

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICO-PENALES CONTENIDOS EN EL PACTO DE ESTADO CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO(*)

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR(**)

SUMARIO: I. LOS TRABAJOS PRELIMINARES PARA ALCANZAR UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO.– II. EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (TEXTO REFUNDIDO DE 13 DE MAYO DE 2019): LAS PROPUESTAS PENALES DE REFORMA.– III. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: El objetivo que tiene este trabajo se centra en analizar el Pacto de Estado contra la violencia de género, que tiene como misión actualizar las medidas de protección integral contra la violencia de género que existen desde la Ley Orgánica 1/2004 y consolidar el consenso que rodeó la aprobación de esa ley. Se estudian las medidas de naturaleza penal previstas en el Pacto en cuya elaboración se ha prescindido de la opinión experta de los penalistas y ello deriva en que no siempre están suficientemente fundamentadas las modificaciones legales que se proponen. En unos casos porque carecen de la sistemática necesaria que haga que el Código penal resulte coherente y consecuente en la regulación de la violencia de género, en otros porque se oponen o ponen en cuestión principios consolidados en el Derecho Penal.

Palabras clave: violencia de género; violencia contra la mujer; Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Abstract: The aim of the paper is to analyze the State Pact against gender violence, whose mission is to update the comprehensive protection measures against gender violence that exist since Organic Law 1/2004 as well as to consolidate the consensus that prompted the approval of that law. The paper assesses the measures of criminal nature provided for in the Pact which have been elaborated without taking into consideration the expert opinion of criminal law academics. Therefore, the proposed legal modifications are not always sufficiently substantiated. In some cases, because they lack the necessary systematic to make the Penal Code coherent and consistent with the regulation of gender

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 11 de febrero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 1 de marzo de 2021.

(**) Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza. Investigador responsable del Grupo de Estudios Penales en cuyo marco y objetivos de la investigación se realiza esta contribución.

violence, and in others because they oppose or challenge some principles consolidated in Criminal Law.

Key words: gender violence; violence against women; State Pact against Gender Violence.

I. LOS TRABAJOS PRELIMINARES PARA ALCANZAR UN PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: ASPECTOS DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Partiendo del reconocimiento de que la violencia de género es uno de los principales problemas que sufre nuestro país y de la necesidad de recuperar el consenso de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una Proposición no de Ley, con fecha 15 de noviembre de 2016, en la que se instaba al Gobierno a suscribir un Pacto de Estado en materia de violencia de género. A tal fin se estableció la creación en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de una Subcomisión para elaborar un informe con la finalidad de analizar los problemas que presenta la LO 1/2004, atender a las recomendaciones de los organismos internacionales y efectuar propuestas de actuación que incluyeran reformas legales, para lo cual ante dicha Subcomisión comparecieron 66 personas expertas.

Paralelamente, la Comisión de Igualdad del Senado decidió, el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia de estudio para elaborar estrategias contra la violencia de género, y en ella comparecieron un total de 52 expertas y expertos en las muy diversas materias que se insertan en la LO 1/2004, asistenciales, educativas, psicológicas, médicas, procesales, penales, policiales, etc., tanto de ámbitos institucionales como asociativos. Algunos comparecientes, también del ámbito universitario, se pronunciaron en varias ocasiones sobre cuestiones estrictamente penales, efectuando propuestas de ampliación o creación de nuevas tipologías delictivas y/o de sus respectivas respuestas penales. Sin embargo, llama la atención la práctica total ausencia de penalistas del ámbito universitario que pudieran aportar una visión desde la ciencia o desde la dogmática del Derecho Penal (1)/ (2).

(1) Exceptuado el caso de la compareciente D.ª María Gavilán Rubio, Jueza Sustituta de la Comunidad de Madrid y Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal en el Real Centro Universitario María Cristina, a quien concretamente se deben las propuestas de reformar el art. 21.4 CP para suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, así como la de modificar los arts. 48 (para que pueda suspenderse la custodia compartida cuando se esté tramitando un proceso de violencia de género en el que se haya dictado orden de protección) y 187.1 (para tipificar el proxenetismo en todas sus formas).

(2) Lo que, como señala VILLACAMPA ESTIARTE, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 229, agranda todavía más

Entre las cuestiones penales, planteadas en el seno de ambas subcomisiones del Congreso y del Senado, una de ellas versaba sobre la necesidad de eliminar la exigencia de elementos subjetivos para apreciar los tipos de violencia de género, algo que finalmente no fue recogido en el Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género, de 13 de mayo de 2019, posiblemente porque la jurisprudencia del TS ya se había encargado de dicha cuestión a raíz de la doctrina emanada de la STS 677/2018, de 20 de diciembre. A partir de la misma se excluye absolutamente la necesidad de un componente subjetivo o elemento intencional en la comisión del delito del art. 153.1 CP (violencia de género ocasional). El ponente de la citada sentencia, D. Vicente Magro Servet, fue uno de los comparecientes que abogó por «la supresión del elemento subjetivo», no tanto por la previsión expresa de ese elemento en el delito cuanto porque alguna jurisprudencia lo había exigido con anterioridad para apreciarlo. Dicha propuesta fue incluida con el n.º 242 en el informe del Senado bajo el título «supresión del elemento subjetivo para la apreciación del delito», y en ella se sugería incorporar a los artículos pertinentes del Código penal la redacción «*con cualquier fin*» o «*con independencia del fin perseguido*», coincidiendo esta propuesta con la del documento de estudio del C.G.P.J del año 2016 sobre la aplicación de la LO 1/2004, que se expresaba en el mismo sentido (3). Con ello se habrían solventado las cuestiones de carácter subjetivo relacionadas con los tipos de violencia de género, dejando en cambio sin respuesta las de carácter objetivo (si debería exigirse en el caso concreto para estimar concurrente el delito, la existencia de una posición de dominio, poder o desigualdad entre hombre y mujer, lo que la jurisprudencia más reciente del TS también ha descartado). Aunque finalmente el Pacto de Estado prescindió de esta propuesta legislativa por resultar innecesaria, dada la posición interpretativa últimamente adoptada por el TS, podemos repasar alguno de los argumentos de quienes rechazaban que fuera exigible la intención subjetiva de subyugar o someter a la mujer para que exista una condena por violencia de género: «consideran fundamental que no sea necesario indagar si el agresor pretendía establecer una

