

ARTÍCULO

Una aproximación al concepto de género en Derecho Penal francés y español. De la polémica a su validez constitucional*

An approach to the gender concept in French and Spanish criminal law. From the controversy to its constitutional validity

Alicia Brox Sáenz de la Calzada¹
Área de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción 11/01/2019 | De aceptación: 03/06/2019 | De publicación: 27/06/2019

RESUMEN.

Tras varios meses de debate, Francia ha sustituido en el Código Penal la expresión “identidad sexual” por la de “identidad de género”, incluyendo por fin el concepto de género en el texto legal. Este artículo, que es una humilde reflexión sobre la utilidad de dicho reconocimiento, recoge los principales argumentos alegados durante la fase prelegislativa. He realizado el trabajo desde una perspectiva comparada, ya que el debate surgido en el país galo es semejante al que tuvo lugar en España en 2004, cuando se introdujo la perspectiva de género en el Código Penal.

PALABRAS CLAVE.

Género, Derecho Penal, Principio de legalidad, Interpretación constitucional.

ABSTRACT.

After months of debate, the term “sexual identity” stated in the French Penal Code has been replaced with “gender identity”, thus finally incorporating the concept of gender within its legal text. This article, which is a humble reflection about the usefulness of this replacement, gathers the main arguments alleged for during the pre-legislative phase. This research has been carried out from a comparative perspective, since the debate which arose in France is similar to the one which took place in Spain in 2004, when the gender perspective was introduced in the Spanish Penal.

KEY WORDS.

Gender, Criminal Law, Principle of legality, Constitutional interpretation.

* Este artículo se enmarca en el proyecto *Grupo de Referencia Laboratorio de Sociología Jurídica* (09_17R), del Gobierno de Aragón.

¹ Investigadora predoctoral F.P.U (ayuda para la Formación del Profesorado Universitario), Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Sumario: 1. Introducción / 2. El género, un concepto polémico en Derecho Penal francés y español – 2.1. Un neologismo aparentemente innecesario – 2.2. Un concepto polisémico / 3. Un término conforme a las exigencias constitucionales de ambos países – 3.1. La conformidad del “género” al principio de legalidad de las penas según el Consejo Constitucional francés: una interpretación indirecta – 3.2. La constitucionalidad de la violencia de género según el Tribunal Constitucional español: una interpretación autónoma / 4. Conclusión / 5. Referencias bibliográficas / 6. Fuentes documentales.

1. Introducción

A través de la Ley de 18 de noviembre de 2016, *Ley de modernización de la justicia del siglo XXI*², Francia ha incluido la expresión “identidad de género”³ en su Código Penal. La reforma en cuestión ha permitido sustituir la expresión “identidad sexual” de la víctima, que había sido añadida en 2012⁴ como motivo discriminatorio punible para sancionar las agresiones transfóbicas, por una expresión más acertada como la citada⁵, incorporando, por fin, el término “género” al texto penal.

Hasta entonces, a diferencia del Código Penal español, cuyo texto, desde la polémica Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, asume cierta perspectiva de género⁶, en Francia, hasta esta reciente Ley de 2016, ni el término género aparecía en el

² Ley n° 2016-1547, *Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle*.

³ Según la guía del Defensor del Pueblo francés, la “identidad de género” recién codificada ha de entenderse como “la experiencia íntima y personal de su género vivida por cada individuo. Más concretamente, la expresión hace referencia al sentimiento de pertenencia al género masculino y/o femenino. La mayoría de las personas tienen una identidad de género conforme a su sexo. Son *cisgénero*. Sin embargo, en ciertas personas, el sexo atribuido al nacer no se corresponde a su identidad de género. Se trata de personas transidentitarias [...]. Es preferible la expresión “identidad de género” -usada en la actualidad en derecho francés de la no discriminación- a la de “identidad sexual”, con el fin de evitar una confusión con la orientación sexual y para no limitar la transidentidad a una cuestión morfológica”. Cfr. la Guía del Defensor del Pueblo Francés, *Agir contre les discriminations liées à l'orientation sexuelle et à l'identité de genre dans l'emploi*, mayo 2017, pp. 11 y 12. Disponible en: https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/agir_contre_les_discriminations_liees_a_lorientation_sexuelle_et_a_lidentite_de_genre_dans_lemploi_0.pdf.

⁴ Motivo tipificado a raíz de la promulgación de la Ley francesa n° 2012-954, *Loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel*. Este texto, además de añadir la noción de “identidad sexual” en el Código Penal, amplió la definición del acoso sexual e hizo de él un motivo de discriminación jurídicamente punible.

⁵ Sin embargo, en el Código Penal español, tal y como apunta MAQUEDA ABREU, el “género” convive con el “sexo” y la “mal llamada identidad sexual” como agravante discriminatoria del artículo 22.4. Cfr. MAQUEDA ABREU, M.-L., “El Hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 118, Época II, mayo 2016, pp. 5-42.

⁶ A pesar de constituir “una legislación elaborada sobre el modelo de la mujer maltratada por su pareja”. Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Pacto de Estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-04, 2018, pp. 1-38. Para consultar más críticas al respecto, cfr. COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M., y QUERALT JIMENEZ, J., “La violencia de género: política criminal y ley penal” en A.A.V.V., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 1194: “La estructura y el contenido de la Ley no responde con exactitud a su título. Así es: no se

Código, ni parecía jurídicamente viable introducir una figura generoespecífica. No obstante, a pesar del avance teórico que ha supuesto su reconocimiento en el país vecino, las críticas no han tardado en llegar. Según algunos, el concepto sería difícilmente conciliable con los principios rectores del Derecho Penal, en concreto, con el tradicional principio de legalidad de las penas. También se han señalado los problemas prácticos que conllevaría su asunción de cara a la economía penal y al principio de mínima intervención⁷. En este sentido, la utilidad de dicha reforma se puso en cuestión porque se desconocía si la nueva expresión iba a aportar mayor precisión a la hora de reprimir la discriminación transfóbica, o si, por el contrario, la ambigüedad semántica en torno al concepto de género no iba a implicar una merma de su eficacia. En definitiva, la pregunta subyacente consistía en saber si, más allá del carácter simbólico del Derecho, la traducción del concepto al mundo jurídico resultaba pertinente.

Las líneas que siguen recogen los argumentos aducidos al respecto durante la fase prelegislativa de las reformas llevadas a cabo en Francia y en España. El trabajo está realizado desde una perspectiva comparada entre ambos sistemas jurídicos, ya que el debate originado en el país vecino recuerda mucho al que ya se planteó en España cuando se codificaron las infracciones de violencia de género a través de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. Entonces, un sector de opinión también alegaba que resultaba innecesario introducir el término “género” en Derecho, por considerarlo ambiguo y extemporáneo. Aunque el género al que se refiere la expresión “violencia de género” en España difiere de aquél que está presente en la nueva expresión francesa “identidad de género”, la evolución del debate ha sido semejante en ambos países.

