias del Tribunal Constitucional son acertadas, puesto que, solamente serían inconstitucionales si no se pudiera probar dicha desigualdad social. Dejar de legislar a favor de estos supuestos, otorgando la misma responsabilidad penal con independencia de quién sea el sujeto activo, supondría que el legislador ignore deliberadamente las escabrosas cifras de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja.

4.1. Delitos contra la integridad personal: art. 153.1 CP y art. 148.4 del CP.

En este apartado, voy a desarrollar los tipos penales que componen los delitos contra la integridad física y psicológica. Entre ellos nos encontramos el delito de lesiones en el contexto de violencia de género (art. 148.4º CP) y el delito de malos tratos de obra (art. 153.1CP).

El artículo 148.4ºCP es un tipo agravado del artículo 147.1 el cual dice: “1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.”¹²⁴, en relación a ello, el artículo 148 CP dice 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: 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga

¹²⁴ Art. 147.1 CP.

relación de afectividad, aun sin convivencia”¹²⁵. El apartado 4º se incorporó en el año 2004 debido a la LO 1/2004, la cual exigía su modificación en el artículo 36.

Este delito se encuentra en el Título III del Código Penal dedicado a las “lesiones”, esto ha generado controversia dentro de la doctrina respecto a cuál es el bien jurídico protegido, pues un sector de la doctrina sigue una tesis dualista, siendo el bien jurídico la integridad física/psicológica y la integridad corporal, y, otro sector, sigue una tesis monista¹²⁶. Algunos ejemplos de autores que siguen una tesis dualista son DÍEZ REPOLLÉS¹²⁷, pues este autor considera que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o mental. Por el contrario, autores como ORTS VERENGUER o CARBONELL MATEU¹²⁸, defienden que el bien jurídico protegido es la salud física o mental. Por el contrario, MARTÍN AGRAZ, defendía que es un delito de carácter pluriofensivo, pues es un ataque a múltiples bienes jurídicos.

La jurisprudencia, coincide con la doctrina mayoritaria, al establecer que, en este delito, al incidir en la integridad física menoscaba la integridad corporal o la salud física o mental¹²⁹.

Nos posicionamos a favor de un pensamiento dualista, pues se acerca más al sentido literal del propio articulado penal, el cual expone en el artículo 147.1 CP “el que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”¹³⁰.

Los requisitos para poder aplicar este tipo penal, tal y como podemos leer en el articulado del Código penal, serían los siguientes: 1.- que el sujeto activo sea un hombre, 2.- el sujeto pasivo una mujer, 3.- que la víctima hubiera sido esposa, o mujer que

¹²⁵ Art. 148 CP.

¹²⁶ SERRANO ESTEBAN, A., Tratamiento jurídico de la violencia de género: aspectos constitucionales, penales y procesales (tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/32881/>, p. 274 y ss.

¹²⁷ DÍEZ REPOLLES, J. L., *Los delitos de lesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 22.

¹²⁸ VIVES ANTÓN, T., S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J., L., Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 131 y ss.

¹²⁹ ÁLVAREZ CAMPOS, J., *La violencia de género en el Código penal (TFG)*. Grado en Derecho, Universidad de La Laguna, 2021. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/25640/La%20violencia%20de%20genero%20en%20el%20codigo%20penal..pdf?sequence=1> p. 25. En este sentido STS 146/2015, de 23 de febrero.

¹³⁰ Art. 147.1 CP.

estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

A continuación, procederemos a analizar el delito de malos tratos de obra que se regula en el artículo 153.1 CP. Desde la entrada en vigor de este artículo, ha sufrido cuatro modificaciones, siendo la de mayor repercusión la de la LO 1/2004, modificándolo en su art. 37¹³¹. El art. 153.1 CP dice 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, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, 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 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”¹³².

La discusión sobre cuál es el bien jurídico protegido en este artículo no ha sido sencilla, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencia.

En la doctrina, hay autores que consideran que es la integridad moral, como es el caso de MUÑOZ CONDE¹³³, otros, en cambio, consideran que es la seguridad de la víctima, su libertad y dignidad, como RODRÍGUEZ DE MIGUEL¹³⁴. Sin embargo, Díez Ripollés¹³⁵ considera que el bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud física o mental de la víctima.

¹³¹ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, p. 93.

¹³² Art. 153.1 CP.

¹³³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 113 y 179 y ss.

¹³⁴ RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., “Artículos 153 del CP”, p. 719-720.

¹³⁵ Díez Ripollés, J. L., *Los delitos de lesiones*, p. 33.

En la jurisprudencia, opina igual que una parte de la doctrina, recogiendo en la STS 342/2018, de 10 de julio, que el bien jurídico protegido es la integridad física o psíquica¹³⁶.

