

**Diálogos entre el Código penal español y el feminismo /  
Dialogues between Spanish Criminal Law and the Feminism**

María Acale Sánchez

Universidad de Cádiz, España

---

**Abstract**

The Spanish Criminal Law is studied in this work since a feminist perspective. We have the finality to make look that today, this Criminal Law has not a criminal politic model. The study finishes to defend the need to put in the gender perspective into the theory of offence and theory of penalty. Only in this way, it will be possible to do material justice to the women.

**Keywords:** gender violence, equality, victimization, criminal politic, theory of offence, theory of penalty.

## 1. La utilización histórica del código penal como brazo armado del patriarcado

La historia de los códigos penales españoles es un ejemplo perfecto de cómo la ley penal ha sido puesta al servicio del patriarcado para conseguir el objetivo de negar la dignidad personal de las mujeres, estereotipando de forma interesada una determinada imagen femenina a la que protegían más que como persona, por ser madres, esposas o hijas, y a las que castigaba duramente si incumplían los patrones de género establecidos. En este sentido, no puede ser casualidad que los delitos en los que históricamente se ha exigido dicho elemento típico sean aquellos que a la vez han venido a negar el ejercicio de su libertad en materia sexual: baste con recordar como ejemplos clásicos el *pack* formado por los delitos de uxoricidio y adulterio, y los delitos contra la moralidad en el ámbito sexual.

En efecto, matar a la esposa sorprendida en acto de adulterio era constitutivo de delito de uxoricidio desde el Código de 1822; el motivo último de la incriminación no era otro que la protección de la honra mancillada del marido, afectada por la “mala reputación” de su esposa. Como la responsabilidad criminal se extingue con la muerte, para aquellos supuestos en los que el marido despechado no matara a su esposa sorprendida en su infidelidad, estaba previsto el delito de adulterio, ámbito especialmente reservado al poder del hombre sobre la mujer “adúltera”<sup>1</sup>. Se trataba de un delito especial que requería siempre y en todo caso que el sujeto activo fuera la mujer casada como tipo de autoría femenina individual, porque si bien a su amante se le imponía la misma pena que a ella, sin embargo, moral y penalmente, se le consideraba su mero “cómplice”, poniendo con ello de manifiesto que el comportamiento verdaderamente reprochado por el ordenamiento jurídico era el de ella, con independencia del estado civil de él, que era un dato completamente intrascendente.

En el Código Penal de 1932 desaparecieron los delitos de uxoricidio y de adulterio, coincidiendo con la laicidad del Estado proclamada en la Constitución de la II República, que admitió el divorcio en el ámbito civil. Ello significaba que la muerte en estas circunstancias se sancionaba como delito de parricidio, con independencia de que se

---

<sup>1</sup> Para un estudio histórico sobre el delito de adulterio, véase Rodríguez Gallardo (1995, 881); Cobo del Rosal (1967, 147-157); del mismo, (1963, 510-540).

graduara la imputabilidad, atendiendo a las reglas generales del Código Penal, en particular, a la circunstancia de estado pasional. Pero cuando parecía que ambos delitos ya habían pasado a la historia, el Código Penal de 1944 volvió a introducirlos castigando la muerte de la mujer adúltera y de su amante con una nimia pena de destierro. La derogación definitiva del adulterio y del amancebamiento se produjo a través de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

Pero junto a los delitos de uxoricidio y adulterio, que sin duda alguna penalizaban a la mujer que ejercía su libertad sexual, los delitos relacionados con la moralidad sexual son el verdadero banco de prueba de la “tolerancia cero” del patriarcado con las mujeres. En este sentido, la mera consideración de estas conductas como atentados contra la honestidad, así como la necesidad de que sujeto pasivo de algunas de ellas fuera siempre una mujer, servía para poner de manifiesto que no se trataba de proteger bien jurídico individual alguno, sino una especie de moral sexual colectiva a cuyo amparo, durante decenas de años se ha dudado si la prostituta, considerada *la más deshonesta de todas las mujeres*, podía ser sujeto pasivo de un delito contra la “honestidad” como el de violación, o si la mujer casada podía ser violada por su marido, no ya solo porque se consideraba siempre honesto el acto sexual en el seno del matrimonio, sino además porque el Código Civil imponía a la mujer casada un débito conyugal que la obligaba a satisfacer las demandas sexuales de su esposo.

En este contexto, en paralelo, con frecuencia se hurgaba en la “honestidad” de la víctima, cuya intimidad quedaba al descubierto con la finalidad de determinar la pena. Por este motivo, la atención se desviaba de los hechos principales (la prueba del delito del que había sido víctima la mujer), a la propia vida de la víctima, pasando desapercibido el delito del que había sido víctima, que quedaba oculto entre las referencias a la virginidad o no de la mujer víctima, la provocación o no con su comportamiento de la reacción sexual violenta del hombre, la concreta parte de su cuerpo objeto de tocamientos, la cantidad de resistencia ofrecida por ella para defender su honestidad etc.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> En esta línea es digna de resaltar la STS 23 de mayo de 1979 [TOL2.306.334], que exige a la víctima «la resistencia seria, porfiada y denodada de la mujer, la cual, finalmente, doblegada y vencida, sucumbe y no puede impedir un coito indeseado y al cual se opuso, tenaz pero estérilmente, gracias a su inferior fortaleza

De esta forma, las mujeres han pasado de ser sujeto pasivo de delito a convertirse en sujeto de investigación al amparo de un código victimario y patriarcal que se ha mostrado siempre protector del autor y desconfiado con la víctima.