En la primera parte de este artículo, trataré de abordar las controversias doctrinales que cuestionaban la pertinencia del concepto en Derecho Penal. La segunda parte estará dedicada al análisis de los argumentos que los Tribunales constitucionales francés y español han sostenido a favor de la

abordan todas las manifestaciones de violencia que sufren las mujeres en la actualidad, y, por el contrario, se incluyen disposiciones que nada tienen que ver con la violencia de género”.

⁷ Acerca de la polémica en España, cfr. RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. En sentido contrario, consultar GIMBERNAT, E., “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10/06/2004, Año XV, n. 5327, https://www.almendron.com/politica/pdf/2004/spain/spain_0862.pdf, y BOLDOVA PASAMAR, M.-A., y RUEDA MARTÍN, M.-A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *La Ley*, 14/02/2004, p. 3.

constitucionalidad de la expresión, dando un nuevo empuje a la consolidación de la perspectiva de género.

2. El género, un concepto polémico en Derecho Penal francés y español

En julio de 2005, la Comisión de enriquecimiento de la lengua francesa⁸ publicaba un informe sobre el neologismo “género”, en el que se posicionaba en contra de su traducción al francés como *genre*, recomendando el uso preferente del término “sexo” o de las locuciones “hombres y mujeres” o “masculino y femenino”⁹. La Comisión constataba el creciente abuso del término “género” en diversas publicaciones y artículos de sociología que abordaban el análisis de los “comportamientos sexistas” y que apoyaban “la promoción del derecho de las mujeres”. En un intento por rechazar la introducción del término en la lengua francesa, la Comisión se permitía poner en tela de juicio la oportunidad de la enmienda en curso, sosteniendo que resultaba “delicado englobar en un solo término nociones tan vastas”¹⁰.

Un año antes, cuando en España se gestaba el proyecto de Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección contra la Violencia de Género, la Real Academia Española (en adelante, RAE) también tuvo ocasión de pronunciarse abiertamente sobre la conveniencia de adoptar la expresión “violencia de género”¹¹ en el título de dicha ley. En ambos informes, las instituciones reprobaban explícitamente su empleo, trayendo a colación los mismos argumentos en escenarios distintos: el género, además de ser un neologismo innecesario, encerraba una serie ambigüedades derivadas de su polisemia, difícilmente conjugables con la economía del idioma.

⁸ Commission d'enrichissement de la langue française, denominada hasta 2015 Commission Générale de Terminologie et de Néologie.

⁹ Commission Générale de Terminologie et de Néologie, *Recommandation sur les équivalents français du mot “gender”*, 22/06/2005. El documento está disponible aquí: <http://www.education.gouv.fr/bo/2005/34/CTNX0508542X.htm>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Cfr. el Informe de la Real Academia Española sobre la expresión *violencia de género*, 19/05/2004, disponible aquí: <https://www.uv.es/%7Eivorra/documentos/Genero.htm>.

2.1. *Un neologismo aparentemente innecesario*

Como es sabido, sin entrar en detalle, los extranjerismos, términos que se toman prestados de otras lenguas, se introducen fundamentalmente de dos modos: a través del calco, caso en el que su escritura queda igual a la de la lengua de proveniencia, lo cual ocurre también con su dicción, aunque lógicamente varíe de forma mínima (hardware, sería un ejemplo de ello); o mediante la adaptación a las características de la lengua de acogida. Estos últimos pueden mantener la forma gráfica original (airbag, por ejemplo) o no (pádel, por ejemplo), pero, en cualquier caso, se adaptan, si son ajenos, al sistema fonético nuevo. A menudo, los primeros son llamados extranjerismos crudos; los segundos suelen denominarse adaptados¹².

La Comisión de enriquecimiento de la lengua francesa fue creada en 1996 con el objetivo de adaptar los préstamos lingüísticos a la lengua francesa. Entre otros aspectos, su función consiste en proponer, a través de un fructífero diálogo con la Academia francesa, términos análogos franceses a los neologismos extranjeros que se pretende incorporar al idioma. En el caso del anglicismo “gender”, la Comisión aconsejaba limitar el uso del término al estricto ámbito gramatical, dado que la existencia de palabras más acordes al genio de la lengua como “sexo” o “sexista” haría innecesaria la extensión de su uso a otros ámbitos¹³. Inspirada en el respeto a la tradición lingüística, el dictamen obedecía al intento de proteger la lengua francesa de las injerencias culturales transcontinentales, algo comprensible e incluso loable, pero que resulta cuestionable a la luz de un examen detallado del documento. La escasez argumentativa con la que la Comisión adopta su postura, sin contrastar su preferencia por “sexo” con las aportaciones específicas inherentes al concepto “género”, en tanto que herramienta de análisis crítico de las construcciones sociales, históricas y culturales, induce a plantearse si, bajo la renuencia a su adopción, no late más bien una resistencia a asumir el concepto diferenciado que entraña el término, cuando no un desconocimiento de la literatura científica al respecto.

En España, previa promulgación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se consultó a la Real Academia Española sobre la viabilidad y pertinencia del uso

¹² Fuente: <https://www.fundeu.es/noticia/los-extranjerismos-en-la-lengua-espanola-5199/>.

¹³ Cfr. Commission Générale de Terminologie et de Néologie, *ob.cit.* Traducción propia.

de la expresión “violencia de género” en el título de la Ley Orgánica en cuestión. Como en el caso francés, la RAE también quiso justificar su preferencia por el término “sexo” en vez de “género”, basándose en las distintas posibilidades que la lengua española ofrecía previamente, las cuales hacían innecesaria la introducción de un nuevo término. Así, la RAE alegaba la existencia de expresiones tales como “violencia doméstica”, “violencia en el seno de la pareja” o “en razón del sexo”, insistiendo en el hecho de que expresiones semejantes eran conocidas y utilizadas en otros países¹⁴.

La hipertrofia de neologismos es algo sin duda negativo en la medida en que pueda deberse a razones espurias. Sin embargo, no es probablemente el caso que nos ocupa, dado que el término introduce nuevos significados. Además, como ya señalaba FARALDO CABANA, “la expresión *violencia de género* puede ser un barbarismo [...] pero tiene una ventaja fundamental frente a las de *violencia contra la mujer*, más neutra, o de *violencia doméstica*, al mismo tiempo más amplia y más restrictiva, con las que se superpone parcialmente: pone el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre”¹⁵. De la postura contraria de la RAE a la consagración del término “violencia de género” en el texto, podría deducirse un rechazo a reconocer el fenómeno de la violencia ejercida contra la mujer como un problema específico *gendered* (de género). Ello sería sintomático de una posición poco dada, como señala AÑON, a “analizar el concepto de violencia sobre las mujeres [puesto que] obliga, si se quiere dar cuenta de esta noción en profundidad, a poner en el centro de la reflexión algunas de las aportaciones más incisivas de las corrientes y/o teorías feministas comprometidas programáticamente en alcanzar un diálogo enriquecedor que haga interactuar las tesis del feminismo jurídico, el Derecho y las teorías de la justicia”¹⁶. Además, como ocurre a menudo en cuestiones lingüísticas, el uso desborda los intentos prescriptivos y la extensión del

¹⁴ El argumento no deja de sorprender igualmente, en la medida en que, como cualquier otro neologismo, el término en cuestión se caracterizaba por ser una palabra nueva, y, por tanto, seguramente menos conocida por los hispanohablantes que otras ya existentes.