El ámbito de aplicación sería como bien dice el propio artículo del Código Penal: 1.- que el sujeto activo sea un hombre, 2.- el sujeto pasivo una mujer, cónyuge o con la que haya mantenido una relación de análoga similitud presente o pasada, 3.- el menoscabo físico o psíquico sea de menor gravedad al contemplado en el art. 147.2 CP, 4.- situación de dominio¹³⁷. Este último requisito ha generado mucha controversia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, como bien se estudió en este Capítulo, tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre¹³⁸, no se exige el elemento subjetivo de dominio.

En lo que respecta al bien jurídico protegido, en ambos artículos nos posicionamos a favor de un pensamiento dualista, pues se acercan más al sentido literal del propio articulado penal, el cual expone en su artículo 147.1 “el que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental”. Del mismo modo, el artículo 148.4º y 153.1 CP, nos parecen una extensión del artículo anteriormente citado, y, por ello, protegen los mismos bienes jurídicos.

Contrariamente, observamos diversas incongruencias en el análisis de estos artículos, especialmente en la responsabilidad penal que se podría aplicar entre el artículo 147.1 (posible pena de prisión de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses), el artículo 147.2 (multa entre 1 y 3 meses) y el artículo 153.1 (pena de prisión de 6 meses a 1 año, trabajo en beneficio a la comunidad de 31 días a 80 y en todo caso privación de porte de armas entre 1 año más 1 día y 3 años). Carece de sentido que, en el caso de que no se pudiera aplicar el artículo 148.4º CP, por no corresponder la lesión a la del apartado primero del art. 147 CP, y, por consiguiente, se deba aplicar exclusivamente el artículo 147.2, la responsabilidad penal pudiera ser inferior que la del artículo 153.1, siendo una agresión mucho más lesiva. El legislador no ha sido congruente en la redacción de dichos artículos, y pensamos que debería replantearse la redacción de los mismos.

¹³⁶ ÁLVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código penal (TFG). p.28. En este sentido STS 342/2018, de 10 de julio.

¹³⁷ ROMEO CASABONA, C. M., *Derecho penal. Parte especial*, p. 94.

¹³⁸ STS 677/2018, de 20 de diciembre.

4.2. Delitos contra la libertad: amenazas (art. 171.4), coacciones (art 172.2), delito de *stalking* (art. 172 ter).

En este apartado, voy a desarrollar los delitos que se encuentran en el Libro II, Título VI de “delitos contra la libertad”. Entre ellos se encuentran el art. 171.4 (amenazas leves), el art. 172.2 (coacciones leves) y el 172 ter (delito de *stalking*).

El artículo 171.4 CP dice 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”¹³⁹. Se introdujo con la reforma de la LO 1/2004 en su art. 38, esta reforma también produjo que las amenazas pasaran de ser faltas a delitos leves.

La doctrina cuestiona el bien jurídico protegido de este delito, su aplicabilidad en la violencia de género, su ámbito de aplicación y la diferencia con el delito de coacciones leves.

Se podría pensar que los bienes jurídicos protegidos son la libertad y la seguridad de las personas. La posición de la doctrina ha sido dispar, CARPIO BRIZ¹⁴⁰ sigue el criterio de la jurisprudencia mayoritaria, afirmando que existen dos bienes jurídicos protegidos: 1.- libertad individual, entendida como la capacidad de la persona para formular una opinión propia, 2.- Sentimiento de seguridad. Por otro lado, MUÑOZ CONDE¹⁴¹, opina que es la capacidad de actuación en sentido amplio “capacidad que tiene una persona para decidir lo que quiere o no hacer y para trasladarse de un lugar a otro o situarse por sí mismo en el espacio, sin que su decisión se vea constreñida o mediatizada por otras personas”.

¹³⁹ Art. 171.4 CP.

¹⁴⁰ SERRANO ESTEBAN, A., Tratamiento jurídico de la violencia de género: aspectos constitucionales, penales y procesales (tesis doctoral), p. 321. En este sentido CARPIO BRIZ.

¹⁴¹ Ibídem, p. 322. En este sentido MUÑOZ CONDE.

En la jurisprudencia, esta cuestión ha sido bastante pacífica, destacando las STS 268/1999, de 26 de febrero y la STS 399/2013, de 8 de mayo¹⁴², las cuales destacan como bien jurídico protegido de este delito la tranquilidad y el sosiego.

Bajo nuestro punto de vista, existen dos bienes jurídicos que se ven afectados por este delito, el primero es el que afecta directamente a la víctima al perturbar su libertad y el segundo el sentimiento de seguridad.

Para que este delito se sitúe dentro del ámbito de la violencia de género exige que el sujeto activo sea hombre y el pasivo mujer, así como que la víctima sea su esposa o mantenga o haya mantenido una análoga relación de afectividad.

La doctrina ha entendido que la “«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”, es por esta razón, por los que la doctrina a veces considera que algunas amenazas no se deberían de considerar como violencia de género¹⁴³.