«la brecha existente entre lo que la academia preconiza, con base en resultados obtenidos empleando metodología científica, y lo que la clase política, seguramente con el objetivo último de extraer el correspondiente rédito electoral, se propone hacer».

(3) *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es), entre cuyas conclusiones figuraba la no exigencia del elemento intencional de dominación o machismo en la conducta del autor. Se recordaba la existencia de una clara división interpretativa en este tema, decantándose por la opción interpretativa de la no exigencia de esa prueba, sino solo del hecho de golpear o maltratar. Urgía por ello la reforma de los tipos penales de violencia de género añadiendo la expresión «el que con cualquier intención» (pp. 203 s.).

relación de poder sobre la mujer» (4) «porque dificulta extraordinariamente que se produzca una condena» (5) o constituye una *probatio diabólica* (6). Sin embargo, por un lado, la condena está prácticamente garantizada en la medida en que, a falta de un elemento (objetivo o) subjetivo que cualifica la infracción, el hecho no queda impune, sino que entraría en aplicación el tipo básico y subsidiario (7) y, por otro lado, las dificultades probatorias no tendrían que servir como excusa para renunciar a la prueba y, en consecuencia, a la evidencia de que con ese acto se reproduce «sin la menor duda» una pauta patriarcal o machista. El problema es que esta prueba es mucho más difícil de lograr en un maltrato de obra leve y ocasional (que constituye un tipo específico de violencia de género) que en un asesinato (que no constituye un tipo específico de violencia de género). Por otro lado, la eliminación de toda referencia subjetiva en los tipos de violencia de género contrasta con la recomendación del Pacto de aplicar la circunstancia cuarta del art. 22 del Código penal (motivos discriminatorios por razones ... de género) «*en todos*

(4) Comparecencia en el Congreso de Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), obrante en el documento de Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados del informe de la Subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para un Pacto de Estado en materia de violencia de género (en adelante informe de la Subcomisión), p. 49; la misma sugerencia de eliminación del elemento subjetivo —«afán de dominación»— y, por consiguiente «extender el elemento objetivo a todos los tipos delictivos de violencia de género» formuló en su Comparecencia en el Senado, obrante en el documento «Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género», aprobado por la Comisión de igualdad del Senado, en su sesión de 28 de julio de 2017, p. 15. En igual sentido la comparecencia en el Congreso de Paloma Marín López (Magistrada, ex Secretaria Técnica del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ), proponiendo la adición a los tipos penales concernidos (esto es, las manifestaciones más leves de la violencia de género) del inciso «con cualquier fin», obrante en el informe de la Subcomisión, p. 53.

(5) Comparecencia en el Congreso de Ángeles Carmona Vergara (Presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 25; la misma sugerencia de supresión del elemento subjetivo —«afán de dominación»— en todos los tipos delictivos relacionados con la violencia de género efectuó en su Comparecencia en el Senado, obrante en el documento «Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género», p. 11.

(6) Comparecencia en el Senado de Mercé Claramunt Bielsa (abogada especialista en violencia de género), obrante en el documento «Informe de la ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género», p. 20.

(7) Teóricamente en el caso del art. 153.1, sería el art. 153.2, ambos perseguibles de oficio. Otra cuestión es que el tenor literal de ambos preceptos se encuentra redactado en modo de exclusión recíproca (por lo que, aparentemente, de no apreciarse el tipo del art. 153.1, el hombre respondería tan solo de un delito leve —art. 147.2 y 3— perseguible mediante denuncia), si bien, el voto particular de la STS 677/2018 considera que no es la única interpretación posible y que el art. 153.2 sería aplicable a ambos integrantes de la pareja, cualquiera que fuera su sexo.

los casos en el que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión sexual y abuso sexual» (8). Tanto en éstos como en todos los delitos en los que se proponga la circunstancia de razones de género es difícil prescindir de la motivación como elemento que sustenta la agravación (9).