¹⁵ FARALDO CABANA, P., “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”, *Revista penal*, n. 17, 2006, pp. 72-94, cfr. en concreto, la p. 86. Cfr. COMAS D’ARGEMIR I CENDRA, M., y QUERALT JIMÉNEZ, J., *ob. cit.*, p. 1204.

¹⁶ AÑON ROIG, M.- J., “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 33, 2016, p. 5, disponible a través del siguiente enlace: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8257>.

término género parece imparable, por lo menos en el ámbito académico y en el de los medios de comunicación.

En último lugar, los reparos de la RAE venían a poner de manifiesto la ambigüedad del término en relación con la Constitución. El informe insistía en que el “género” no aparecía en ningún otro texto del ordenamiento jurídico, y que, por tanto, para mantener la coherencia semántica, convenía utilizar palabras que ya contuvieran los textos legales. El argumento, que no aparece citado en el informe mismo de la Comisión francesa, resulta más sólido que los anteriores, en la medida en que, en efecto, la Constitución Española prohíbe en su artículo 14 toda “discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pero no contempla explícitamente el concepto de “género” para referirse a la discriminación hacia las mujeres. Este argumento, sin embargo, es discutible, en la medida en que “en nuestro Ordenamiento, la introducción de la perspectiva de género se fundamenta en la obligación constitucional de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Si la Constitución consagra el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), esa igualdad no se puede entender alcanzada una vez que existe una legislación neutra en su formulación abstracta, pero a la vez ciega a las diferencias reales entre sexos que dan lugar a desigualdades en las situaciones de cada uno”¹⁷.

En definitiva, los argumentos aducidos tanto en el informe francés como en el español obedecen a un análisis neutro sobre la conveniencia de la adopción del término, pero también dejan entrever ciertos sesgos ideológicos sorprendentes¹⁸. Desaprobar la especificidad terminológica del género, entendido como herramienta de análisis de la realidad, a causa de la indefinición que rodea al concepto, sin considerar todos los aportes metodológicos que la perspectiva de género ha introducido en las ciencias jurídicas y sociales, despierta la sospecha de que detrás de la neutralidad institucional se

¹⁷ Ver FARALDO CABANA, P., *ob. cit.*, p. 86, citando parcialmente a COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M., y QUERALT JIMÉNEZ, J., *ob. cit.*, pp. 1190-1191.

¹⁸ Basta recordar la polémica frase que adujo la RAE para determinar que “en español, no existe tradición de uso de la palabra género como sinónimo de sexo”. Es “muy importante, además, tener en cuenta que, en la tradición cultural española, la palabra sexo no reduce su sentido al aspecto meramente biológico”, sino que “basta pensar al propósito lo que en esa línea ha significado la oposición de las expresiones sexo fuerte/sexo débil, cuyo concepto está, por cierto, debajo de buena parte de las actuaciones violentas”. RAE, *ob. cit.*

esconde una reticencia o desconocimiento conceptual. Sin embargo, la asunción cultural del término subyacía a la voluntad política que llevó a la redacción de la ley. Seguramente, la idoneidad del planteamiento se ha ido demostrando a medida que se han ido desarrollando los feminicidios.

2.2. Un término polisémico

En la actualidad, el término género posee en efecto diversas acepciones, tanto en las traducciones jurídicas que le dan forma¹⁹, como veremos más adelante, como en las teorías sociales y filosóficas que lo desarrollan. Entre estas últimas, tal y como precisaban CAMERON y SCANLON²⁰, el género, según la mayoría de las teorías feministas de la *Segunda Ola*, se referiría a la carga cultural atribuida al “sexo”, es decir, al sistema de relaciones sociales y de poder basado en una división binaria entre los “hombres y las mujeres”, asentada en el criterio del sexo biológico. Esta definición difiere de aquella que surge con el advenimiento de las teorías *queer* a partir de los años 1990, las cuales reformulan el género como un nuevo concepto ligado a la teoría posmoderna de la identidad, a su vez asociada a la filosofía de Judith Butler. Así entendido, el género debe contemplarse como un aspecto de la identidad personal y social, atribuido al nacer sobre la base del sexo biológico, pero pudiendo no corresponderse con él, lo cual daría lugar a la existencia de múltiples géneros, desplazando el foco de atención hacia otros aspectos que no son la mera división hombre/mujer biológica. “Afirmar la búsqueda de identidades sexuales binarias no hace sino reforzar la discriminación sexual que perpetúa roles asociados al sexo”²¹.

Por lo que respecta al ámbito jurídico, inspirados en las teorías citadas, los textos también mencionan el término “género” de diversas formas. Por ejemplo, el “género” al que alude el Convenio del Consejo de Europa n. 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica²², también llamado Convenio de Estambul (en adelante CE) difiere del concepto de

¹⁹ Cfr. al respecto TUBERT, S., “La crisis del concepto género”, en LAURENZO COPELLO, P., MAQUEDA ABREU, M.-L., RUBIO CASTRO, A.-M., *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 89-130.

²⁰ CAMERON, D., y SCANLON, J., p. 81, “Convergences et divergences entre le féminisme radical et la théorie queer”, *Nouvelles Questions féministes*, 2014/2, Vol.33, pp. 80-94.

²¹ AGUILAR GARCÍA, T., “El sistema sexo-género en los movimientos feministas”, *Amnis* [En línea], 8/2008, disponible online: <https://journals.openedition.org/amnis/537?lang=es#article-537>.

²² CONSEJO DE EUROPA, Convenio n. 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CE), 2011.

Disponible aquí: <https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/internacional/consejoeu/CAHVIO.pdf>.

género al que se refieren los Principios de Yogyakarta²³. Mientras que el primero lo entiende como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”²⁴, el segundo, más ambicioso en sus planteamientos, abarca “la identidad de género”, que define como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría o no corresponder con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”²⁵. En este sentido, el nuevo concepto de género que aparece en el Código Penal francés parece inspirarse en los citados Principios de Yogyakarta, ya que ha sido incluido para sancionar las infracciones transfóbicas, que previamente se reprimían gracias a la circunstancia agravante de “identidad sexual”, incluida en 2012 mediante la Ley francesa n. 2012-954 de 6 de agosto de 2012, relativa al acoso sexual. Contemplando la noción de “identidad de género”, los legisladores franceses han querido dejar patente la existencia de la discriminación transfóbica²⁶. Sin embargo, para referirse a las agresiones que pudiera cometer un hombre contra una mujer con intención misógina, han preferido utilizar el término “sexismo”²⁷, en lugar de la expresión “violencia de género” que es la que aparece en los textos legales españoles. De este modo, el artículo 132-77 del Código Penal francés permite sancionar diversas agresiones discriminatorias: las que se cometen en razón del “sexo” de la víctima por motivos sexistas; en razón de la “orientación sexual”, cuando existe una motivación homófoba; y, por último, en razón de la “identidad de género”, para los casos de transfobia.

²³ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, disponibles aquí: <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>.

²⁴ CONSEJO DE EUROPA, *ob. cit.*, artículo 3 c), p. 4.