## **2. El pensamiento feminista igualitario**

La aprobación de la Constitución de 1978, en la que se consagraba la igualdad y el derecho a no ser discriminado (art. 14 y 9.2) forzó al legislador a ir poco a poco eliminando los restos de ese Derecho penal de corte machista. Y en esta línea, la Exposición de Motivos del Código penal de 1995 consagró la necesidad de igualar el tratamiento penal de la delincuencia, con independencia del sexo de los sujetos activos y pasivos de las figuras delictivas, a través de la neutralización del lenguaje. Allí, en efecto, se afirma que «se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias». Con estas premisas tan concretas, se introdujeron modificaciones considerables a lo largo de los Libros II y III (éste último hoy derogado) tendentes a convertir la igualdad entre hombres y mujeres en bien jurídico protegido penalmente: en particular, se modificaron los delitos contra la libertad sexual; se incluyó el delito de discriminación en el ámbito laboral (art. 314); se incorporó al catálogo de circunstancias agravantes la de discriminación (art. 22.4); se tipificó el delito de incitación al odio o a la violencia (art. 510); se castigó al particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho (art. 511), y finalmente, se procedió a incluir en el catálogo de asociaciones ilícitas del art. 515.5 «las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su sexo u orientación sexual». Puede

---

física, a su desamparo y a la soledad en que ordinariamente se perpetran estos hechos». Sobre la interpretación jurisprudencial española del delito de violación, así como sobre el discurso machista de fondo, *vid.* Cugat Mauri (1993, 76).

decirse pues que el Código de 1995 comulgaba completamente con los postulados del feminismo liberal clásico, que perseguía la igualdad de los hombres y las mujeres, partiendo de la dignidad humana (Emmenegger 2001, 40; García Albero 2004, 453). Para las mujeres, en este momento, quedaron equiparados finalmente sus derechos a los de los hombres, des-sexualizando la ley penal.

Sin embargo, al amparo de dicha regulación igualitaria, determinados sectores feministas pusieron de manifiesto que, una cosa es que se hubiera alcanzado la igualdad formal entre hombres y mujeres y, otra bien distinta, que realmente existiera aquélla. A esta conclusión se llegaba una vez que se sacaban a la luz los componentes discriminatorios que se esconden tras las propias estructuras y procedimientos de los ordenamientos actuales<sup>3</sup>.

Con ello se resaltaba que los logros alcanzados en torno a la neutralización del lenguaje no habían sido suficientes para neutralizar a su vez el problema de la inferioridad de la mujer, pues las estructuras sociales que mantenían el colchón sobre el que reposaba la discriminación, no cambiaron un ápice a pesar de los cambios legislativos. Como resalta García Amado (1992, 14), es posible incluso que «esas mismas medidas normativas tengan efectos paradójicos e inesperados para los intereses femeninos». Por este motivo, los movimientos feministas han constatado que cuando el Derecho penal ha intervenido para poner fin a algún problema que atañe en particular a las mujeres, lo ha hecho de tal manera que, al objetivar la respuesta penal, ha terminado disfrazando el problema en términos lo más asexuados posible, como consecuencia de los principios, límites y garantías que rigen esta rama del ordenamiento jurídico<sup>4</sup>. Esto es lo que ha determinado el nacimiento de un movimiento doctrinal que se agrupa bajo la denominada “jurisprudencia feminista”, cuyo objetivo no ha sido otro que la crítica a la aparente neutralidad y objetividad de las leyes.

---

<sup>3</sup> Pueden verse distintos discursos feministas en: Emmenegger, S. (2001, 40); Larrauri, E. (2007, 67).

<sup>4</sup> Bergalli y Bodelón (1992, 56). En el mismo sentido: Maqueda Abreu 2006; Lorenzo Copello 2005.

### **3. El feminismo de la diferenciación en la ley orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género**

La constatación de que la asexualización de la letra de la ley penal no había producido el efecto de la des-sexualización del problema de la criminalidad, llevó al legislador – empujado por un sector del feminismo – a aprobar la Lopivg, primera ley de su especie que ha servido de modelo a muchos países iberoamericanos que han procedido a aprobar las suyas propias para luchar contra la violencia de género.

Años después de su entrada en vigor, hoy no cabe duda de que ha sido una ley muy positiva<sup>5</sup>, que ha contribuido a que haya salido a la luz (a través del aumento del número de las denuncias) parte de la cifra oculta de criminalidad porque en ella se lucha contra los factores estructurales que han forzado a muchas mujeres a preferir guardar silencio sobre la violencia – de género – sufrida, invisibilizando la silueta de un fenómeno criminal de talla grande. Con todo, según los datos oficiales<sup>6</sup>, la Lopivg no ha conseguido eliminar el problema de la violencia de género, pues cada día se interponen una pluralidad de denuncias, como reflejo de la existencia de ese problema que sin embargo, sí ha conseguido mantener dentro de unos límites; en este sentido, el valor de la Lopivg salta a relucir cuando se pregunta no ya sobre el número de denuncias interpuestas por actos relacionados con la violencia de género, sino cuando se intenta imaginar el número de casos que ha evitado si quiera que surgieran.