La jurisprudencia entiende que se debe seguir un criterio diferencial, considerando la intensidad y afectación de la misma, teniéndose en consideración todas las circunstancias, entre las cuales quién es el agresor, la probabilidad de que se produzca, de cuál sea la amenaza, etc¹⁴⁴.

En este trabajo, apoyamos el planteamiento de la jurisprudencia, debiendo tenerse en consideración las circunstancias específicas de cada caso y si realmente la amenaza pueda llegar a perpetuarse.

El artículo 172.2 CP hace referencia a las coacciones y dice así “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

¹⁴² STS 268/1999, de 26 de febrero y la STS 399/2013, de 8 de mayo.

¹⁴³ ÁLVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código penal (TFG). pp. 31-32.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 32.

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.[...]Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. [...] Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. [...] No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”¹⁴⁵. Este artículo fue fruto de las reformas realizadas por la LO 1/2004 de 28 de diciembre, en su art. 39, y, del mismo modo que las amenazas, las coacciones también pasaron de faltas a delitos leves.

A continuación, analizaremos el bien jurídico protegido, la conducta típica y la diferencia entre amenazas leves y coacciones leves.

El bien jurídico ha sido discutido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Dentro de la doctrina, encontramos a MUÑOZ CONDE¹⁴⁶, que defiende que el bien jurídico protegido es la libertad en un sentido amplio, es decir, la capacidad de la persona para decidir hacer o no y para trasladarse de un lado a otro sin tener que ver su decisión mediatizada por otras personas. Por otro lado, hay autores que consideran que el bien jurídico protegido es el mismo para el caso de las amenazas y las coacciones, siendo el caso de LOPEZ PEREGRIN¹⁴⁷, es decir, el bien jurídico sería la libertad y la seguridad.

¹⁴⁵ Art. 172.2 CP.

¹⁴⁶ SERRANO ESTEBAN, A., Tratamiento jurídico de la violencia de género: aspectos constitucionales, penales y procesales (tesis doctoral), p. 332.

¹⁴⁷ Ídem.

La jurisprudencia respecto a esta cuestión es muy dispar, pues nos encontramos con la STS 712/2009, de 19 de junio¹⁴⁸, que asegura que el bien jurídico protegido es la libertad y seguridad. Por otro lado, la STS 934/2008, de 26 de noviembre¹⁴⁹, asegura que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar del individuo en sentido general.

En nuestra opinión, los bienes jurídicos más afectados son la libertad y la seguridad. No obstante, podrían verse afectados más bienes jurídicos dependiendo del carácter de las coacciones. Por esta razón, habría que atender a las circunstancias específicas de cada caso.

La conducta típica de este delito son las acciones violentas dirigidas a impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a realizar lo que no quiere, sea justo o no. Esto queda amparado por la STS 1367/2002, de 18 de julio¹⁵⁰, que dice: “las coacciones consisten en la realización de una violencia personal para impedir al otro realizar algo no prohibido o para obligar a otro a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, siempre en contra de la libertad del obligado y sin legitimación para su realización. El núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas”.

El delito de amenazas leves y coacciones leves pueden generar confusión respecto a la diferencia entre ambos. En la doctrina, QUINTERO OLIVARES dice “el elemento característico de las coacciones es la violencia inmediata, lo que excluye especialmente a la violencia moral remitida un futuro 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”¹⁵¹.

¹⁴⁸ STS 712/2009, de 19 de junio.

¹⁴⁹ STS 934/2008, de 26 de noviembre.

¹⁵⁰ STS 1367/2002, de 18 de julio.

¹⁵¹ ÁLVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código penal (TFG). p.35. En este sentido QUINTERO OLIVARES.

La jurisprudencia sigue la misma línea, destacando la STS 1107/2009, de 12 de noviembre¹⁵², afirmando que, en el delito de coacciones existe una mayor intermediación entre el coaccionante y el coaccionado. Por otro lado, la STS 846/2011, de 15 de julio dice “ha sido tradicional acoger como diferenciador un criterio temporal de tal modo que para entender que el delito de amenazas es preciso que exista un aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y actual. Más sutilmente se ha señalado como criterio determinante de una u otra calificación el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción que será amenazas cuando incida sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias y coacciones cuando afecte a la voluntad de obrar, pero también en esta última forma de distinguir se introduce un criterio de temporalidad en cuanto las amenazas inciden sobre un proceso mediato de decisión de la víctima y las coacciones afectan con inmediatez temporal a la adopción de una conducta...”¹⁵³.

No tenemos nada que objetar del pensamiento doctrinal y jurisprudencial mayoritario. Por tanto, opinamos que las amenazas auguran un mal futuro, mientras que las coacciones un mal inminente, siendo el miedo a ese mal el que empuja al sujeto a cometer el acto que no desea realizar.

Por último, analizaremos el delito de *stalking* del art. 172 (ter) del Código Penal, que dice: “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

¹⁵² STS 1107/2009, de 12 de noviembre.