Un segundo aspecto destacable de las comparecencias en el seno de las Subcomisiones del Congreso y del Senado fue la recurrente deturpación del concepto de violencia, al ampliarse hasta extremos sinuosos que resultan incompatibles con su concepto jurídico-penal o que lo desbordan. Se afirmó en primer lugar que «el término violencia implica conductas que rebasan el nivel de lo aceptable», hasta el punto de poner de manifiesto que se debate si en el «micromachismo» hay violencia (10). Se emplearon numerosas variantes adjetivas de la violencia. Así, la expresión «violencia virtual» se utilizó para referirse a comportamientos violentos entre menores y adolescentes agravados por el uso de nuevas tecnologías (11), y la de «violencia de género digital» para aludir a la «sextorsión» o a la «pornovenganza» y al control de las adolescentes en las redes sociales por parte de sus parejas o exparejas (12); sin embargo, al margen de que la denominada «ciberdelincuencia de género» constituya en el futuro un tipo penal independiente (13), el carácter violento de tales conductas resulta forzado. Otra variante de dudosa naturaleza penal fue la de «violencia corporal» en el ámbito laboral, subyacente al hecho de exigir a la mujer vestir de una determinada manera (14). No menos elocuente con relación a los delitos sexuales resulta la locución «violencia expresiva», en el sentido de que «el violador en realidad se dirige a otros hombres en una especie de rito que

(8) Propuesta de actuación n.º 92 del Informe de la Subcomisión del Congreso.

(9) A favor incluso de introducir expresamente en los tipos de violencia de género el elemento anímico de la discriminación como presupuesto de los mismos, SANZ MULAS, *Violencia de género y Pacto de Estado, La huida hacia delante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 98.

(10) Comparecencia en el Congreso de Begoña Marugán Pintos (Adjunta a la Secretaría de la Mujer de la Federación de Servicios de CCOO, Doctora en Sociología y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología), obrante en el informe de la Subcomisión, pp. 101 s.

(11) Comparecencia en el Congreso de Joaquín Pérez de la Peña (Jefe de la Unidad de coordinación contra la violencia sobre la mujer de la Delegación del Gobierno en Andalucía), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 59.

(12) Comparecencia en el Congreso de Jorge Flores Fernández (Fundador y Director de Pantallas Amigas), obrante en el informe de la Subcomisión, pp. 114 s.

(13) Comparecencia en el Congreso de María José Ordóñez Carbajal (Delegada del Gobierno para la violencia de género), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 206.

(14) Comparecencia en el Congreso de Carla Millán Peñaranda (Responsable de derechos e igualdad de oportunidades del Consejo de la Juventud de España), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 75.

tiende a demostrar su masculinidad» (15), y ello al margen o como añadido de la violencia que es inherente al hecho mismo de la violación.

Tales referencias a la violencia de género, a veces en formas sutiles y muy diversas, guardan relación con una ampliación progresiva del concepto de violencia de género en las convenciones internacionales. La definición de violencia contra la mujer contenida en el art. 3 a) del Convenio de Estambul como violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres designa «*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*». Al margen del hecho nada irrelevante de que el texto internacional no reduce la violencia contra la mujer a la que se ejerce dentro de la pareja, sino que la extiende a las violencias que tengan lugar en las relaciones hombre-mujer en comunidad en general, de acuerdo con esta definición es posible comprender como violencia de género en sentido amplio un conjunto de conductas delictivas que, aunque puedan, por ejemplo, causar sufrimientos psicológicos a las víctimas, no constituyen en nuestro Código penal un tipo que podamos denominar, ni siquiera en sentido amplio, de «violencia de género» (16), sino un delito contra la intimidad o contra las relaciones familiares, con independencia de que al mismo pueda corresponderle una circunstancia agravante de género. En el citado convenio se limitan las formas delictivas que los Estados Parte se comprometen a tipificar, a saber, violencia psicológica, acoso, violencia física, violencia sexual, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzosos y acoso sexual. Es decir, no se incorporan al convenio otros hechos delictivos que se encuentran tipificados en nuestra legislación penal como delitos comunes, aunque puedan suponer a las mujeres que sean víctima de los mismos daños o sufrimientos de naturaleza psicológica o económica que las «violentan». No obstante, con base en la definición contenida en el convenio, se proclamaron por alguno de los expertos que comparecieron en el Parlamento como formas de violencia o de perpetuar la violencia contra las mujeres conductas tales como el impago de pensiones e hipotecas (17), proponiendo, en consecuencia, que

(15) Comparecencia en el Congreso de Justa Montero Corominas (Miembro de la Asamblea Feminista de Madrid), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 144.

(16) Conviene aclarar que en nuestro Código penal, en virtud de la LO 1/2004, los «tipos o delitos de violencia de género» son únicamente cuatro (lesiones, maltrato de obra, amenazas leves y coacciones leves: arts. 148.4.º, 153.1, 171.4 y 172.2) y se reducen, además, a las relaciones de pareja presentes o pasadas.

(17) Comparecencia en el Congreso de Susana Martínez Novo (Presidenta de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 129.

el impago de pensiones (o, con la misma coherencia, el alzamiento de bienes) se reconozca como delito de violencia de género de carácter económico (18).

También desde el punto de vista demoscópico se observa una utilización más que extensiva del concepto de violencia contra la mujer, en la medida en que alguna de las conductas que se incardinan dentro del ámbito de estudio no se corresponden, aun cuando representen conductas machistas, ni con violencia de género, ni con otra clase de delito —aunque sea leve— contra las personas. Y así, por ejemplo, si atendemos a la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015, de la misma se puede colegir que aproximadamente una de cada diez mujeres residentes en España de 16 y más años ha sufrido violencia física o sexual por parte de alguna pareja o expareja en algún momento de su vida (pp. 29 y 246). De lo que ya no se puede estar tan seguro es de que se esté aludiendo en todo caso a comportamientos con relevancia jurídico-penal, tanto en lo que respecta a la violencia sexual como también a otra clase de violencias, pues algunas de las que así se califican —y sin más aditamentos— consisten en simples comportamientos machistas éticamente reprobables pero no punibles, ya que está ausente la propia «violencia» contra la persona o la «amenaza» de la misma (19).