La reforma por ella operada fue amplia, y afectó a los ámbitos procesal (con la creación de los Juzgados de violencia sobre la mujer<sup>7</sup>), laboral (ampliando las prestaciones a recibir las víctimas trabajadoras), de la Seguridad Social (eximiendo del pago de las cuotas a los empresas que tuvieran en plantilla a estas mujeres víctimas), educativo (se incluyen en las enseñanzas regladas asignaturas referidas al respeto al principio de igualdad por razón

---

<sup>5</sup> Con independencia de las críticas que en otros momentos se han vertido a las reformas operadas en el ámbito penal, y que hoy mantenemos en su integridad. *Vid.* Acale Sánchez (2010, 61 y ss).

<sup>6</sup> Proporcionados fundamentalmente por el Observatorio Judicial contra la violencia de género y doméstica - <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero>.

<sup>7</sup> *Vid.* las reflexiones que se realizan en Acale Sánchez (2018, 26 y ss). Especialmente *vid.*, en pp. 38-42 el análisis que se lleva a cabo de cuestiones procesales como la interposición de la denuncia o la dispensa del deber de testificar de la víctima de la violencia de género de su marido o compañero sentimental.

de sexo, así como a la resolución pacífica de conflictos personales), sanitario (incidiendo en la detección precoz de la violencia) o de la publicidad (prohibiendo el uso del cuerpo de las mujeres como reclamo publicitario). A todas estas reformas deben añadirse un conjunto de medidas económicas que vinieron a ofrecer a las víctimas de este fenómeno criminal los rudimentos necesarios para salir de su casa e interponer la denuncia: ayudas económicas, acceso privilegiado a la vivienda de protección oficial así como puesta en marcha de cursos de formación específico para aquellas mujeres que por razón de su género no hubieran tenido durante su vida la posibilidad de conseguir una formación profesional que les permitiera la inserción laboral que necesariamente genera independencia económica y con ella, la autonomía material del agresor.

Junto a todas estas medidas, y con la finalidad de contribuir con el objetivo principal marcado por la ley, también se llevaron a cabo sustanciosas reformas del orden penal. Esta parte de la ley fue la más discutida en su momento porque no venía a ayudar inmediatamente a la víctima a salir de su situación, sino que se limitaba a castigar más al agresor.

## **4. El tratamiento penal de la violencia de género en el código penal español de 1995**

### ***4.1. Primera etapa: los costes del tratamiento sexualizador***

La Lopivg también procedió a modificar el Código penal con la inclusión de determinados tipos sexuales. Con el conjunto de figuras delictivas modificadas es preciso establecer tres grupos porque no todas ellas presentaban la misma problemática. En el primero se encuentra el delito de lesiones agravadas del art. 148, en el que se imponía una pena de prisión de superior a la establecida en el delito básico de lesiones del art. 147<sup>8</sup> «atendiendo al resultado causado o al riesgo producido», si (4ª) «la víctima fuere o hubiera sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia», y si (5ª) «la víctima fuera una persona especialmente

---

<sup>8</sup> El art. 147 hoy castiga al «que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental... siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico».

vulnerable que conviva con el autor». Como ha tenido ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 52/2010, de 4 de octubre de 2010 la imposición de más pena en este caso no se produce siempre, sino atendiendo a los criterios del «resultado causado» o al «riesgo producido», lo que permite amortiguar los efectos de una aplicación mecánica.

En el segundo grupo se incluiría el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 impuesto en procesos criminales en los que el ofendido sea «alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2», esto es, los miembros de la unidad familiar. El hecho de que se imponga la misma pena en el caso de que se quebrante una condena que haya sido impuesta por la comisión de un delito de violencia doméstica, con independencia del sexo de los sujetos activos y pasivos, evitó cualquier disparidad de trato.

Las otras tres figuras delictivas presentaban una estructura semejante y, por ende, una problemática también semejante. Así, los arts. 153, 171 y 172 imponían más pena al hombre que maltratara, amenazara o coaccionara levemente a la mujer que es o ha sido su esposa o compañera sentimental, llegaran o no a compartir domicilio, que a la mujer que maltratara, amenazara o coaccionara levemente a su marido o compañero sentimental si éste no era una persona especialmente vulnerable que además conviviera con la autora en el momento de realización de los hechos. Se presumía pues *iures et de iure* la especial vulnerabilidad de la mujer, mientras que cuando se tratara de un hombre víctima de violencia a manos de su esposa o compañera sentimental, era necesario probar *iuris tantum* la especial vulnerabilidad y la convivencia<sup>9</sup> para que se le impusiera la misma pena que, en cualquier caso le correspondería al hombre que llevara a cabo ese comportamiento contra su mujer pareja.