¹⁵³ STS 846/2011, de 15 de julio.

su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. [...]”¹⁵⁴. Este delito se introdujo debido a la reforma de la LO 1/2015.

Procederemos a estudiar el bien jurídico protegido, la acción en el contexto de la violencia de género y la forma en que se realiza.

Este tipo penal se desarrolla en el Título VI del Código Penal de “los delitos contra la libertad”. Por su posición en el Código se puede entender que el bien jurídico protegido es la libertad de la víctima. Sin embargo, no hay acuerdo doctrinal respecto a cuál es el bien jurídico protegido.

La autora GÓMEZ RIVERO asegura que el bien jurídico protegido son la libertad, seguridad, honor y la intimidad moral. Del mismo modo, esta autora propone que hay que diferenciar los meros actos molestos, pero sin entidad suficiente, frente a los actos que realmente afectan a la vida cotidiana de la víctima y que merecen reproche penal¹⁵⁵. Por otro lado, CASANUEVA SANZ defiende que el bien jurídico protegido es la libertad de formación, de ejecución o de obrar, y, de igual modo que la anterior autora, defiende que “no pueden pensarse meras molestias, aunque generen inquietud y desasosiego en quien los padece”¹⁵⁶.

La jurisprudencia defiende que el bien jurídico protegido es la libertad de obrar y la seguridad. Muestra de ello, lo podemos encontrar en la Sentencia del Juzgado de instrucción núm. 3 de Tudela 3/2016, de 23 de marzo de 2016, que dice “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

¹⁵⁴ Art. 172 ter CP.

¹⁵⁵ 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, pp. 34-35.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código penal (TFG). p.39. En este sentido CASANUEVA SANZ.

lugares de paso, sus números de teléfono, cuentas de correo electrónico e incluso de lugar de residencia y trabajo. De 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”¹⁵⁷.

Bajo nuestra perspectiva, los bienes jurídicos vulnerados en este tipo penal son la libertad de obrar y la seguridad, pues la víctima se ve privada de su capacidad de toma de decisiones de forma libre y el sentimiento de tranquilidad y vivir sin miedo.

Respecto a la acción típica de este tipo delictivo, predomina en los casos de violencia de género, donde el autor pretende alterar gravemente la vida cotidiana de la víctima¹⁵⁸.

La doctrina, afirma que, este tipo delictivo es predominante en los casos de violencia de género, en los cuales, lo que busca el autor, es provocar una grave alteración en la vida de la víctima. Entre estos autores podemos encontrar MENDOZA CALDERÓN y ROIG TORRES, estos autores afirman que será suficiente probar una alteración y modificación de la vida, con perturbaciones psicológicas como ansiedad, estrés postraumático, etc¹⁵⁹.

La jurisprudencia, indica que, para que se considere este tipo penal, se deben dar perturbaciones como las indicadas por los autores, pero también se debe producir un cambio en la rutina de la víctima, esto podemos encontrarlo en la SAP 799/2016, de 27 de diciembre que dice “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 en 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”¹⁶⁰.

¹⁵⁷ SJI de Tudela 3/2016, de 23 de marzo de 2016.

¹⁵⁸ ÁLVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código penal (TFG). p.40.

¹⁵⁹ Ídem. En este sentido MENDOZA CALDERÓN y ROIG TORRES.

¹⁶⁰ 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.

Consideramos que debería ser suficiente probar las alteraciones psicológicas de la víctima, pues probar el cambio del itinerario de las víctimas en algunos casos podría generar dificultad. Opinamos que sería discriminatorio dejar de considerar a una persona víctima de este tipo penal por no querer permitir que estas acciones le condicionen u obliguen a cambiar los hábitos o rutinas que componen su vida.

4.3. Delitos contra la intimidad: el delito de *sexting* (art. 197.7 CP).

Este delito está regulado en el artículo 197.7 CP, que dice: “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”¹⁶¹. Este delito se introdujo por la reforma de la LO 1/2015.

En este apartado voy a tratar diferentes cuestiones de este artículo, entre ellas, cuál es el bien jurídico, la acción típica, la penalidad de los terceros receptores y el tipo agravado que afecta directamente a los casos de violencia de género.

Este delito se ubica entre los delitos contra la intimidad, por ello, cabe pensar que, el bien jurídico protegido es la intimidad.

La doctrina mayoritaria, apoya que el bien jurídico protegido es la intimidad. Entre los autores que lo defienden encontramos COLÁS TURÉGANO¹⁶², el cual opina que el legislador añadió el apartado 7º del art. 197CP, para que de este modo el ciudadano tuviera la potestad para determinar aquellos aspectos de la esfera íntima que se

¹⁶¹ Art. 197.7 CP.

