

La penalización del maltrato de género en el ámbito de la pareja: análisis comparado entre las regulaciones penales peruana y española¹

The criminalization of gender abuse: a comparative analysis between Peruvian and Spanish penal regulations

RAFAEL H. CHANJAN DOCUMET²

Resumen

La violencia de género es una de las manifestaciones más graves de la discriminación contra la mujer a nivel nacional y comparado, por lo que el derecho penal, en tanto mecanismo de protección fragmentaria de bienes jurídicos, debe cumplir una labor importante en la prevención de este fenómeno vulneratorio de los derechos fundamentales de las mujeres. Así, el presente trabajo aborda lo referido al maltrato de género en el ámbito de la pareja desde un enfoque jurídico-penal, analizando la regulación penal nacional y española, a fin de formular propuestas de *lege ferenda*.

Palabras clave

Derecho Penal. Violencia contra la mujer. Género. Maltrato sin lesión. Integridad moral.

-
- 1 La presente investigación se realizó sobre la base del Trabajo Fin de Master presentado y defendido en la Universidad de Málaga (España) en el marco del Master en Derecho Penal y Política Criminal, y realizado bajo la tutoría de la Dra. Patricia Laurenzo Copello.
 - 2 Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga, España. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada, España. Comisionado de la Adjuntía para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú. Correo electrónico: rchanjan@pucp.pe

Abstract

Gender violence is one of the most serious manifestations of discrimination against women at the national and international level, so criminal law, as fragmentary mechanism for protect a legally interest, must play an important role in preventing this phenomenon that violated the fundamental rights of women. Thus, the present work deals with gender violence in the sphere of the couple from a criminal approach, analyzing the criminal regulation of Peru and Spain to formulate lege ferenda proposals.

Keywords

Criminal law. violence against women. Gender. abuse without injury. moral integrity.

Sumario

1. Introducción. 2. Aproximación criminológica a la violencia de género en el ámbito de la pareja 3. El derecho penal frente al maltrato de género en el ámbito de la pareja. 3.1 Regulación penal del maltrato de género en el ámbito de la pareja en España. 3.2 Regulación penal del maltrato de género en el ámbito de la pareja en Perú. 3.3. Fundamento de incriminación del maltrato de género en el ámbito de la pareja. 3.4. La integridad moral como bien jurídico penal protegido en el injusto del maltrato. 3.5. Análisis crítico de la regulación penal peruana del injusto del maltrato. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

La violencia contra la mujer, producida por su condición de tal, es en la actualidad un fenómeno social muy extendido a nivel mundial, siendo España y Perú países que no han sido ajenos a esta lamentable realidad. La violencia de género, conforme han demostrado estudios de campo, a diferencia de otros tipos de violencia, que se aprecian en contextos públicos, se produce principalmente en contextos de privacidad y domesticidad en donde la pareja sentimental se convierte en el agresor tipo. Este tipo de violencia contra la mujer se relaciona no sólo con la especial posición de dependencia y determinados roles que cumple un sujeto dentro de un contexto doméstico y de relación de pareja, sino también al status desventajoso que la mujer detenta en el contexto social.

El presente trabajo pretende analizar al maltrato de género como una manifestación de la violencia contra las mujeres. Entendemos por maltrato aquellas agresiones que, si bien no llegan a menoscabar la salud física o psicológica de la mujer víctima (no producen lesión alguna desde el punto de vista penal), si afectan

su integridad moral. En efecto, el maltrato contra la mujer por su condición de tal en el ámbito de la pareja toma magnitudes significativas tanto en el contexto español como en el contexto peruano. Si bien da la impresión de que la tasa de victimización en el Perú es mayor que en España, en ambos países se aprecia que la violencia de género en el ámbito de la pareja es el tipo de violencia por antonomasia en el ámbito doméstico. Según una investigación de campo realizada en el Perú por la Defensoría del Pueblo, en el 89% de los casos estudiados de violencia familiar, la víctima es una mujer³.

2. Aproximación criminológica a la violencia de género en el ámbito de la pareja

La violencia de género ha sido un concepto que fue acuñado por la doctrina y organismos internacionales para definir a aquellas agresiones que se producen contra las mujeres por su condición de tales. La primera definición en el ámbito internacional de “violencia contra la mujer” surgió a partir de la Declaración de la Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, la cual definió esta como

Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada.

Posteriormente, en el marco de la IV Conferencia Mundial de Pekín de 1995, se conceptualizó a la “violencia de género” como “aquella que se ejerce en contra de las mujeres por el mero hecho de ser mujeres.”