La primera de las Sentencias en las que el Tribunal Constitucional analizó la reforma penal operada por la Lopivg fue la Sentencia 81/2008, de 17 de julio, en la que sentó las bases de la declaración de constitucionalidad de toda la ley y que fueron repetidas a posteriori en una pluralidad de sentencias, que venían a responder a las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por los Jueces y Tribunales que tuvieron que aplicar esos delitos por primera vez. Esa declaración de constitucionalidad no fue sin embargo

---

<sup>9</sup> Vid. críticamente Acale Sánchez (2007, 17 y ss).

gratuita, sino que se produjo al coste de dejar sentada una imagen victimista de la mujer, un ser necesitado siempre y en todo caso de una especial protección presumiendo en todo caso su especial vulnerabilidad.

En efecto, esa declaración de constitucionalidad parte de la presunción *iuris et de iure* de que todas las mujeres, desde el momento en el que establecen relaciones sentimentales con los hombres, son más vulnerables que éstos al dejar sentado que el sexo de los sujetos activos y pasivos es “causa” de la mayor ofensividad de la conducta, no mero factor que incrementa el riesgo, sin admitir la prueba en contra (Larrauri Pijoán 2007, 13)<sup>10</sup>. Y una vez que se parte de esa vulnerabilidad colectiva del sexo femenino, se llega a afirmar necesariamente que la víctima de la violencia de género no sería ya la concreta mujer que ha sufrido en sus carnes los actos de violencia, sino el género femenino y que autor del delito no sería ya el hombre que en particular ha llevado a cabo los actos constitutivos de delito, sino todo el género masculino. Con ello, se sobrepasa la perspectiva de la responsabilidad individual que como es sabido es la que se liquida en el ámbito penal. Y se consagra a su vez una segunda presunción *iuris et de iure*: la pertenencia al género femenino determina la mayor vulnerabilidad de las mujeres, lo que justifica la ultra protección (Maqueda Abreu 2006, 10).

Muy por encima pasó el Tribunal Constitucional sobre la espinosa cuestión de la selección de las figuras delictivas llevada a cabo por la Lopivg que vieron sus penas agravadas, en la medida en que como se ha visto, si bien se centraron en lo que podríamos determinar la violencia de género con víctima superviviente de más baja intensidad (lesiones, mal trato, amenazas y coacciones leves), se mantuvieron inalteradas las penas de los delitos más graves como los homicidios, agresiones sexuales o delitos de detenciones ilegales que son figuras delictivas que tienen lugar repetidamente en contextos de violencia de género. El Tribunal Constitucional se limitó a afirmar en su Sentencia 81/2008, de

---

<sup>10</sup> En el mismo sentido que la Sentencia comentada se manifestó antes Faraldo Cabana (2006, 90), al afirmar que se protege «la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política... en fin, a través de la imposición de roles familiares tradicionales», a lo que añade que no se trata de proteger – más – a la mujer por «el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida en que se encuentra cuando el hombre con el que está o ha estado vinculada sentimentalmente ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la relación en su caso le proporciona».

17 de julio – repitiendo el argumento el resto de sentencias que se pronunciaron sobre la reforma penal operada por la Lopivg – que esa selección legislativa es fruto de una decisión de política criminal que le corresponde hacer al legislador en exclusiva en virtud de su legitimidad democrática, recordando que la Lopivg se aprobó por unanimidad de todos los Partidos Políticos en el Parlamento.

A este argumento añadió otro de indudable pragmatismo, al afirmar que frente a las conductas de lesiones, maltrato, amenazas y coacciones que estaban castigadas con penas de corta duración, los homicidios, detenciones ilegales y delitos contra la libertad sexual están suficientemente penados en el Código penal, por lo que no era necesario proceder a agravar más sus penas. El argumento sin embargo no se sostiene desde el punto de vista del bien jurídico protegido, en la medida en que éste quedaría desprotegido cuando se causaran esos resultados más graves: desde otra perspectiva, también puede observarse que resulta un tanto cuestionable que el género femenino se lesione sólo cuando se causa una lesión o un mal trato sin lesión, o cuando levemente se amenaza con causar la muerte, y no cuando se mata a la concreta mujer históricamente objeto de violencia. Quizás en el proceso de selección de las concretas conductas que han visto sus penas agravadas se está poniendo de manifiesto que el legislador pensó en el riesgo de que, tras unas amenazas o un mal trato leve, se produjera posteriormente un atentado contra la integridad física o la vida de esa concreta mujer descontextualizada del histórico momento que le ha tocado vivir. Esto es, no se trataría más que de meras presunciones legales, de sospechas, de que en otra ocasión puede llegar a matar a la mujer. Pero los delitos de sospecha en un Estado social y democrático de derecho – que en lo penal se traduce en el principio del Derecho penal de hecho – han de quedar proscritos.

En este sentido, llama la atención el hecho de que en la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, el Tribunal Constitucional calificara en varias ocasiones como «intolerable» la violencia que sufre la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja. Con ello, quizás se olvidaba que no se le preguntaba si es o no «tolerable» dicho fenómeno, en eso se estaba – y se está – completamente de acuerdo: lo que se le preguntaba era si es o no «*constitucional*». Y su respuesta, en este punto, no fue tan clara, ni tan rotunda, en la medida en que alegó sencillamente que no es su misión suplir la «competencia exclusiva del legislador», dada la legitimidad democrática de éste. A pesar de que pueda parecer obvio que

sólo al legislador compete la elaboración del catálogo de bienes jurídicos a proteger y la sanción de los mismos, olvidaba el Tribunal Constitucional que en un Estado social y democrático de derecho, solo él puede declarar si una ley es además de “democrática”, de “derecho”, que fue precisamente lo que se le había preguntado<sup>11</sup>.