¹⁶² 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, 2018. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/9053/E1%20delito%20de%20sexting%20una%20respuesta%20penal%20ante%20el%20mal%20uso%20de%20las%20nuevas%20tecnologias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 14. En este sentido COLÁS TURÉGANO.

conocieran. Por otro lado, MARTÍNEZ OTERO¹⁶³, considera que los bienes jurídicos protegidos además de la intimidad, también es la propia imagen, pues una persona que difunde imágenes de carácter íntimo de otro sujeto sin su consentimiento, atenta directamente contra al derecho a la propia imagen.

Dentro de la jurisprudencia, existe cierto dualismo, un sector de la misma defiende que el bien jurídico protegido es la intimidad¹⁶⁴, y otro, opina que el bien jurídico es la intimidad en conjunto con el derecho a la propia imagen¹⁶⁵.

En nuestra opinión, los bienes jurídicos vulnerados en este delito son la intimidad y el derecho a la propia imagen. Sin embargo, la intimidad prima sobre el derecho a la propia imagen, puesto que, en el supuesto en el que solo se vulnerara el derecho a la propia imagen, dicho ataque no poseería la relevancia penal suficiente como para atribuirle responsabilidad.

La conducta típica consiste en la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones por parte del sujeto activo sin el consentimiento de la víctima. Esto ha generado muchas críticas, puesto que la conducta típica podrían ser tres acciones diversas. Asimismo, también sorprende que, como elemento esencial del tipo, en la divulgación se deba menoscabar gravemente la intimidad, no exigiendo requisitos en la revelación o cesión a terceros. La Enmienda 87 del Consejo General de Abogacía Española al proyecto de la LO por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del CP aclaró que “los verbos no son caprichosos; difundir hace referencia a publicar; revelar a descubrir o manifestar lo secreto, y ceder se refiere a transferencia. Por tanto, cualquiera de las acciones típicas debería incluir su requisito de perseguibilidad, basado en la gravedad, ya sea por difusión, por revelación o por cesión a terceros”.

En relación a lo anterior, en la doctrina, se discute sobre el alcance que deben tener cada una de estas acciones para poder atribuirles responsabilidad penal. Podemos distinguir diferentes corrientes doctrinales, autores como COLÁS TURÉGANO¹⁶⁶,

¹⁶³ ÁLVAREZ ALVAREZ, S., Consideraciones sobre el nuevo delito de acoso (TFG), p.10. En este sentido, MARTÍNEZ OTERO.

¹⁶⁴ STS 379/2018, de 23 de julio.

¹⁶⁵ STS 437/2011, de 29 de junio.

¹⁶⁶ PERERA ABAD, B., El delito de *sexting*: una respuesta penal ante el mal uso de las nuevas tecnologías (TFG). p. 24. COLÁS TURÉGANO.

defiende que de las tres acciones la que mayor lesiones puede producir en la víctima es la de difundir, pues una vez que difunde las imágenes, pierde completamente el control de las mismas, pues les llegará a un número indeterminado de sujetos, es por este motivo por el que el autor considera que, el juez, en el momento de imponer la pena, deberá analizar la conducta típica realizada y las repercusiones que esta haya ocasionado. Por otro lado, autores como QUERAL JIMÉNEZ¹⁶⁷, ponen el acento a la mera comisión de alguna de las conductas típicas, sin importar el alcance de las mismas.

La jurisprudencia, sigue el criterio mayoritario, calculando el menoscabo al bien jurídico protegido en relación al alcance que hayan tenido las imágenes, un ejemplo es la SAP 153/2018, de 12 de marzo¹⁶⁸.

Bajo nuestro punto de vista, se debe atribuir responsabilidad penal en relación al alcance que tengan las imágenes o grabaciones. De lo contrario, se podría interponer la misma responsabilidad a un sujeto que haya difundido unas imágenes que hayan tenido un alcance de millones de persona que a otra que las revele a un grupo reducido de personas.

Otra cuestión debatida, es la penalidad de los terceros receptos. La doctrina mayoritaria, apoya que quedarán excluidos los terceros de posible responsabilidad penal, esto lo defiende PÉREZ CONCHILLO¹⁶⁹.

La jurisprudencia apoya la doctrina mayoritaria¹⁷⁰, castigando a los sujetos que hayan participado en la acción típica y quedando impunes los que hayan contribuido a aumentar el radio de difusión mediante el reenvío, pero no hayan participado en la conducta típica.

Consideramos que, en la práctica, sería imposible en multitud de ocasiones conocer y castigar a los terceros que consigan y compartan las imágenes. Sin embargo, apoyamos que se debería procurar aplicar una responsabilidad penal atenuada a los terceros que obtengan las imágenes y favorezcan la difusión.

¹⁶⁷ *Ibidem.*, pp. 24-25.

¹⁶⁸ SAP 153/2018, de 12 de marzo.

¹⁶⁹ ÁLVAREZ ALVAREZ, S., Consideraciones sobre el nuevo delito de acoso (TFG), p. 15. 2

¹⁷⁰ 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. 19.