De la exacerbación conceptual de la violencia de género se pasa a la exageración cuando se equipara la violencia de género con el terrorismo, como ocurrió entre algunos comparecientes. Es decir, pasamos de que hechos nimios puedan ser violencia de género a que toda violencia de género sea terrorismo, y ni lo uno ni lo otro resulta congruente desde un punto de vista jurídico-penal. Aun cuando por parte de algunos expertos se mencionó úni-

(18) Comparecencia en el Congreso de Filomena Peláez Solís (Presidenta del Consejo General de la Abogacía Española), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 49.

(19) Existe machismo pero no violencia: por lo que respecta a la denominada «violencia sexual», en el hecho de *mantener relaciones sexuales con la pareja sin desearlo por miedo a la reacción de la pareja, o la práctica de relaciones sexuales que la mujer encuentra humillante o degradante*; en supuestos que se clasifican como «violencia psicológica del control», en el hecho de *ignorar a la persona o tratarla con indiferencia, enfadarse si la pareja femenina habla con terceros o sospechar infundadamente de una infidelidad*; en cuanto a la «violencia psicológica emocional», en conductas como *hacer sentir mal a una persona consigo misma, asustar a propósito, por ejemplo, gritando, rompiendo cosas o mirándole de determinada forma*; y, por último en la «violencia económica», relativa a *negarse a dar dinero para gastos del hogar o no dejar trabajar o estudiar fuera de casa*. Es frecuente, como se observa, que el hecho descriptor del machismo se conciba en estos estudios demoscópicos desde el punto de vista de la comprensión de la víctima, y no tanto como descriptivo del comportamiento del autor y menos aún de la violencia que comporta. Y ello se entiende porque esos estudios no parten ni son representativos de las conductas con relevancia penal. Pero desde ese punto de vista se envía un mensaje a la sociedad que acrecienta la imagen de la violencia contra la mujer, cuando las destacadas anteriormente son ante todo conductas machistas desprovistas de significación penal.

camente la necesidad de proporcionar a las víctimas de violencia de género las ayudas que reciben las víctimas del terrorismo, otros afirmaron que la violencia de género es una forma de terrorismo. Así, por ejemplo, se empleó la expresión «terrorismo machista» como algo que debe ser considerado cuestión de Estado (20), o se efectuó un paralelismo conceptual destacando sus elementos comunes (21). Se calificó la violencia machista como un tipo más de terrorismo con el argumento de que ha causado más muertes que el terrorismo de ETA, hasta el punto de estimarla, en una nueva confusión conceptual, un «terrorismo de Estado», de modo que así puedan las víctimas acceder a los mismos beneficios que las víctimas del terrorismo de ETA (22). Aunque lo verdaderamente chocante es que el exceso verbal en el que se incurre, calificando como terrorismo la violencia de género, sea aplaudido desde la más alta magistratura (23).

Mención aparte merece la cuestión de la prostitución, pues puede ser contemplada desde el punto de vista de la violencia sexual con un claro componente de género cuando la víctima es una mujer; incluso está directamente asociada con el delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Más allá del proxenetismo y de su persecución, aunque no sea coactivo y sí lucrativo, el consumo sexual de mujeres se presenta o visualiza como una forma de violencia, según algunos expertos (24). Sin embargo, en el Pacto de Estado contra la violencia de género la prohibición de la prostitución no se aborda. La única propuesta que se efectúa al respecto consiste en desincentivar la demanda de la prostitución mediante campañas de concienciación y talleres de sensibilización dirigidos a los jóvenes (propuesta n.º 265 del Pacto).

(20) Comparecencia en el Congreso de Begoña San José Serrán (Miembro de la Plataforma 7-N contra las violencias machistas), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 95.

(21) Comparecencia en el Congreso de José María Fernández Calleja (Profesor de Periodismo de la Universidad Carlos III de Madrid, Licenciado en Historia por la Universidad de Valladolid, Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid), obrante en el informe de la Subcomisión, pp. 120 s.

(22) Comparecencia en el Congreso de Estela Sánchez Benítez (Vicepresidenta segunda del Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, CAPM), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 155. Semejante paralelismo se observó en la comparecencia de Amalia Fernández Doyague (Presidenta de la Asociación de Juristas THEMIS), p. 174, comparando el número de víctimas del terrorismo de ETA (20 anuales) con las del «terrorismo machista» (60/63 anuales).

(23) MAGRO SERVET, Prólogo al *Memento experto Violencia Machista, La Ley Digital*, Francis Lefebvre, 2019, p. 9, considera un acierto la denominación *terrorismo de género*.

(24) Comparecencia en el Congreso de Rosario Carracedo Burillo (Portavoz de la Plataforma Estatal de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución), obrante en el informe de la Subcomisión, p. 141.

II. EL PACTO DE ESTADO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO (TEXTO REFUNDIDO DE 13 DE MAYO DE 2019): LAS PROPUESTAS PENALES DE REFORMA

Los trabajos de las Subcomisiones de Igualdad en el Congreso y el Senado se nutrieron también de las aportaciones de Comisión General de las Comunidades Autónomas en el Senado y del Observatorio Estatal de violencia contra la mujer. Finalmente, el 13 de septiembre de 2017, el Pleno del Senado aprobó, por unanimidad, el Informe de la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, mientras que el 28 de septiembre de 2017 se aprobó en el Congreso sin votos en contra el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género. En ambos textos, remitidos al Gobierno, se incorporan un conjunto de propuestas de actuación para los próximos años (214 medidas en el caso del Congreso y 267 en el caso del Senado) a partir de las cuales se desarrolla el denominado «Pacto de Estado contra la violencia de género», cuya ratificación por parte de Grupos Parlamentarios, CCAA y entidades locales tuvo lugar en diciembre de 2017.