#### **4.2. Segunda etapa: la vuelta a la des-sexualización de los tipos penales**

Frente a la apuesta sexualizadora de la Lopivg, con posterioridad la LO 1/2015 ha incluido nuevos delitos sin sexualizar su letra en unos fenómenos que criminológicamente sí están sexuados: se trata de los delitos de matrimonios forzados del art. 172 bis, que debe relacionarse con una de las nuevas modalidades del delito de trata de seres humanos del art. 177.e) cuando la trata se lleve a cabo con ese fin; el delito de *stalking* art. 172 ter; el delito contra la intimidad del art. 197.7; y el nuevo delito de quebrantamiento de condena del art. 468.3. Se trata en todos estos casos de formas delictivas que se inscriben en sentido amplio en el ámbito de la violencia de género.

El ejemplo más claro de lo que se quiere decir es el nuevo delito contra la intimidad del art. 197.7, en el que se agrava la pena indiferenciadamente:

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, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa (art. 197.7).

A lo que ha de añadirse el hecho de que la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha incorporado al listado de delitos de los que es competencia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, los delitos contra la intimidad. En este sentido, el hecho de que no se haya hecho expresa referencia al hombre o

---

<sup>11</sup> No es ésta sin embargo la única sentencia en la que el Tribunal Constitucional que es el poder legislativo el que tiene que entrar a analizar la proporcionalidad entre la conducta y su sanción: es más, esta afirmación es constante en la jurisprudencia constitucional. Véase el análisis que realiza sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional De la Mata Barranco (2007, 29 y ss).

a la mujer víctima del delito, sino al «cónyuge [o] persona que esté o haya estado unida a él...» no ha impedido que se amplíe la competencia procesal<sup>12</sup>.

En efecto, si se centra la atención en el conjunto de hechos que han sido analizados por la jurisprudencia española en todos estos casos, sujeto activo de la conducta es un hombre, sujeto pasivo es una mujer, entre ambos existe o ha existido ya sea en el momento de la captación de las imágenes, o en el momento de la difusión y divulgación de las mismas, una relación sentimental, de la que se aprovechan para violar la intimidad de las víctimas: es decir, actúan con abuso de confianza. Se trata de actos que se realizaron al amparo de una «confidencialidad compartida<sup>13</sup>» y que son revelados por la voluntad siempre del hombre. Desde esta perspectiva, y a la vista de lo establecido en el art. 1.1. Lpivg, han de considerarse constitutivos de violencia de género los hechos a los que se hace referencia en la medida en que se producen 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», y ello con independencia de que expresamente no se haga mención a la intimidad de las mujeres en el n. 3 del mismo art. 1 cuando menciona las formas que adoptan los actos constitutivos de violencia de género, en la medida en que sin duda alguna son actos que entran dentro de la propia violencia psicológica a la que en sentido amplio se hace referencia<sup>14</sup>.

Si a los nuevos delitos no sexuales pero dirigidos a proteger formas claras y comunes de violencia de género, se le unen los delitos de mutilación genital<sup>15</sup> o los relativos a la prostitución, se puede comprobar cómo existen más delitos que castigan comportamientos constitutivos de violencia de género no sexuales que sexuales. Y la cuestión es que no se entiende muy bien cuál es el criterio que determina en unos casos sí y en otros no la sexualización. La cuestión no es baladí si se tiene en consideración estos dos argumentos: en primer lugar, porque son las primeras reformas desde 2004 en las que se vuelven

---

<sup>12</sup> Vid. Acale Sánchez (2013a, 22 y ss).

<sup>13</sup> Mata y Martín (2006, 219).

<sup>14</sup> Vid. Acale Sánchez (2006a, 63 y ss).

<sup>15</sup> Vid. Acale Sánchez (2006b, 234 y ss).

a llevar al Código conductas que entran dentro del concepto de violencia de género sin que se haya procedido a sexualizar su letra, como se hizo entonces; pero en segundo lugar, porque a los efectos de la suspensión de la ejecución de la pena se prevé un régimen especial para los casos de violencia de género.

Como se ha visto, el Tribunal Constitucional vino a garantizar la constitucionalidad de la reforma penal operada por la Lopivg con el argumento principal de que la incorporación de tipos penales sexuales en el Código penal obedece a una decisión de política criminal que solo compete al legislador, motivo suficiente a su entender para no entrar a examinar si la reforma operada se ajusta a la Constitución pues confunde lo que es un estado democrático con un estado democrático de derecho y ahí es donde debió entrar en propio Tribunal Constitucional. A la vista de las últimas reformas, parece claro el paso dado en sentido contrario.