El tipo penal agravado de este delito se encuentra regulado en el apartado 2º del art. 197.7 CP, incorporando tres subtipos agravados castigados con la pena del tipo básico en su mitad superior, es decir, una pena de prisión de siete meses y quince días a doce meses o una pena de multa de nueve meses a doce. Estos subtipos agravados se aplican en tres ocasiones: 1.- cuando el responsable fuera el cónyuge o la persona que esté, o haya estado unida a él (a la víctima), por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; 2.- cuando la víctima fuera una menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección; 3.- y cuando los hechos se hubieran cometido con finalidad lucrativa.

El subtipo agravado en el cual el responsable fuera el cónyuge o una persona unida por análoga relación de afectividad, se introdujo por sugerencia del Consejo General del Poder Judicial en el Informe que hizo al proyecto. En dicho informe, se propuso una agravación en los supuestos en los que los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o excónyuge o por persona ligada por análoga relación de afectividad, reflejando de este modo, la realidad social¹⁷¹.

Este subtipo agravado, ha generado muchas críticas a nivel doctrinal. En este sentido, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, considera que este tipo agravado se olvida del excónyuge, obligando tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a una interpretación extensiva del precepto aplicando el precepto a la relación conyugal finalizada, extendiendo, por tanto, el delito más allá de lo tipificado¹⁷². Por otro lado, COLÁS TURÉGANO, sostiene que, puede haber un quebrantamiento de la confianza, pero señala que esto ha supuesto que se aplique el supuesto cualificado más que el tipo básico cuando podría estar cubierto por la agravante de parentesco¹⁷³.

Nuestra opinión sigue la misma línea que RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, puesto que, este tipo penal deja de lado las relaciones afectivas finalizadas, obligando a los jueces y Tribunales a realizar una interpretación extensiva del precepto. Esto es debido a un fallo del legislador al elaborar y aprobar la norma, pues carece de sentido la manera que ignoraron las relaciones afectivas pasadas, siendo estos supuestos en los más se produce este delito.

¹⁷¹ *Ibíd*em, p. 31.

¹⁷² *Ibíd*em, p. 31. En este sentido RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

¹⁷³ *Ídem*. En este sentido COLÁS TURÉGANO.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

El objetivo de este trabajo ha sido determinar qué protección les otorga el Código penal a las mujeres víctimas de agresiones machistas, así como, a las mujeres transexuales. A continuación, expondremos las conclusiones y las propuestas *lege ferenda*:

En primer lugar, se ha realizado una distinción de los conceptos “sexo”, “género” y “violencia de género”. Siendo el sexo, el conjunto de rasgos biológicos que nos caracterizan como hembra o macho, y, el género, el conjunto de comportamientos y roles sociales asociados a una mujer o un hombre. Esta distinción ha sido vital para el desarrollo del trabajo, pues, sin ella, no podríamos saber con certeza a qué sujetos se les podría considerar transexuales, siendo aquellos que nacen con un sexo determinado, pero sintiéndose identificados con el género socialmente otorgado a las personas nacidas con el sexo opuesto. Finalmente, el concepto de violencia de género es aquella agresión física, psicológica o sexual que ejerce un hombre sobre una mujer por el hecho de serlo.

En segundo lugar, analizamos las diferentes protecciones internacionales, europeas y nacionales que poseen las mujeres y las personas transexuales, así como, la evolución legislativa en la normativa de la violencia de género en España. De este análisis, se puede observar lo desprotegidas que han estado las mujeres en el pasado, sufriendo la violencia machista incluso por parte de las instituciones del Estado, y, en ocasiones, la ausencia de normativa específica que proteja a las personas transexuales.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, se empezó a visibilizar la discriminación y la desigualdad que sufren sistemáticamente las mujeres. Esta Ley, permitió la incorporación en el Código penal de tipos penales específicos para los supuestos de violencia de género, sin embargo, limitó su ámbito de protección a las relaciones afectivas. Por esta razón, en la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se introdujo la agravante por razón de género del art. 22.4^a CP. De este modo, se ha podido ampliar el ámbito de protección a las mujeres víctimas de violencia por parte de los hombres.

Consideramos que, la LO 1/2004, posee fallos estructurales importantes, pues la violencia que puede sufrir una mujer puede provenir de un desconocido, del entorno

familiar, su pareja, y, en ocasiones, hasta del propio Estado. Pese a que un gran número de casos de violencia machista se producen dentro del ámbito de las relaciones de pareja, reducir la protección exclusivamente a estos casos, supondría negar el derecho a la protección penal a muchas mujeres que sufren día a día agresiones por su propia condición de mujer. Por esta razón, opinamos que la introducción de la agravante 22.4ª CP tras la LO 1/2015, ha supuesto un avance, y, además, una necesidad que exigía la sociedad española.

En tercer lugar, hemos comprobado que las mujeres transexuales pueden ser consideradas víctimas de violencia de género, incluso en los supuestos en los que la mujer no se haya sometido a una cirugía de reasignación de sexo, y, en ocasiones, sin haber iniciado el procedimiento de cambio de sexo en el Registro Civil.