Pues bien, en el Documento refundido del citado Pacto de Estado, de 13 de mayo de 2019, dentro del Eje 2 (sobre mejora de la respuesta institucional), en su punto 2.6 (relativo a justicia), se incorporan algunas medidas en materia penal, de las cuales solo seleccionamos a continuación para comentar sucintamente las que se refieren a la materia penal sustantiva, tanto desde la perspectiva de las tipologías delictivas como de las circunstancias modificativas de la responsabilidad:

a) La n.º 102 consiste en «*ampliar el concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenidos en el Convenio de Estambul*». Esto implica, en primer lugar, que la violencia de género no se limite a la derivada de las relaciones de pareja, sino que comprenda también la realizada fuera de ese ámbito y, por tanto, en cualquier esfera social o comunitaria, pero siempre que la violencia tenga lugar por la condición femenina de la víctima (violencia contra la mujer porque es una mujer). En segundo lugar, debe distinguirse entre el concepto de «*violencia contra las mujeres*» y el de «*violencia de género*», ya que aquél, según el Convenio de Estambul, comprende no solo la «*violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*» (manifestaciones de la violencia contra las mujeres ya reconocidas como violencia de género por el art. 1.3 de la LO 1/2004), sino también los actos de violencia basados en el género que impliquen o puedan implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza económica (art. 3.a del Convenio de Estambul). Por otro lado, se acotan en el Convenio de Estambul como hechos que deben ser tipificados por los Estados parte toda una serie de delitos que no necesariamente vienen definidos por el género

del sujeto pasivo, pues salvo en dos de ellos —la mutilación genital femenina (art. 38) y el aborto y esterilización forzosos (art. 39)—, aquél se caracteriza en el resto de tipologías delictivas de modo neutral como «persona», lo que hace pensar que si se designan éstos, y no otros especialmente, es porque afectan a las mujeres de manera desproporcionada. Tras la reforma del CP de 2015 prácticamente todos esos delitos se encuentran ya reconocidos como figuras delictivas en nuestro ordenamiento jurídico, constituyan o no tipos o delitos de violencia de género, y por ello sin perjuicio en este último caso de la aplicación de la agravante de género, circunstancia que realmente permite configurar esos delitos de violencia contra la mujer (que no constituyen tipos de violencia de género conforme a la LO 1/2004) como «*violencia contra la mujer por razones de género*» (concepto diferenciado del de «violencia contra la mujer», que se recoge y define en el art. 3.d del Convenio de Estambul como «*toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*») (25).

Al margen de ello, otras medidas previstas en el Pacto incluyen la modificación o ampliación de ciertos delitos concretos pero comunes. En particular, se propone estudiar la ampliación del art. 172 ter CP (acoso persecutorio) para cubrir mejor las conductas de suplantación de personalidad (medida n.º 111), dejar de considerar como delitos leves las injurias y calumnias a través de redes sociales en el ámbito de la violencia de género (medida n.º 112), así como excluir la relevancia del consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de condena (medida n.º 118).

b) La n.º 106 reza lo siguiente: «*suprimir la atenuante de confesión en los delitos de violencia de género, cuando las circunstancias de los hechos permitan atribuir fehacientemente su autoría, siempre que se respeten los estándares de constitucionalidad en relación con el principio de igualdad*». Esta propuesta coincide textualmente con la n.º 88 contenida en el Informe del Congreso,

(25) Se trata de los siguientes comportamientos (todos ellos contemplados hoy por hoy de una u otra forma en el Código penal español): violencia psicológica (art. 33); acoso (art. 34); violencia física (art. 35); violencia sexual, incluida la violación (art. 36); matrimonios forzosos (art. 37); y acoso sexual (art. 40). Sin embargo, la medida n.º 104 aclara que la atención y recuperación, con reconocimiento de derechos específicos de las mujeres víctimas de cualquier acto de violencia contemplado en el Convenio de Estambul, y no previsto por la LO 1/2004, se regirá por las leyes integrales y específicas que se dicten al efecto de adecuar la necesidad de intervención y de protección a cada tipo de violencia. Entre tanto esto no se produzca se prevé que reciban un tratamiento preventivo y estadístico, pero «*la respuesta penal en estos casos se regirá por lo dispuesto en el Código penal y las leyes penales especiales*». Por lo tanto, a todos esos delitos del convenio, para ser considerados desde la perspectiva de género, les podrá ser de aplicación en su caso la agravante de género, aunque particular y destacadamente en los delitos sexuales y de mutilación genital femenina, como se verá más adelante.