²⁵ PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, *ob. cit.*, p. 6.

²⁶ Cfr. la Circular francesa del 20 de abril de 2017, *Circulaire de présentation des dispositions de droit pénal ou de procédure pénale de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté*, NOR : JUSD1712060C, disponible en: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSD1712060C.pdf. “La nouvelle rédaction ne modifie pas non plus le sens du droit, mais rend plus explicite le fait que la circonstance aggravante s'applique également en cas de transphobie, dont peuvent être victimes les personnes transsexuelles, transgenres ou travesties, comme cela était du reste déjà le cas depuis la loi du 18 mars 2003, avant l'ajout opéré par la loi du 6 août 2012.”

²⁷ Artículo 132-77 del Código Penal francés.

La situación difiere de la que prevé nuestro Código, cuyo texto sanciona este último tipo de discriminación a través de la circunstancia agravante de la “identidad sexual”. En efecto, a diferencia del texto francés, el Código español no menciona el género para referirse a la situación de las personas *trans*, sino que aparece en el artículo 22.4 como circunstancia agravante general que sanciona los delitos cometidos “por razones de género”, los cuales, en teoría, no cubrirían los casos de transfobia²⁸, y como calificativo de la violencia que ejercen ciertos hombres contra las mujeres con las que mantienen una relación sentimental o análoga.

La polisemia del término, supuesta fuente de las ambigüedades que podrían mermar su eficacia jurídica, fue el segundo argumento en el que se apoyaron las comisiones consultivas en cuestión para desaconsejar su uso. La Comisión francesa asumía las múltiples acepciones, pero solo mencionaba la referida al género gramatical. La RAE, por su parte, detallaba brevemente los diversos significados genéricos del término a través de un recorrido histórico, precisando que sus acepciones diferían en función de la época²⁹. Ambos informes, sin embargo, carecen de un análisis en profundidad de las diversas teorías filosóficas y sociales que desarrollaron el concepto. Tan solo la Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos en Francia, años más tarde, elaboró un consistente documento informativo, en el que se explicaba con mayor detenimiento el carácter poliédrico del término³⁰. Por un lado, el informe entendía que la perspectiva de género derivaba hacia tres vertientes: el género como concepto, como objetivo y como perspectiva metodológica³¹. Por otro, la Comisión Nacional

²⁸ Según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal, que introduce la circunstancia agravante en cuestión, el concepto de género aquí ha de entenderse según el Convenio de Estambul, que lo define como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, por lo que parece que esta circunstancia genérica no cubriría los casos de discriminación transfóbica. Para un análisis detallado de la cuestión, cfr. MARIN DE ESPINOSA, E., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-27 (2018), disponible online: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-27.pdf>. También, cfr. RUEDA MARTÍN, M.-A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04 (2019), disponible online: <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-04.pdf>. La autora explica que, a raíz de la reciente Sentencia STS n. 420/2018 de 25 de septiembre, para la aplicación de la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4 del Código Penal español, “el término género parece que debe interpretarse en consonancia con todo el corpus normativo promulgado a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004”. Cfr. RUEDA MARTÍN, *ob. cit.*, p. 4.

²⁹ La RAE señala que “Así, en inglés, hasta el siglo XVIII, el género se utilizó con el sentido de “clase o tipo””. Por otro lado, “en la actualidad, *gender* se utiliza también con el sentido de género gramatical. Pero, además, se documenta desde antiguo un uso traslaticio de *gender* como sinónimo de *sex*, sin duda nacido del empeño puritano en evitar este vocablo”. Cfr. RAE, *ob. cit.*

³⁰ COMISIÓN NACIONAL CONSULTIVA DE DERECHOS HUMANOS, *Avis sur la perspective de genre*, 2012. Disponible aquí: http://www.cncdh.fr/sites/default/files/12_03_22_avis_sur_la_perspective_de_genre.pdf.

³¹ Con respecto a la primera, la Comisión consideraba que el género se refería a las “relaciones de poder entre las mujeres y los hombres, fundadas sobre la atribución de roles socialmente construidos en función del sexo”; como objetivo, el género permitía “promover la

Consultiva francesa, a diferencia de la RAE y de la Comisión de enriquecimiento de la lengua francesa, analizaba el término a la luz de las diversas corrientes feministas³². El informe precisaba acertadamente que el género pertenecía a “un ámbito académico en interacción permanente con los movimientos militantes y políticos que alimentan su contenido y lo modulan”³³, y en el que su uso había adquirido una importancia incuestionable, pero que, debido a su polisemia, requería ser constantemente precisado.

A pesar de emanar de un órgano de carácter político, el documento en cuestión tiene la ambición de servir de base a debates teóricos en torno al concepto “género”³⁴. La consistencia de su exposición es probablemente la razón por la que este informe aparece como uno de los más citados en los debates parlamentarios que abordan las cuestiones de género en Derecho Penal francés. No obstante, a pesar de promover el uso de la palabra en el vocabulario administrativo, la cuestión de su adopción en el vocabulario jurídico no quedó zanjada hasta la promulgación de las leyes n° 2016-1547, *Loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle* y n° 2017-86 de 27 de enero 2017 *relative à l'égalité et à la citoyenneté*³⁵, cuatro años más tarde. El Consejo Constitucional francés zanjó la polémica con una tajante decisión adoptada en enero de 2017³⁶, en la que estableció que la identidad de género es una expresión suficientemente clara como para no vulnerar ningún principio penal. En España, aunque años antes y a través de otro mecanismo constitucional, la situación fue muy similar a la descrita: parecía quedar claro, a la luz de los textos internacionales y de las particularidades de los fenómenos sociales, que la adopción del término género en Derecho era sintomática de la

igualdad jurídica y un reparto equilibrado de los recursos y responsabilidades entre las mujeres y los hombres”. Por último, respecto a su deriva metodológica, la Institución asumía que el género generaba un “análisis comparado de la situación de las mujeres y de los hombres, bajo un punto de vista económico, social, cultural y político” y conducía “a replantearse las representaciones y las prácticas que generan desigualdades, ya sea a nivel individual o colectivo”. Cfr. *Ibid.*, p. 3.

³² *Ibid.*, p. 5.

³³ *Ibid.*, p. 4.

³⁴ Las menciones a dicho documento son particularmente frecuentes en los debates parlamentarios relativos a la elaboración de la Ley francesa n. 2016-1547, llamada *Ley de modernización de la Justicia del Siglo XXI*, en los que se planteó cómo traducir jurídicamente las agresiones cometidas sobre personas homosexuales.

³⁵ Con la primera, se introdujo la noción de “identidad de género” como fundamento discriminatorio del artículo 225-1 del Código Penal francés, mientras que, con el segundo, la misma noción se generaliza como circunstancia agravante prevista en el artículo 132-77 del mismo texto.