## **5. El ánimo discriminatorio como circunstancia agravante genérica**

Las dos fases legislativas que acaban de ser analizadas, caracterizadas por apostar por dos modelos distintos y contrapuestos entre sí, se han desarrollado en el marco de un Código penal que desde 1995 contenía dentro del catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 que después de varias reformas hoy ofrece la posibilidad de tener en cuenta el móvil discriminatorio como criterio de agravación de la pena cuando se cometa el delito “por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad». Las sucesivas incorporaciones de la «identidad sexual» y de las «razones de género» vienen en cierta medida a especificar aún más el contenido o el motivo de la discriminación, pues la orientación sexual abarcaba ya la identidad sexual y las razones de género<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Crítica con la sucesiva inclusión de referentes que no añaden nada nuevo a la agravante: Maqueda Abreu (2016, 7).

Como es sabido, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal añaden un plus de injusto por incremento del desvalor de acción y/o de resultado o de culpabilidad al delito cometido por el autor<sup>17</sup>. En el caso de la circunstancia de discriminación parece que ese plus se basa en el mayor desvalor de acción de la conducta del autor, que debe probarse en cada caso, cortando en seco su aplicación de forma automática.

Pocas dudas existían tras la aprobación de la Lopivg de que se violaría el principio *non bis in idem* si a los delitos sexuales por aquélla además se les agravaba la pena en atención al móvil discriminatorio, pues en la propia definición de lo que se entiende por violencia de género en el art. 1 se incide ya en la necesidad de que los actos violentos se produzcan «como manifestación de la discriminación». En este sentido, aunque como posteriormente diría el Tribunal Constitucional, la comisión de cualquiera de esos tipos sexuales no exige la particular prueba de ningún elemento subjetivo especial del tipo de injusto, la base discriminatoria conforma el propio fenómeno de la violencia de género<sup>18</sup>. Pero si agravar la pena por el móvil discriminatorio en los delitos sexuales por la ley violaría el principio *non bis in idem*, nada impedía la agravación en el resto de delitos en los que la discriminación no fuera elemento del tipo, como en el homicidio, la violación, las detenciones ilegales o las coacciones y amenazas graves. Sin embargo, no lo ha entendido así la jurisprudencia, que no la ha aplicado en ninguno de los delitos de homicidios, violación, detenciones ilegales, coacciones y amenazas graves desde 2004 hasta la reforma operada en 2015, que al visibilizar más el “género” y las “razones de género” ha dado pie a una construcción jurisprudencial del feminicidio en España.

En esta línea se pronunció por primera vez la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo 18/2017, de 20 de enero de 2017 que condenó a un sujeto como autor de un delito de asesinato con alevosía y con las agravantes de discriminación por desprecio de género y por parentesco por matar a la mujer con la que tenía establecida una relación sentimental: en vida, la arruinó económicamente, la aisló de su familia y de sus amistades, «manteniéndola asilada y sometida, ejerciendo un control absoluto sobre la misma en todos los

---

<sup>17</sup> Muñoz Conde y García Arán (2015, 509 y ss); Berdugo Gómez de la Torre, y otros (2016, 395 y ss).

<sup>18</sup> Por todas ver la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/2008, de 14 de mayo.

aspectos de su vida, tanto afectivo como familiar, imponiéndole su criterio en lo referente a las relaciones sociales y cuestiones económicas, anulando su capacidad de decisión». Abierta así la posibilidad de hacer frente al desvalor específico inherente de los casos de violencia de género, bastaba el transcurso del tiempo para que la jurisprudencia recurriera como criterio de agravación de la pena a la discriminación en los delitos no sexuales de detenciones ilegales o agresiones sexuales. Y así ha sido en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca 4/2018, de 6 de febrero ARP/2018/213 y en la de la Audiencia Provincial de Valladolid 175/2017, de 29 de mayo ARP/2017/806, que han agravado la pena por el móvil discriminatorio en dos casos de agresiones sexuales hacia la mujer.

Pero en el fondo, el debate es mucho más profundo de lo que sugieren estas sentencias porque la cuestión es si una vez que se ha incluido expresamente en el art. 22.4 la referencia a las «razones de género», tiene sentido seguir castigando expresamente en los arts. 148.5, 153.1, 171.5 y 172.2 las lesiones, maltrato, amenazas y coacciones leves que lleve a cabo el hombre sobre la mujer con la que está o estuvo unido sentimentalmente con independencia de la convivencia. Imaginemos por un momento qué ocurriría si no existieran estas figuras y fuera necesario determinar la pena que le correspondería a un hombre por maltratar a su esposa: por ejemplo, en el art. 153 se trataría de imponer una pena de prisión de 3 meses a 1 año que con la concurrencia de la agravante de discriminación, daría lugar a la imposición de la pena en su mitad superior, esto es de 7 meses y medio a 1 año, siendo así que la pena que hoy establece el art. 153 es la de prisión de 6 meses a 1 año, beneficiando al autor a efectos de pena porque la criminalización expresa debe ser determinante de la resolución de ese concurso de normas a favor de la ley especial. Debe recordarse por otra parte que el Tribunal Constitucional ya dejó sentado en las sentencias emitidas con ocasión de las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas contra la Loppvg que el legislador había decidido agravar la pena de los delitos de lesiones, maltrato, amenazas y coacciones leves y no los de homicidio, violación o detenciones ilegales por estar estos últimos suficientemente penados (pueden verse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 52/2010, de 4 de octubre, 41/2010, de 22 de julio y 45/2010 de 28 de julio). Pues bien: la aplicación de la circunstancia genérica de discriminación iría precisamente en esta misma línea de castigar más al agresor. La única diferencia entre la aplicación de los tipos neutros con la agravante de discriminación y los tipos sexuales es

que en estos últimos el móvil discriminatorio no hay que probarlo especialmente, sino que es parte de la base sobre la que se levanta el propio concepto de violencia de género y en el ámbito de la circunstancia de agravación del art. 22.4 se requiere el móvil de discriminación que lógicamente ha de ser objeto de prueba durante el proceso<sup>19</sup>.