aunque también guarda relación con la n.º 240 del Informe de la Ponencia del Senado, si bien ésta, más cautelosa, reservaba la posible supresión de la atenuante a delitos con resultado de muerte, fueran o no de género, y que, al menos, la rebaja no fuera automática por el mero hecho de declarar culpabilidad. Pues bien, prever la inaplicación de una circunstancia atenuante común inauguraría una excepción en la relativa discrecionalidad del juez para apreciar circunstancias atenuantes, ya que debe hacerlo de acuerdo a un determinado fundamento material que explique la atenuación y al cumplimiento de los correlativos requisitos legales, aunque se permite la analogía y por ello su campo de aplicación es abierto, lo que choca frontalmente con su supresión para estos delitos. La propuesta carece de precedentes, pero también de justificación, y ello al margen de los estándares constitucionales con relación al principio de igualdad, por cuanto respecto de una misma conducta el hombre se vería privado de una atenuación que sí se reconocería para la mujer al obrar de modo semejante. Por un lado, no se comprende que se pueda suprimir una atenuante respecto de todos delitos de violencia de género (recordemos que la mayoría aluden a conductas leves, puntuales y ocasionales), y no de otros que son mucho más graves, como terrorismo, asesinatos, etc. Por otro lado, la inaplicación de la atenuante —más que su supresión— *«cuando los hechos permitan atribuir fehacientemente la autoría del delito»* tendría que generalizarse para el resto de delitos comunes (tanto si la víctima es mujer como si es hombre) si se estima que no se justifica la atenuación de la pena en la medida en que deja de tener fundamento una disminución de la pena basada no solo en las menores exigencias de prevención especial, sino sobre todo en la necesidad de favorecer el funcionamiento de la Administración de Justicia, coadyuvando a la pronta resolución de las causas (26). Precisamente por estar fundada ya no en un elemento subjetivo de arrepentimiento, sino en la utilidad de la confesión, es cierto que pueden existir evidencias incuestionables que resten valor a la confesión negando un efecto atenuante a la aceptación de la evidencia. Y si bien hay que huir de automatismos en la aplicación de la atenuante ajenos a criterios teleológicos (27), sin embargo, como señala la STS 155/2004, de 9 febrero, *«la aceptación de unos hechos que, de otra forma, precisarían de una investigación, es una conducta que facilita la labor de la justicia y que, de otro lado, revela una menor necesidad de pena al suponer una aceptación del mal realizado y una colaboración en el retorno a*

(26) GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria (A propósito de una controvertida sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Sevilla)*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 193 ss., quienes añaden que la incidencia mayor o menor sobre la pena *«debería determinarse analizando el nivel de compensación que el comportamiento postdelictivo aportó respecto de la necesidad de declarar la culpabilidad del sujeto e imponerle una sanción que revoque la conmoción creada por el delito»*.

(27) GARRO CARRERA/ASÚA BATARRITA, *Atenuantes de reparación y confesión*, p. 195.

la situación de vigencia efectiva del ordenamiento jurídico», por lo que si ésta se produjo antes de conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra el autor, se dan todos los requisitos legales para apreciar la circunstancia, aunque otra cosa será cuál deba ser entonces el efecto atenuante de la circunstancia, que puede limitarse al mínimo posible en el uso del arbitrio judicial (en este sentido p. ej., SAP de Valencia, sec. 1, 455/2019, de 21 de octubre). Debe tenerse en cuenta, además, que está generalmente admitida la circunstancia atenuante análoga con relación a la confesión cuando no concurren todos sus requisitos, particularmente el cronológico, aplicando el TS la atenuante análoga si el culpable colabora con su confesión de manera activa y eficiente con los fines de la Justicia (STS 692/2012, de 25 septiembre).

c) La n.º 107 prevé «suprimir la atenuante de reparación del daño en los casos de violencia de género». La propuesta de supresión, a diferencia de la anterior, adolece de cualquier mínimo razonamiento y es tan objetable como aquélla. Aunque la reparación del daño pudiera mantener algunos efectos al margen de la atenuación de la pena (por ejemplo, para la suspensión de la pena privativa de libertad), no se explica ni justifica la posible eliminación de esta circunstancia atenuante con relación a los delitos de violencia de género (28). Con semejante ausencia de motivación podría proponerse la supresión de toda circunstancia atenuante en estos delitos, o al menos de aquellas que dependan del agresor, como la grave adicción o el arrebató u obcecación. Pero cabe preguntarse qué delitos tan graves son éstos que estarían sustraídos al régimen general de las atenuantes: ¿solo los tipos de violencia de género, que en general representan conductas leves y ocasionales, o también cualquier delito grave, menos grave o leve en el que se aprecie la concurrencia de la agravante de haber obrado por razones de género?

Por el contrario, y esto sí resulta llamativo, el Pacto de Estado contra la violencia de género no efectúa mención alguna al rechazo de que la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» puedan servir para justificar (excluyendo la pena o atenuándola) cualquiera de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Estambul (como se previene expresamente en su art. 42).

(28) La frecuencia en la aplicación de esta circunstancia y de la anteriormente mencionada en la letra b) en los delitos de violencia de género, como argumento para llegar a plantearse su supresión, es dudosa. En el *Estudio sobre la aplicación de la Ley integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales* (marzo de 2016 y accesible desde la web del Poder Judicial: www.poderjudicial.es) se indica que «confesión y reparación del daño aparecen como circunstancias atenuantes en cinco sentencias cada una (1,33% del total de sentencias condenatorias en cada caso), lo que supone una prevalencia inversa a la observada en las causas por delitos contra la vida consumados, en las que es moneda corriente la confesión y harto excepcional la reparación; divergencias que se explican fácilmente como consecuencia de la distinta gravedad de los delitos» (p. 213).