³⁶ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, Decisión n° 2016-745 DC, 26/01/2017, disponible aquí: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2016-745-dc/decision-n-2016-745-dc-du-26-janvier-2017.148543.html>.

proximidad entre el mundo jurídico en sentido amplio y la realidad social y académica ligada a estos fenómenos³⁷, aunque persistían las reticencias cara a su introducción expresa en los textos penales. A través de una conocida sentencia dictada en 2008³⁸, el Tribunal Constitucional aprobó, sin embargo, la conformidad de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género a las disposiciones constitucionales, y, con ella, la validez de la perspectiva en Derecho, a pesar de que el término no se codificara hasta el año 2015, cuando se incluyó la circunstancia agravante por “motivos de género” en el artículo 22.4 del Código Penal español. Esta sentencia, como veremos a continuación, dio un nuevo empuje al reconocimiento de la perspectiva género en la jurisprudencia.

3. Un término conforme a las exigencias constitucionales de ambos países

Tanto en Francia como en España, la incorporación del género al Derecho Penal ha suscitado una gran polémica doctrinal que han zanjado en parte los órganos constitucionales. En el primer caso, la constitucionalidad del término se aprobó el 26 de enero de 2017 en una discutida sentencia. Los jueces constitucionales, para validar el término en Derecho francés, remiten a la definición que aporta el CE, en lugar de perfilar ellos mismos el concepto. En España, la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004 –e, indirectamente, el impacto de la introducción de la perspectiva en cuestión– fue planteada en 2008, alegando que contrariaba varios preceptos constitucionales, entre ellos, el de legalidad. El Tribunal Constitucional, en 2008, apoyándose en la Exposición de Motivos de la citada Ley, declaró la constitucionalidad de la sexespecificidad de la violencia de género, así como su carácter estructural.

3.1. *La conformidad del “género” al principio de legalidad de las penas según el Consejo Constitucional francés: una interpretación indirecta*

El 26 de enero de 2017, el Consejo Constitucional francés declaraba constitucional la integración de la noción de “identidad de género” en Derecho Penal. Según los jueces, la expresión debe entenderse como el “género con el que se identifica una persona, que puede corresponderse o no con el

³⁷ “A ello cabe añadir que en diferentes instrumentos internacionales ratificados por España se establecen obligaciones o se exhorta a los Estados a reforzar la protección de la mujer.” Cfr. FARALDO CABANA, P., *ob. cit.*, afirmación todavía más de actualidad, si cabe, desde la ratificación del Convenio de Estambul por España en 2014.

³⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia n. 59/2008 de 14/05/2008.
Fuente: <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/6291>.

sexo indicado en el Registro civil o con las diferentes expresiones de pertenencia al sexo masculino o al sexo femenino”³⁹. Como subraya MICHEL, mediante esta codificación se crea un régimen protector para las personas transgénero, transexuales, intersexuales y *queer* y se introduce por fin la palabra “género” en el Código Penal francés⁴⁰.

La cuestión había resultado polémica en la Asamblea Nacional y el Senado, ya que, mientras que los diputados afirmaban la conformidad del texto a la Constitución, los senadores la ponían en cuestión, alegando que el género es “una noción subjetiva que alude a una hipótesis científica fuente de controversias”⁴¹. Como ya hemos señalado, consideraban que el uso de la palabra difería según las distintas ramas de conocimiento y que, refiriéndose a la identidad subjetiva, el género era una herramienta conceptual ambigua poco apta para la jerga jurídica. Varios parlamentarios plantearon entonces la inconstitucionalidad del texto ante el Consejo Constitucional francés. La sentencia resultante zanjó la cuestión en su contra: los jueces admitieron que, a la luz de la definición del género que figura en el CE⁴², la noción es suficientemente precisa como para ser recogida en el Código Penal

³⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *ob. cit.*, considerando 89. El comentario del Consejo Constitucional francés sobre la decisión en cuestión hace un barrido cronológico de las distintas etapas de la elaboración de la reforma. En concreto, en las pp. 11, 12, 13 y 14, se detallan algunos comentarios alegados a favor y en contra del término. El texto puede ser consultado aquí: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016745DC2016745dc_ccc.pdf.

⁴⁰ Este nuevo régimen protector es bastante flexible, en la medida en que la circunstancia agravante codificada es general y objetiva. Por un lado, la generalidad del dispositivo implica que la agravación se puede aplicar a cualquier delito, de modo que su ámbito de aplicación se amplía considerablemente. Por otro, su “objetivación” simplifica la tarea del juez, ya que se entiende que el motivo discriminatorio quedará establecido cuando la infracción venga “precedida, acompañada o seguida de expresiones, escritos, imágenes u objetos o actos de cualquier clase, que, o bien atenten al honor o a la consideración de la víctima o de un grupo de personas del que forme parte la víctima en razón de su identidad de género, cierta o supuesta, o bien establezcan que los hechos delictivos han sido cometidos contra la víctima por uno de esos motivos”. Para un análisis detallado de la mecánica penal introducida por la reforma en cuestión, cfr., DETRAZ, S., “Durcissement des circonstances aggravantes de discrimination”, en “Aspects pénaux de la loi du 27 janvier 2017 relative à l’égalité et à la citoyenneté”, *Gazette du Palais*, 25/04/2017, n. 16, p. 68; y DECHEPI-TELLIER, J., “La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître”, p. 677, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, octubre-diciembre, 2017, pp. 659-884.

⁴¹ MICHEL, P., “La conformité constitutionnelle de l’intégration de la notion d’identité de genre dans le droit pénal”, p. 719, en HUTIER, S.; MICHEL, P.; CATELAN, N., y PERRIER, J.-B., *Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, 2017/3, n. 111, pp. 713-748. Cfr. el artículo 37 del recurso interpuesto ante el Consejo Constitucional francés por 60 senadores: “en todo caso, la noción de identidad de género es una noción subjetiva que alude a una hipótesis científica que es fuente de controversias. Esta noción, cuya definición puede abarcar tanto la identidad de las personas como las modalidades de las relaciones sociales, no parece corresponder a un criterio objetivo de identificación que podría caracterizarse a la hora de calificar la infracción. Así, cuando la finalidad es extender los posibles motivos de discriminación o de agravación de la pena de una infracción, la inclusión de la noción identidad de género es, por su imprecisión, contraria al principio de legalidad de los delitos y de las penas”. Traducción propia. El documento completo puede consultarse aquí: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2016-745-dc/saisine-par-60-senateurs.148545.html>.

⁴² Es importante recordar que ha sido la misma ratificación del Convenio la que ha permitido consagrar la noción de género en Derecho francés.

sin vulnerar el principio de legalidad de las penas, el principio de normatividad de las leyes, ni el objetivo constitucional de accesibilidad e inteligibilidad de la ley⁴³.

La decisión sorprende por dos motivos. Primero, porque como apunta MICHEL⁴⁴ y hemos señalado, el mecanismo de interpretación remite al concepto de género recogido en el CE. De este modo los jueces evitaban aclararlo ellos mismos. Sin embargo, tradicionalmente, este órgano no se encarga de verificar la conformidad de las leyes internas a los compromisos internacionales ratificados por el país. La tarea, denominada “control de convencionalidad”, es competencia de los jueces ordinarios, y no de los constitucionales, a quienes compete, sin embargo, el “control de constitucionalidad”, consistente en verificar que las leyes internas son conformes a la Constitución. En este caso, el Tribunal Constitucional no ha realizado un control de convencionalidad en sentido estricto, pero sí que se ha servido del texto internacional del CE para validar el concepto en cuestión. Como observa MICHEL, el carácter original de la remisión podría explicarse porque, hasta la ratificación del CE en agosto de 2014, ningún texto interno contenía orientación alguna sobre la acepción del género en Derecho Penal francés, siendo el CE el único que ha aportado una definición sustancial al respecto⁴⁵.