Si se tiene en consideración que durante la tramitación parlamentaria de la Lopivg hubo un sector doctrinal<sup>20</sup>, que defendimos la inclusión de una agravante genérica de discriminación por razón de género, que fuera aplicable cada vez que se actuara con el móvil discriminatorio<sup>21</sup> y que esta línea es la que se ha abierto en el ordenamiento jurídico español a partir de la reforma de la circunstancia de agravación de discriminación a través de la LO 1/2015, puede decirse que al día de hoy existe una duplicidad dentro del ordenamiento jurídico español que debe ser corregida *de lege ferenda*.

## 6. Primeras conclusiones

Las lecturas en clave feminista que se han hecho en estas páginas permiten concluir afirmando que al día de hoy, el Código penal español carece de modelo de intervención que justifique las opciones de política criminal que subyacen a su articulado, en la medida en que la opción sexualizadora de los tipos penales adoptada en 2004 se ha abandonado en 2015, al incorporarse al Código figuras delictivas no sexuadas para hacer frente a un segmento de la criminalidad que criminológicamente se encuentra completamente sexuada: en las manos del legislador está pues la opción de modelar el contenido del Código penal para hacer frente a la violencia de género cuyas manifestaciones abarcan una pluralidad de conductas y frente a las que al día de hoy ofrece respuestas distintas. Bastaría con analizar las modalidades de violencia de género recogidas en el Convenio de Estambul

---

<sup>19</sup> Como señala la jurisprudencia, Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 419/2012 de 10 mayo. JUR 2012\210146 «el tipo aplicado, no exige la concurrencia de ningún otro ánimo especial o distinto referido a la prueba de cuáles hayan sido las razones últimas en el obrar del sujeto, que son ajenas al proceso penal, como en el resto de las infracciones penales, salvo en las que así se disponga, de forma expresa, sino únicamente que se acredite que objetivamente y de forma intencionada y voluntaria, ha perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal, y le ha aparejado una pena determinada».

<sup>20</sup> *Vid.* Acale Sánchez (2006a, 411).

<sup>21</sup> Que, por otra parte, es lo que posteriormente ha establecido el art. 46 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, más conocido como el Convenio de Estambul.

cuyo listado se incluye en los arts. 33 a 40 (la violencia psicológica, el acoso, los matrimonios forzados, la violencia física, sexual – incluida la violación, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y la esterilización forzosa y el acoso sexual) y comprobar el tratamiento disperso que le otorga a cada una de ellas el Código penal español para concluir que, aunque todas ellas son constitutivas de delito, lo son de distinta forma y sin el respaldo homogéneo del tamiz de la “violencia de género”.

Con esa finalidad de acabar con la disparidad de tratamiento, la opción *de lege ferenda* parece clara: o eliminar la referencia expresa a la mujer como víctima de los arts. 148, 153, 171 y 172 o incluirla en los arts. 172 bis, 177 e), 172 ter, 197.7 y 468.3. Lo que carece de sentido es mantener dos modelos tan distintos. En esta línea, debe subrayarse el hecho de que quizás los tipos penales que sexualizaron la letra de la ley penal en 2004 (148, 153, 171 y 172) hoy están ya amortizados y no se produciría desprotección alguna de las víctimas con su derogación, en la medida en que, como se ha señalado anteriormente, recurriendo a la circunstancia agravante de discriminación, sería posible castigar al hombre que maltrate, lesiones, amenace o coaccione de forma leve a la mujer con más pena que la que hoy permiten esos tipos penales que castigan expresamente esas conductas.

Ahora bien, una vez que el legislador español ordene el contenido del Código penal en atención a la decisión que tome, sin más, no estará garantizado un diálogo coherente entre el feminismo y el Derecho penal: la teoría del delito y de la pena, más allá de los delitos en particular en los que se aborde la violencia de género, ofrece la posibilidad al aplicador del derecho de incorporar el género como un criterio más de análisis y disección de la realidad criminal a través del análisis teórico y la revisión crítica feministas.

En cualquier caso, la existencia de estas leyes está poniendo de manifiesto un rechazo formal a la consagración de resquicios de desigualdad, la interpretación de la ley y que incluso en ese marco, es posible que se dé pie a situaciones indirectamente discriminantes, por revictimizantes siempre de las mujeres víctimas sean «expuestas» a la investigación judicial invasiva de su privacidad. Esto determina la necesidad de que nuestro legislador se replantee la actual regulación de delitos, como los que atentan contra la libertad sexual, porque están causando un daño colateral a la víctima de unos delitos tan graves que difícilmente pueden ser compensados con la preservación de la presunción de inocencia de un

agresor que simultáneamente admite como un dato que muestra su hombría la publicidad de los actos que ha practicado con la víctima y que en muchas ocasiones no se niegan: los presenta con motivo de satisfacción, aunque eso sí ponga en tela de juicio el consentimiento de la víctima.