d) La n.º 108 indica *«generalizar la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 del Código Penal para los casos de mutilación genital femenina»*. Entendiendo que dicha propuesta está referida a la agravante de género, resulta controvertido cómo se puede «generalizar» la aplicación de tal circunstancia, pues la misma tendrá que ser aplicada única y exclusivamente cuando concurren sus requisitos (objetivos y subjetivos), tanto en el delito de mutilación genital femenina, como en todos aquellos, estén o no especialmente previstos en el Convenio de Estambul, en los que proceda aplicar dicha circunstancia. En principio ello será posible en la medida en que nuestro CP establece un delito de mutilación genital genérico del que puede ser autor y víctima tanto el hombre como la mujer (art. 149.2), por lo que la circunstancia de género no es inherente al delito (incluso sería aplicable a un sujeto activo mujer que realizara la conducta por razones de género).

e) La n.º 110 relativa a *«recomendar la aplicación de la circunstancia 4ª del art. 22 del Código penal, en todos los casos en los que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer, o por razones de género, en los casos de agresión y abuso sexual de los artículos 178 a 183 bis del Código Penal»* se conecta claramente con la propuesta anteriormente reseñada, aunque difieren en el verbo con que se explicitan una y otra, esto es, en aquel caso «generalizar» y en este «recomendar». Ni lo uno ni lo otro procede como materia legislativa, en tanto en cuanto la vigencia del Convenio de Estambul, de la propia circunstancia agravante de «razones de género» y de la jurisprudencia sobre la misma, hacen innecesario e inane cualquier otra medida de tipo legislativo, correspondiendo solo en sede judicial aplicar o no la agravante, al margen de recomendaciones o pretendidas generalizaciones. Pero si en este caso se recomienda también que resulte probado el elemento subjetivo de motivos machistas o discriminatorios hacia la mujer o por razones de género es porque, quizás, en las «violencias sexuales» a que se hacen referencia en los arts. 178 a 183 bis CP el contexto discriminatorio hacia la mujer resulta consustancial a esta clase de comportamientos tan sub-culturalmente condicionados, pero no lo es en cambio la motivación sexista del autor, que habría que probarla caso por caso.

f) En el n.º 113 se alude a *«incluir en la redacción del artículo 184 del Código Penal, una circunstancia específica en los delitos de acoso sexual, que debería contemplar el móvil de actuar por razones de género, atentando gravemente contra la dignidad de la mujer»*. A diferencia de los dos casos anteriores en los que se parte de la aplicación de una circunstancia agravante genérica y común a todos los delitos, respecto del delito de acoso sexual se propone insertar en el tipo una circunstancia agravante específica que no se acierta a entender de entrada, porque al margen de exigir un determinado móvil del autor, se vincula a un atentado grave contra la dignidad de la mujer. Dicho concepto jurídico indeterminado dificultaría la apreciación de la circunstancia específica, dando

lugar a preguntarse si habría que apreciar la circunstancia genérica cuando dicho atentado contra la dignidad de la mujer no fuera calificado de grave. Por ello lo lógico sería mantener una posición legislativa coherente y sistemática con todos los delitos que son calificados como violencia de género o, más ampliamente, de violencia contra la mujer, en la medida en este último caso en el que sean compatibles con la agravante de dicho nombre: o bien incluir una agravante específica en todos, o bien dejar abierta la apreciación judicial de las agravantes genéricas cuando se pruebe su concurrencia.

g) En el n.º 128 se menciona la *«modificación del Art. 22.8 del Código Penal para considerar reincidencia cuando el mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer, en consonancia con el Convenio de Estambul, abriendo la posibilidad de incluir reincidencia si el mismo hombre comete distintos delitos de esta naturaleza contra distintas mujeres»*. El Convenio de Estambul no se pronuncia sobre una definición o concepto de reincidencia que comprenda el supuesto de que un hombre cometa distintos delitos contra la misma mujer o distintos delitos de género contra distintas mujeres. Contempla únicamente en el art. 46 como circunstancia agravante, siempre que no sea de por sí elemento constitutivo del delito, «que el delito, o los delitos conexos, se hayan cometido de forma reiterada». Respecto de la propuesta de confusa redacción, la ampliación de la agravante de reincidencia, más allá de la reincidencia específica prevista en el Código penal (delito comprendido en el mismo Título del Código penal, siempre que sea de la misma naturaleza), cuando la víctima sea la misma mujer o, incluso, distintas mujeres no se justifica desde la perspectiva de género, pues cometer distintos delitos contra una misma mujer no significa automáticamente que estén presentes las razones de género que deberían subyacer a la ampliación de la circunstancia agravante. Por tanto, de estimarse necesaria una extensión de la agravante de reincidencia habría de serlo porque un mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer o distintas mujeres «por razones de género».

III. REFLEXIONES FINALES

Efectuado este rápido repaso a las propuestas prelegislativas de índole penal contenidas en el Pacto de Estado contra la violencia de género, procede indicar que, a la vista de las numerosas dudas que plantean las reformas penales propuestas, debe efectuarse una profunda revisión de las mismas y su acomodación a una política legislativa de carácter punitivo en materia de violencia de género que sea sistemáticamente coherente y que resulte acorde con los principios del Derecho Penal.