A nuestro juicio, este desarrollo jurisprudencial que otorga todas estas ventajas a las mujeres (*trans*), implica un avance enorme para el colectivo LGTBI, pues las operaciones de reasignación de sexo conllevan riesgos importantes para la salud, siendo discriminatorio excluir a una mujer (*trans*) de la protección del Derecho penal por no querer exponerse a esos riesgos. Por otro lado, otro avance es la posibilidad de poder considerar a una mujer (*trans*) víctima de este tipo de violencia cuando no haya comenzado el procedimiento en el Registro Civil para el cambio de sexo, puesto que, existen supuestos en los que es imposible poder iniciar dicho procedimiento, como es el caso de las mujeres extranjeras o menores de edad.

En cuarto lugar, se ha realizado un análisis sobre la exigencia del elemento subjetivo de dominio del hombre sobre la mujer, siendo una cuestión que ha generado mucho debate en la doctrina y jurisprudencia. Esta cuestión se resolvió tras la STS 677/2018, de 20 de diciembre, en la cual se especificó que no sería necesaria la exigencia de la prueba del elemento subjetivo de dominio del hombre sobre la mujer.

No consideramos necesaria la exigencia del elemento subjetivo de dominio del hombre sobre la mujer, pues muchos supuestos no podrían ser amparados por la protección del Código penal, por la imposibilidad de probar dicho elemento. Asimismo, opinamos que solo se deberían exigir los elementos objetivos presentes en los tipos penales del articulado del Código penal.

En quinto lugar, se han estudiado los delitos específicos de la violencia de género contra la integridad personal, la libertad y la intimidad. Igualmente, se analizaron los delitos de *sexting* y *stalking* incluidos en el Código penal tras la reforma de la LO 1/2015.

Estamos a favor de la introducción de los delitos de *stalking* y *sexting*, sin embargo, no apoyamos el posicionamiento jurisprudencial de no aplicar responsabilidad penal en los delitos de *sexting* a los terceros receptores que obtienen las imágenes y favorecen su difusión. En estos casos, creemos que se debería de aplicar una responsabilidad penal atenuada, puesto que, no son los autores principales de la conducta típica, y, de este modo, se les otorgaría responsabilidad penal y evitaríamos una criminalización excesiva.

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). Grado en Derecho, Universidad de la Laguna, Tenerife, 2017. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/5088/Consideraciones%20sobre%20el%20nuevo%20delito%20de%20acoso.%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- ÁLVAREZ CAMPOS, J., La violencia de género en el Código penal (TFG). Grado en Derecho, Universidad de La Laguna, 2021. Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/25640/La%20violencia%20de%20genero%20en%20el%20codigo%20penal..pdf?sequence=1>
- ÁLVAREZ, P., Así queda la “ley trans” en España: un “paso de gigante” para el colectivo LGTBI, según el Gobierno. *El País*, 29 de junio de 2021. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2021-06-29/asi-queda-la-ley-trans-en-espana-mas-alla-de-la-autodeterminacion-de-genero.html>
- ATIENZA MACÍAS, E., “Respuestas jurídicas a conceptos controvertidos: transexualidad, cambio de sexo e intersexualidad, ablación y circuncisión”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, 2020, pp. 512-535.
- BELSUÉ GUILLORME, K. “La legislación en torno a la transexualidad en España: avances, debilidades y paradojas”, *Feminismo/s*, nº 19, 2012, pp. 211-234.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Política legislativa y violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- 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, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2019. Disponible en: <https://repositori.upf.edu/handle/10230/46273>

- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B., La evolución en la legislación penal española de la violencia intrafamiliar y la violencia de género. Disponible en: <https://borjafburgueno.com/2017/03/15/la-evolucion-en-la-legislacion-penal-espanola-de-la-violencia-intrafamiliar-y-la-violencia-de-genero/>
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., “Precedentes de la denominada “violencia de género” en el Código penal español. Apuntes críticos”, en NÚÑEZ CASTAÑO (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA RUIZ, M. y DE DIOS DEL VALLE, R., “Transexualidad: una revisión del estado actual del tema”, *Anuario de Sexología*, nº6, 2000, pp. 127-141.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Incitación al odio y género: algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”.
- GUMERSINDO GUIÑARTE, C., “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en RODRIGUEZ CALVO, M.S., VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (Dir.), *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 211.
- 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>.
- LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Revista para el Análisis el Derecho*, 2009, Barcelona, pp. 14.
- LÓPEZ GUERRA, L., “Constitución y género (consideraciones generales), en FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.), *Género y Derecho Constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 29.
- 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.
- MORENO CUERVA, L., La distancia entre la legislación vigente en materia de violencia de género y su aplicación (tesis doctoral). Universitat Autònoma de Barcelona,