El segundo motivo por el que sorprende la sentencia del Consejo Constitucional radica en la incongruencia que implica la remisión al CE: la definición sobre la que se basa la constitucionalidad no se corresponde con la acepción que pretenden dar los diputados al término. Mientras que el CE habla del género como “papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres⁴⁶, la lectura de los debates parlamentarios franceses sobre la ley que introduce el concepto de “identidad de género” pone claramente en evidencia que los parlamentarios pretenden asumir la expresión como la experiencia íntima y personal de su género vivida por cada individuo, que puede o no corresponder con el sexo

⁴³ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *ob. cit.*, considerandos n. 87, 92 y 100. LERAY, E., y MONSALVE, E., realizan un interesante estudio de la sentencia, disponible en: <https://journals.openedition.org/revdh/2967>.

⁴⁴ MICHEL, P., *ob. cit.*, p. 20.

⁴⁵ Como precisa MICHEL, P., p. 718, la Directiva Europea 2011/95/UE de 13/12/2011 ya introdujo en su artículo 10 d), la expresión “identidad de género” como un aspecto relacionado “con el sexo de la persona”. No obstante, el texto en cuestión, (disponible en: <https://web.icam.es/bucket/DIRECTIVA%2095%202011%20CALIFICACION%20L00009-00026.pdf>) no aporta demasiada luz al respecto.

⁴⁶ Artículo 3 c) del CE.

asignado⁴⁷. Es más, en los documentos en cuestión se alude a los Principios de Yogyakarta, que, como hemos venido diciendo, dan una definición muy distinta de la que proporciona el CE.

De todo ello, se deriva la idea de que la definición del CE es suficientemente comprensible⁴⁸ y precisa para el Derecho interno y no compromete el principio de legalidad de las penas.

La decisión, en ese sentido ha de ser aplaudida.

3.2. La constitucionalidad de la violencia de género según el Tribunal Constitucional español: una interpretación autónoma

En Derecho Penal español, la perspectiva de género se introdujo con anterioridad a la ratificación del CE, mediante la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LO 1/2004)⁴⁹. Entonces, la conocida sentencia n. 59/2008 de 14 de mayo del Tribunal Constitucional vino a resolver la constitucionalidad del texto, previamente planteada en numerosas ocasiones. De esta manera, cuando años más tarde se codificó la circunstancia agravante por “razones de género” del artículo 22.4 del Código, la polémica sobre la inclusión del concepto se había resuelto parcialmente, ya que se dio luz verde al término en el título de la LO1/2004 pero no se incluyó en el Código Penal. En efecto, aunque la incorporación al texto penal se materializó en una nueva infracción sexoespecífica que menciona a la “esposa” o “mujer”, el Código no hace referencia explícita a la expresión “violencia de género”⁵⁰.

Así que, cuando se planteó la inconstitucionalidad de la LO 1/2004, los argumentos no se centraron en la codificación del término como en Francia, sino que fundamentalmente lo hicieron en el

⁴⁷ Cfr. por ejemplo la enmienda n. 338. Fuente: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3851/AN/338.asp>.

⁴⁸ En sentido contrario, cfr. VENTURA FRANCH, A., “El Convenio de Estambul y los sujetos de la Violencia de Género”, UNED, *Revista de Derecho Político*, n. 97, sept. – dic. 2016, pp. 198 y 199.

⁴⁹ Cfr., en este sentido, RUBIO, A., “La Ley Integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta”, en A.A.V.V., LAURENZO COPELLO, P., (Coord.), *La Violencia de género en la Ley*, Madrid, Dykinson S.L, 2010. En concreto, cfr. pp. 141-152: “La Ley Integral es la primera Ley en España que introduce la expresión “género” y la perspectiva de género en el sistema jurídico español con el fin de valorar y sancionar correctamente la violencia de género”.

⁵⁰ El nuevo artículo quedó redactado como sigue: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando *la ofendida* sea o haya sido *esposa*, o *mujer* que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...” (Artículo 153.1 del Código Penal español).

replanteamiento de la configuración jurídica de la infracción, alegando, por un lado, contradicción al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, por “establecer unas consecuencias penológicas más graves por el hecho de ser hombre el sujeto activo y ser o haber sido el sujeto pasivo su esposa o mujer ligada por análoga relación de afectividad”⁵¹, y, por otro, al principio de legalidad de las penas⁵² y al de culpabilidad. No trataré de analizar la sentencia en cuestión, dado existen numerosos y solventes comentarios al respecto⁵³. Me limitaré a considerar que la importancia de la respuesta del Tribunal radica en la consolidación del carácter estructural de la violencia de género⁵⁴, y, probablemente, aunque el texto penal no lo reconociera explícitamente, supone un acercamiento jurídico a la profundidad conceptual del término: “la Sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad resultó muy llamativa a una gran parte de la doctrina porque introduce la perspectiva de género para justificar la diferencia de trato desde la norma, en este caso penal”⁵⁵.

Al declarar la constitucionalidad de la ley que incluye la infracción sexoespecífica en el Código Penal, los magistrados parecen corroborar la acepción del género que aparece en el texto y esta

⁵¹ RUEDA MARTÍN, M.-A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Reus, 2012, p. 103.

⁵² LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015. En concreto, cfr. las pp. 817 y 818: “Pero las dificultades no acaban aquí. Dejando a un lado el plano simbólico, las figuras género específicas plantean también un problema importante de construcción típica que hasta ahora ninguna legislación ha conseguido resolver de manera convincente. Me refiero a cómo definir en la ley penal los comportamientos constitutivos de violencia de género en términos que resulten aceptables para cumplir con las estrictas exigencias del principio de legalidad. El problema reside en que el concepto sobre el que se ha basado toda la explicación de la violencia de género se mueve en un plano teórico distinto al que es propio de la ley penal...” Disponible aquí: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/01/doctrina42845.pdf>.

⁵³ Cfr., a este respecto, LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-08, p. 08:1-08:23. Disponible aquí: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. Cfr. igualmente, ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *REDUR* 7, diciembre 2009, pp. 37-73, disponible aquí: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero7/acale.pdf>; MAQUEDA ABREU, M.-L., “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, pp. 789 y ss., en ALVAREZ GONZALEZ, R.-M., *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, t. II*, UNAM, MÉXICO, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2288/14.pdf>; o, por fin, LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, 1/2009, p. 1, <http://www.indret.com/pdf/597.pdf>.

⁵⁴ Cfr. LAURENZO COPELLO, P., “Introducción. Violencia de Género, Ley Penal y discriminación”, en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), y otras, *La violencia de género en la ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, Dykinson, 2010. “En suma, el Tribunal Constitucional se apoya en la raíz estructural de la violencia de género para justificar el tratamiento más severo que el legislador concede a las agresiones de los hombres hacia sus parejas femeninas. [...] Al introducir la perspectiva de género, el TC ofrece una valoración jurídica distinta para hechos aparentemente iguales...” p. 21. Cfr. también VENTURA FANCH, A., *ob. cit.*, pp. 198 y 199.