Por una parte, el legislador debe sistematizar adecuadamente la regulación de las conductas de violencia contra la mujer en el Código penal. Actual-

mente combina la existencia de tipos de violencia género específicos (esto es, delitos especiales, que son tipos cualificados pero normalmente conductas leves y ocasionales) con delitos comunes —en algunos casos verdaderos exponentes de la violencia contra la mujer, como el asesinato— a los que se puede aplicar el elenco de circunstancias agravantes con fundamento en los mismos elementos que cualifican la violencia de género, lo que comporta algunas incongruencias valorativas. Para soslayarlas dispone de otras alternativas: o bien la creación adicional (a los ya existentes desde 2004) de tipos específicos de violencia de género, que presentan el inconveniente en nuestro Código penal de que limitan su aplicabilidad a la circunstancia de que entre el sujeto activo y pasivo exista o haya existido una relación de pareja presente o pasada, o bien articular la respuesta penal a la violencia contra la mujer por razones de género —en el sentido amplio que se deduce de la normativa internacional— mediante el juego de las circunstancias agravantes (genéricas o específicas) que permiten ampliar el campo penal más allá de las relaciones de pareja. De este modo el delito se aplica en su forma cualificada o agravada siempre que la víctima sea una mujer y la conducta esté motivada por razones de género, es decir, el autor debe haber cometido delito en consideración al género femenino del sujeto pasivo. Por ello no se igualan necesariamente las violencias de género, puesto que en la mayor parte de los supuestos que tienen como sujeto pasivo a la pareja femenina —en los que se concentra un riesgo lesivo superior— es posible apreciar no solo la agravante de género, sino también la de parentesco (sin perjuicio de otras agravantes como el abuso de superioridad, etc.).

Por otro lado, al margen de si el concepto de violencia de género del Código penal debe ampliarse o no a cualquier víctima femenina o solo a aquella que sea o haya sido pareja del autor, debe procurarse no utilizar de un modo ambivalente y ambiguo el concepto de «violencia de género» o de «violencia contra la mujer por razones de género», como propicia el propio Convenio de Estambul. Un delito contra la mujer por ser mujer no tiene por qué constituir una violencia de género en el sentido actual del Código penal (esto es, hechos realizados con violencia o con la amenaza de violencia), aunque sí puede dar lugar a un delito ajeno a la violencia pero agravado por realizarse en consideración a la condición femenina del sujeto pasivo, es decir, con una motivación machista que infravalora y discrimina a la mujer. El reduccionismo del lenguaje podría acabar perturbando el correcto entendimiento de las figuras delictivas que han de ser juzgadas desde la perspectiva de género.

Además, estimar que la erradicación del fenómeno de la violencia de género es posible a través de sucesivas reformas del Código penal, por mucho que vayan acompañadas de toda clase de medidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, es demasiado ingenuo. Éste es uno de los objetivos declarados del Pacto de Estado contra la violencia de género y, pese a lo loable de la intención, depositar en el Código penal tales cargas irrealizables deriva en la

propensión del legislador a ampliar las estrategias punitivas sin medida ni auténtica reflexión, pues lo hace en el marco de una política-criminal panpunitivista contra la violencia de género. Un ejemplo de dicho proceder lo encontramos en la propuesta de suprimir atenuantes (confesión, reparación del daño) o de ampliar agravantes comunes (reincidencia), cuyo único fundamento reside en la circunstancia objetiva de que se realiza en el marco de un delito cometido por un hombre contra una mujer, contemplado desde la perspectiva del trasfondo sociológico que subyace a la diferencia de género. El modo de frenar los posibles excesos es someter las propuestas a los principios del Derecho penal, y, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, cualquier elevación de la pena tiene que pasar por el dolo y por la motivación del autor como elementos que fundamentan y modulan respectivamente la responsabilidad penal.

Cabe recordar en este sentido que el único Código Penal de los países occidentales que castiga con una pena superior al hombre que a la mujer por unos mismos hechos en ámbito relacional de la pareja es el nuestro desde 2004 mediante los tipos de violencia de género. Estos tipos, cuyo filtro de constitucionalidad fue superado, se interpretan objetivamente de acuerdo al trasfondo sociológico del comportamiento en la medida en que reproducen una pauta de dominación masculina. De acuerdo con dicha interpretación resultan ajenos a esos tipos la motivación del sujeto o la existencia de una relación de dominación en el supuesto concreto. De esta manera es posible llegar a deducir que cualquier delito de un hombre contra una mujer podría ser contemplado en el futuro *ab initio* desde la perspectiva de género, con la posibilidad de perjudicar punitivamente al autor. Ahora bien, ello solo será conforme a Derecho si se fundamenta sobre la base de las circunstancias objetivas del caso concreto y de las subjetivas del autor que evidencien relaciones de poder que subordinan a la mujer.

Por último, el Convenio de Estambul no impide, pero tampoco obliga ni sugiere que los delitos contra la mujer que describe tengan que ser cualificados con una agravación de la pena en atención al género. Su principal objetivo es asegurarse de que en todos los Estados signatarios dichas infracciones sean necesariamente tipificadas como delito (excepto la violencia psicológica y el acoso, respecto de los que cabe formular reserva para prever únicamente sanciones no penales; art. 78.3), porque les afectan a ellas de un modo desproporcionado. Recordemos que los delitos contemplados en el convenio se configuran de un modo neutral respecto al género del autor o de la víctima. Sin embargo, esto tampoco impide a las Partes la introducción de disposiciones específicas de género y, particularmente, cuando la violencia o el delito de que se trate que se ejerce contra una mujer se produce en el caso concreto «por razones de género», es decir, porque es una mujer (de acuerdo con la propia definición contemplada en el art. 3.d del Convenio de Estambul) y, por lo tanto, por una motivación machista, sexista o discriminatoria por parte del sujeto activo.