Con todo, mayor preocupación despierta la labor de interpretación del derecho desde una perspectiva de género por parte de la jurisprudencia, que a través de la lógica judicial está llamada a aplicar la ley al caso concreto, porque además de ser una cuestión que permite que permeen en la lógica judicial prejuicios del propio juzgador, en una modalidad de violencia muy difícil de abarcar porque en muchos casos su contorno no está nítidamente definido, y sus características se pierden entre matices, sombras y perfiles aparentemente secundarios a los que no siempre se les presta la atención debida por falta de conocimiento del propio fenómeno de referencia, la Escuela judicial no ofrece una formación específica que forme a sus estudiantes para desarrollar en el marco del ordenamiento jurídico, destrezas, capacidades y habilidades que le permita sin vulnerar la presunción de inocencia del agresor, empatizar con la víctima, resultado que se alcanza después de un largo proceso que como los idiomas o el deporte, requiere práctica y musculación. En esta misma línea, no se conocen bien los esfuerzos que se están llevando a cabo los Colegios de Abogados para evitar el ejercicio masculino de la profesión<sup>22</sup>.

La finalidad que debe alcanzarse es la de evitar la revictimización: de lo contrario, volcaremos nuestros reproches contra mujeres que quieren poder tomar decisiones porque son libres, obligándolas a estar siempre en posición de alerta.

---

<sup>22</sup> Entre las últimas sentencias, las que han llamado más la atención son las de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018 (que ha castigado a cinco hombres como autores de un delito de abuso sexual, no de violación), y la 141/2018, de 23 de octubre (en la que se termina castigando por un delito de maltrato del art. 153 a un hombre que en presencia de sus hijos pequeños intentó matar a su esposa pero desistió ante la petición de su hija: la acusación había calificado los hechos como tentativa de asesinato).

## Referencias bibliográficas

- Acale Sánchez, M. (2018), *Interpretación judicial del Derecho penal desde la perspectiva holística del género*, en «Jueces para la Democracia», n. 92, pp. 26-43.
- Acale Sánchez, M. (2013a), *Derecho penal, imagen e intimidación: especial referencia a los procesos de victimización de las mujeres*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», n. 10, pp. 13-64.
- Acale Sánchez, M. (2013b), *Justicia penal y género*, en «Revista Electrónica de Direito Penal AIDP-GB», julio, vol. 1, pp. 218-246.
- Acale Sánchez, M. (2010), “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en Luz Puente Aba (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, pp. 61-117.
- Acale Sánchez, M. (2007), *La discriminazione per motivi di “genere” verso le donne nel codice penale spagnolo*, en «Critica del Diritto», n. 1, pp. 16-41.
- Acale Sánchez, M. (2006a), *La discriminación hacia la mujer por razón de género*, Madrid, Reus.
- Acale Sánchez, M. (2006b), *Inmigración y nuevas formas de delincuencia: mutilación genital y tráfico ilegal de personas*, en «Revista Galega de Seguridade Pública», n. 8, pp. 228-275.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros (2016), *Curso de Derecho penal. Parte General, ed. Experiencia*, Barcelona.
- Bergalli, R. y Bodelón, E. (1992), *La cuestión de las mujeres y del derecho penal simbólico*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», n. IX, pp. 43-64.
- Cobo del Rosal, M. (1967), *Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», tomo XX, fasc. 1-2, pp. 147-157.
- Cobo del Rosal, M. (1963), *El bien jurídico en el delito de adulterio*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», Tomo XVI, fasc. 3, pp. 510-540.

- Cugat Mauri, M. (1993), *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, en «Jueces para la Democracia», n. 20, pp. 73-83.
- De la Mata Barranco, N. (2007), *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant.
- Emmenegger, S. (2001), “Perspectiva de género en Derecho”, en Hurtado Pozo (dir.), *Derecho penal y Discriminación de la mujer, Anuario de Derecho penal 1999-2000*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 37-50.
- Faraldo Cabana, P. (2006), *Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*, en «Revista Penal», n. 17, pp. 72-94.
- García Albero, R. (2004), “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones”, en VVAA, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de Constitución Española*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, pp. 449-492.
- García Amado, J.A. (1992), *¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», n. IX, pp. 13-42.
- Larrauri, E. (2007), *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, Trotta.
- Laurenzo Copello, P. (2005), *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*, en «Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología», Recpc 07-08/2005) - <https://criminet.ugr.es/recpc.1>.
- Maqueda Abreu, M.L. (2016), *El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015*, en «Cuadernos de Política Criminal», n. 118, pp. 5-42.
- Maqueda Abreu, M.L. (2006), *La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social*, en «Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología», Recpc 08-02/2006) - <https://criminet.ugr.es/recpc>.
- Mata y Martín, R. (2006), *La protección penal de datos como tutela de la intimidad de las personas. Intimidad y nuevas tecnologías*, en «Revista Penal», pp. 217-235.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015), *Derecho penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Gallardo, R. (1995), *El ius puniendi en los delitos de adulterio (análisis histórico-jurídico)*, en «Revista de Derecho Penal y Criminología», n. 5, pp. 881-930.