⁵⁵ Cfr. VENTURA FANCH, A., *ob. cit.*, p. 199. En este sentido, tal como señala RUEDA MARTÍN, los jueces concluyen que “el término género que titula la Ley y que se utiliza en su articulado no abarca una discriminación por razón de sexo, aceptando por tanto la diferencia entre la discriminación por razón del sexo y aquella cometida por razones de género”. Cfr. RUEDA MARTÍN, M.-A., 2012, *ob. cit.*, p. 108.

solución supone varias consideraciones. La primera, que la consagración interna de la acepción que entraña la expresión “violencia de género” se hace a través del Derecho Penal, rama tradicionalmente considerada símbolo y representación del orden social y de la “soberanía nacional”⁵⁶. Segundo, que las decisiones del Tribunal Constitucional son vinculantes⁵⁷ –aunque de dudosa eficacia práctica en lo que respecta al concepto de género en Derecho Penal–, lo cual dota de relevancia a los conceptos que contempla. Y, tercero, que los jueces del TC, además de aprobar la extensa definición aportada por la ley LO 1/2004, añaden algunas precisiones, en el contexto de una interpretación teleológica. Basándose en la Exposición de Motivos y en el artículo 1.1 de la Ley, la sentencia afirma que la violencia de género es la forma más “grave de minusvaloración” y “un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad”. Además, hermenéuticamente⁵⁸ se puede entender que, si la violencia es una forma de discriminación, y ésta “una manifestación del dominio del hombre sobre la mujer”⁵⁹, el “género” debe por tanto comprenderse como la lógica del constructo social sobre el que se asientan dichas “relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”⁶⁰ y a través de cuales se expresa ese dominio. Como señala RUEDA MARTÍN, “en la argumentación esgrimida por el Tribunal Constitucional, se acoge de forma implícita la distinción planteada por un sector doctrinal acerca del diferente significado de los términos sexo y género”⁶¹.

A pesar de que el término no se incluyera finalmente en el Código Penal, el Tribunal Constitucional sentó, a través del desarrollo argumentativo en cuestión, las líneas jurisprudenciales que permiten enmarcar y entender el género en Derecho Penal español, y, posiblemente, éste sea el motivo

⁵⁶ Texto de DELMAS-MARTY, M., “Les processus d’internationalisation du droit pénal (criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne)”, *Archives de politique criminelle*, n. 23 (2011), p. 123, citada por MICHEL, P., *ob. cit.*, p. 722.

⁵⁷ Cfr. los arts. 38.1, 40.2, 61.3 y 75.bis.2 LOTC y 5.1 LOPJ.

⁵⁸ El artículo 1.1 de la LO 1/2004, que define la “violencia de género”, ha de tomarse como punto de referencia para el análisis y aplicación de la Ley. En ese sentido, COMAS D’ARGEMIR, M., *ob. cit.*, pp. 1194 y 1195, parece también entender que dicho artículo debe ser la piedra angular de cualquier reforma al respecto. También ACALE SÁNCHEZ, M., considera que dicho artículo “debería haberse convertido en “techo y suelo” de las reformas llevadas a cabo por la LOPIVG. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (dir.) y PUENTE ABA, L.-M. y RAMOS VÁZQUEZ, J.-A. (coords.), *Política criminal y reformas penales*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 35.

⁵⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *ob. cit.*, fundamentos jurídicos 8 y 9.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Citando a ACALE SÁNCHEZ, la autora indica que la discriminación “por razón de sexo” “es aquella clase de violencia ejercida sobre la mujer por ser tal mujer, entendiendo en este caso que se trata de un fenómeno puramente biológico”, mientras que “por razón de género”, “incluye aquellos actos realizados contra la mujer, no ya por su sexo biológico, sino por el papel que tradicionalmente la sociedad se ha encargado de otorgarle”. Cfr. RUEDA MARTÍN, M.-A., 2012, *ob. cit.*, p. 51.

por el cual, al codificar la circunstancia agravante “por razones de género”, su constitucionalidad no haya sido objeto de tanta polémica.

Por último, como ya se ha señalado en diversas publicaciones⁶², el reconocimiento de la dimensión estructural del género es uno de los puntos fuertes del texto, pero la definición que integra la LO 1/2004 restringe el sentido más amplio de la violencia ejercida contra las mujeres, habiendo sido duramente criticada por ello. “Justificar y aprobar esta necesidad político-criminal no comporta una alabanza a los aspectos penales de la LO 1/2004 *per integrum*”⁶³. En efecto, frente a las definiciones de los textos internacionales, la ley española ciñe la violencia de género a aquella que se comete en el ámbito sentimental. Tal y como menciona AÑON⁶⁴, a la luz de los Convenios internacionales, en particular del reciente Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, surge “la necesidad de asumir conceptualmente que la violencia de género consiste en un proceso que tiene carácter estructural social y político; que se trata de un fenómeno social de múltiples y diversas dimensiones [pero], desde el punto de vista conceptual, la ley integral contra la violencia de género ofrece una perspectiva limitada[...]”⁶⁵.

El reciente Pacto de Estado contra la Violencia de Género y el CE plantean nuevos retos de cara a la actualidad jurídica, ya que proponen ampliar el concepto legal de violencia de género que introdujo la LO 1/2004 y promover la aplicación generalizada de la circunstancia agravante por “razones de género” en casos de mutilación femenina y de abusos y agresiones sexuales⁶⁶. En ambos extremos, la

⁶² Para un análisis crítico de su aplicación, cfr. la nota a pie de página n. 9, p. 5, así como MAQUEDA ABREU, M.-L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, p. 39, en MARTINEZ BULLÉ, V.-M. y MAQUEDA ABREU, M.-L., *Derechos humanos: temas y problemas*. Disponible aquí: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2758/4.pdf>. Cfr. también las otras críticas que elabora COMAS D'ARGEMIR, M., *ob. cit.*, p. 1206, “La LO 1/2004 es, como todo en esta vida, perfectible”.

⁶³ *Ibid.*, p. 1208.

⁶⁴ AÑON ROIG, M.-J., *ob. cit.*, p. 8.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 9. Cfr. también, en ese sentido, MAQUEDA ABREU, M.-L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08-02, p. 02:1-02:13; y BODELÓN, E., pp. 137 y 138, “Violencia Institucional y Violencia de Género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2014, n. 48, pp. 131-155. “La variada legislación nacional y autonómica sobre violencia de género, violencia hacia la mujer, violencias machistas, ha incorporado de forma muy desigual estos tres ejes centrales para romper el androcentrismo jurídico con relación a este tema. La inclusión del paradigma de la discriminación estructural en la comprensión de la violencia de género fue un gran avance que aportó la ley 1/2004 en el ordenamiento jurídico español [...] El reconocimiento de que las violencias de género tienen diversas manifestaciones tales como la violencia de género en las relaciones afectivas, las agresiones sexuales, la violencia en los conflictos bélicos, los matrimonios forzados, la trata, las mutilaciones genitales, etc., aparece de forma desigual en el derecho del estado español.” El texto íntegro puede consultarse aquí: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2783/2900>.