- Barcelona, 2016. Disponible en:
<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399167/lpmc1de1.pdf?s equence=1>
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 23º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- 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>., En este sentido, GÓMEZ RIVERO, Mª. C., “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, en MARTÍNEZ GONZÁLEZ (Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, ed. 1ª, Tirant lo blanch, Valencia, 2011., pp. 34-35.
- PALOP BELLOCH, M., “Estudio conceptual del término «violencia de género» en la Ley estatal y autonómica” en *Foro, nueva época*. Nº2, 2017, p. 262.
- 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, 2018. Disponible en:
<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/9053/El%20delito%20de%20sexting%20una%20respuesta%20penal%20ante%20el%20mal%20uso%20de%20las%20nuevas%20tecnologias.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- PONTEVEDRA, S., “Caso Samuel”: una agresión mortal colectiva como las estudiadas en chimpancés. *El País*, 14 de julio, 2021. Disponible en:
<https://elpais.com/sociedad/2021-07-14/caso-samuel-una-matanza-colectiva-como-las-estudiadas-en-chimpances-y-alimentada-con-fortnite.html>
- RIDAURA MARTÍNES, M., J. “Seis años de la aplicación judicial de la de la LO 1/2004 contra la violencia de género: un balance a la luz de la doctrina constitucional”, en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Dir.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- RIVAS VAÑÓ, A., *LGBTI EN EUROPA. La construcción jurídica de la diversidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., “Artículos 153 del CP”, en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.), *Código Penal Concordado y Comentado*, La Ley, Madrid, 2011.

ROMEO CASABONA, C. M., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.), *Derecho penal. Parte especial*, ed. 1ª, Comares, Granada, 2022.

RUBIDO DE LA TORRE, L., *Ley de violencia de Género: ajuste de constitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

RUEDA MARTÍN, Mª ÁNGELES, *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Reus, Madrid, 2012, pp. 93-95.

RUIZ MOLINA, D., *La evolución en la legislación penal española de la violencia intrafamiliar y la violencia de género*. Disponible en: <https://es.calameo.com/read/000035904d5618151e65f>

SALVADOR CONCEPCIÓN, R., *Violencia de Género en España, Francia, Reino Unido e Italia, ¿un concepto global?*, Dykinson, Madrid, 2015.

SEOANE MARÍN, Mª. J., OLAIZOLA NOGALES, I., “Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género (22.4º CP)”, en *Artículo Doctrina*, vol. 39, 2019., p. 481. En el mismo sentido que ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 2006, pp. 408-411.

SERRANO ESTEBAN, A., *Tratamiento jurídico de la violencia de género: aspectos constitucionales, penales y procesales* (tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/32881/> .

Una joven transexual recibe una paliza a la salida de su casa en Barcelona. El País, 21 de noviembre, 2020. Disponible en: <https://elpais.com/espana/catalunya/2020-11-21/apalizada-una-joven-transexual-a-la-salida-de-su-casa-en-barcelona.html>

VARELA, N., *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, Barcelona, 2013.

VIVES ANTÓN, T., S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C.,
GONZÁLEZ CUSSAC, J., L., Y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho
Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ÍNDICE DE SENTENCIAS:

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de marzo de 1992.
Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 15 de mayo.
Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2010, del 22 de julio.
Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2009, del 28 de julio.
Sentencia del Tribunal Constitucional 127/2009, del 26 de mayo.
Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio.
Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2019, de 18 de julio.
Sentencia del Tribunal Supremo 677/2018, de 20 de diciembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 510/2009, de 12 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 807/2019, de 30 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 420/2018, de 25 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 565/2018, de 19 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 444/2020, de 14 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 1177/2009, de 24 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 510/2009, del 12 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 3757/2018, de 19 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 146/2015, de 23 de febrero de 2015.
Sentencia del Tribunal Supremo 342/2018, de 10 de julio de 2018.
Sentencia del Tribunal Supremo 268/1999, de 26 de febrero.
Sentencia del Tribunal Supremo 399/2013, de 8 de mayo.
Sentencia del Tribunal Supremo 712/2009, de 19 de junio.
Sentencia del Tribunal Supremo 934/2008, de 26 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 1367/2002, de 18 de julio.
Sentencia del Tribunal Supremo 1107/2009, de 12 de noviembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 379/2018, de 23 de julio.

Sentencia del Tribunal Supremo 437/2011, de 29 de junio.
Sentencia del Tribunal Supremo 811/2002, de 6 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 929, 2007, de 17 de septiembre.
Sentencia del Tribunal Supremo 846/2011, de 15 de julio.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 26 de septiembre de 2018.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife del 2 de julio de 2012.
Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 204/2019, de 23 de mayo.
Sentencia de la Audiencia Provincial 45/2017, de 31 de enero.
Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 206/2010, de 3 de mayo de 2010.
Sentencia de la Audiencia Provincial 153/2018, de 12 de marzo.
Sentencia del Juzgado de Instrucción de Tudela (Navarra) 3/2016, de 23 de marzo de 2016.