⁶⁶ Cfr. respectivamente las medidas n. 102 y 110, pp. 42 y 45 del Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso + Senado, disponible aquí:

delimitación conceptual de los términos recaerá, probablemente, sobre los magistrados, a quienes también les competirá aclarar las diversas acepciones del género y conseguir que ambos dispositivos no se solapen. Ninguna de las dos tareas parece fácil.

4. Conclusión

El CE (2011), ratificado por Francia y España en 2014, invita a los estados signatarios a incluir la perspectiva de género en las legislaciones que conciernen a la lucha contra la violencia de género. Como hemos venido diciendo, su implementación está suponiendo notables cambios en los dos últimos países, en los que se ha introducido un entramado punitivo que da parcialmente cuenta de la dimensión estructural de las asimetrías de género⁶⁷. Por otro lado, la asunción de la perspectiva de género en Derecho interno provoca fricciones en cuanto a su legitimidad jurídica. Sin embargo, la acogida constitucional dada al concepto implica un compromiso con la necesidad de replantear los pilares sobre los que se fundamentan las dos caras de la igualdad, la formal y la material, lo cual invita a reformular parcialmente el pacto social⁶⁸.

http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_refundido_PEVG_.pdf

⁶⁷ La promulgación del CE, a pesar de no ser su finalidad última, probablemente favorecerá la armonización de las legislaciones europeas.

⁶⁸ Cfr. GIL RUIZ, J.-M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson S.L, 2007, p. 39: “Hablar de libertad, de igualdad, y de seguridad requiere negociar un nuevo Pacto Social que incluya -esta vez- a todas y a todos, ofreciendo una protección estatal y global de la ciudadanía. Reconocer la discriminación estructural y superar el tradicional, aristotélico y académico enfoque de la “igualdad de trato” podría ser un gran paso...”.

5. Referencias bibliográficas

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, *REDUR* 7, diciembre 2009, pp. 37-73.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (dir.) y PUENTE ABA, L.-M.; RAMOS VÁZQUEZ, J.-A. (coords.), *Política criminal y reformas penales*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2007.
- AGUILAR GARCÍA, T., “El sistema sexo-género en los movimientos feministas”, *Ammis* [En línea], 8/2008.
- AÑÓN ROIG, M.-J., “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 33, 2016, pp. 1-26.
- BODELÓN, E., pp. 137, 138, “Violencia Institucional y Violencia de Género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 48, 2014, pp. 131-155.
- CAMERON, D. y SCANLON, J., “Convergences et divergences entre le féminisme radical et la théorie queer”, *Nouvelles Questions féministes*, Vol.33, 2014/2, pp. 80-94.
- COMAS D’ARGEMIR I CENDRA, M.; QUERALT JIMÉNEZ, J., “La violencia de género: política criminal y ley penal” en A.A.V.V., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 1185 y ss.
- DECHEPI-TELLIER, J., “La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître”, p. 677, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, octobre-décembre, 2017, pp. 659-884.
- DELMAS-MARTY, M., “Les processus d’internationalisation du droit pénal (criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne)”, *Archives de politique criminelle*, n. 23, 2011, pp. 123-130.
- DETRAZ, S., “Durcissement des circonstances aggravantes de discrimination”, en Aspects pénaux de la loi du 27 janvier 2017 relative à l’égalité et à la citoyenneté, *Gazette du Palais*, 25/04/2017, n. 16, p. 68.
- FARALDO CABANA, P., “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”, *Revista penal*, n. 17, 2006, pp. 72-94.
- GIL RUIZ, J.-M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson S.L, 2007, 250 pp.
- LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, 1/2009, pp. 2-17.
- LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), y otras, *La violencia de género en la ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, Dykinson S.L, 2010, 278 pp.
- LAURENZO COPELLO, P., “¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 783-830.
- LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, n. 07-08, pp. 1-23.
- LERAY, E.; MONSALVE, E., “Un crime de féminicide en France? A propos de l’article 171 de la loi relative à l’égalité et à la citoyenneté”, *La Revue des Droits de l’Homme*, 02/2017.
- MAQUEDA ABREU, M.-L., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, en MARTINEZ BULLÉ, V.-M. Y MAQUEDA ABREU, M.-L., *Derechos humanos: temas y problemas*, México, UNAM, pp. 3-67.
- MAQUEDA ABREU, M.-L., “El Hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 118, Época II, mayo 2016, pp. 5-42.

MAQUEDA ABREU, M.-L., “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en ALVAREZ GONZALEZ, R.-M., *Panorama internacional de Derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, UNAM, pp. 789 y ss.

MAQUEDA ABREU, M.-L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 08-02, 2006, pp. 1-13.

MARIN DE ESPINOSA, E., “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-27, 2018.

MICHEL, P., “La conformité constitutionnelle de l’intégration de la notion d’identité de genre dans le droit pénal”, en HUTIER, S., MICHEL, P., CATELAN, N., PERRIER, J.-B., *Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, n. 111, 2017/3, pp. 713-748.

RAMON RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 170 pp.

RUBIO, A., “La Ley Integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta”, en A.A.V.V., LAURENZO COPELLO, P., (Coord), *La Violencia de género en la Ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Madrid, Dykinson S.L, 2010, pp. 131-174.

RUEDA MARTÍN, M.-A., “Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 2019.

RUEDA MARTÍN, M.-A., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Reus, Madrid, 2012, 176 pp.

TUBERT, S., “La crisis del concepto género”, en LAURENZO COPELLO, P., MAQUEDA ABREU, M.-L., RUBIO CASTRO, A.-M., *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 89-130.

VENTURA FRANCH, A., “El Convenio de Estambul y los sujetos de la Violencia de Género”, UNED, *Revista de Derecho Político*, n. 97, sept. - dic. 2016.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Pacto de Estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20-04, 2018, pp. 1-38.

6. Fuentes documentales

BOLDOVA PASAMAR, M.-A., y RUEDA MARTÍN, M.-A., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *La Ley*, 14/02/2004.

Comisión de enriquecimiento de la lengua francesa (Commission Générale de Terminologie et de Néologie), *Recommandation sur les équivalents français du mot “gender”*, 22 de julio de 2005.

Comisión Nacional Consultiva de Derechos Humanos, *Avis sur la perspective de genre*, 2012.

Consejo Constitucional francés, Decisión n° 2016-745 DC, 26 de enero de 2017.

Consejo de Europa, Convenio n. 210 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CE), 2011.

Defensor del Pueblo Francés, *Agir contre les discriminations liées à l’orientation sexuelle et à l’identité de genre dans l’emploi*, Mayo 2017.

GIMBERNAT, E., “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10/06/2004, Año XV., n. 5327. Principios de Yogyakarta.

Real Academia Española, Informe sobre la expresión “*violencia de género*”, 19 de mayo de 2004.

Tribunal Constitucional, Sentencia n. 59/2008 de 14 de mayo de 2008.