Si bien el ámbito doméstico ha sido identificado como el principal escenario de aparición de maltratos contra la mujer por parte de parejas y ex parejas, no debe confundirse ni mezclarse conceptualmente la violencia de género con la violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima⁴. En efecto, la violencia doméstica puede comprender

3 Cfr. Defensoría del Pueblo. *La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú*. Defensoría del Pueblo: Lima, 2005. p. 95.

4 Cfr. LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”.

diferentes formas de violencia entre las cuales se puede mencionar a la violencia de género, la violencia contra menores y la violencia sobre ancianos⁵. Por ende, reducir la violencia doméstica a la violencia de género supondría reducir la complejidad de aquel fenómeno. Del mismo modo, limitar la violencia de género a la violencia doméstica o a la violencia en el ámbito familiar supondría desconocer la presencia de aquel fenómeno discriminatorio en otros espacios sociales.

La violencia de género se presenta en la realidad de diferentes formas, entre las cuales se pueden mencionar a la violencia física, la violencia psicológica y la violencia sexual⁶. La violencia física sería aquella en la que se emplea la fuerza física sobre la pareja mujer para imponerse sobre ella o imponerle un castigo por una conducta determinada⁷. La violencia psicológica, mucho más sutil y de difícil apreciación, se caracteriza por la presencia de intimidaciones o amenazas, por el recurso a humillaciones graves que contribuyen a socavar la autoestima de la mujer, por la imposición del aislamiento social, por el sometimiento a restricciones económicas graves, por el acoso, la desvalorización como persona, etc.⁸. Por su parte, la violencia sexual se refiere a la utilización de la fuerza, de la intimidación o de cualquier forma de coacción para llevar a cabo una conducta sexual no deseada por la pareja⁹.

En el contexto peruano, un análisis llevado a cabo por la Defensoría del Pueblo evidenció que la violencia que sufren las mujeres en un 70.8% proviene del ámbito de la pareja. Asimismo, se evidencia que, en la mayoría de casos, las víctimas mujeres tenían entre 26 y 39 años de edad, su grado de instrucción era de estudios escolares completos, contaban con un oficio o profesión y estaban casadas con el agresor¹⁰.

Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2005, núm. 07-08, p. 08:4. En: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. Visitado el 19 de enero de 2014.

5 Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, granada, 2001. p. 12.

6 Cfr. ECHEBURÚA, ENRIQUE, y DE CORRAL, PAZ, "Violencia en las relaciones de pareja un análisis psicológico". En, *Violencia intrafamiliar*. José Ramón Agustina (Director), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010. p. 137.

7 *Ibídem*.

8 *Ibíd.* p. 138.

9 *Ibídem*.

10 Cfr. Defensoría del Pueblo. *La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú*. cit. pp. 93 a 107.

3. El derecho penal frente al maltrato de género en el ámbito de la pareja

En el ámbito español, hasta antes de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, no existía una regulación penal específica sobre violencia de género, sino que se incluía este fenómeno en la regulación penal general de la violencia doméstica y asimilados. La Ley mencionada pasa de una visión “doméstica” a una concepción de “género” en este tipo de violencia, delimitando claramente el tipo de violencia que pretende combatir con medidas de carácter educativo, asistencial, laboral, penal y procesal, al circunscribir su objeto a la violencia que sufren las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres contra las mujeres (Art.1º)¹¹. Conforme se explicará *infra*, la entrada en vigor de la referida ley supuso la incorporación al Código Penal español (CP español en adelante) de diversas agravantes y tipos penales específicos que buscan luchar contra la violencia basada en el género.

Respecto del ordenamiento jurídico-penal peruano, no existen dispositivos legales que repriman de manera especial y agravada los actos de maltrato de género, sino sólo una falta de “maltrato de obra” o “maltrato sin lesión” que sanciona en general actos de maltrato contra cualquier persona o contra el cónyuge o concubino. En donde sí se ha aplicado una política criminal con enfoque de género ha sido en la creación del tipo penal de feminicidio del Art. 108º-B del Código Penal peruano (CP en adelante)¹² y en la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”¹³, que introdujo agravantes de género específicas para el delito de lesiones graves y leves.

3.1 Regulación penal del maltrato de género en el ámbito de la pareja en España

La perspectiva de género en el derecho penal sustantivo se introduce en el año 2004 a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2004 de Medidas de Protección

11 Cfr. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, EVA MARÍA, “La protección penal reforzada de la mujer en la ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”. En: *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*. María José Jiménez Díaz (coordinadora), Dykinson, Madrid, 2009. p. 303.

12 Incorporado al Código Penal mediante Ley N° 30068, publicada el 18 de julio de 2013.

13 Publicada el 23 de noviembre de 2015.

Integral contra la Violencia de Género. La novedad de esta norma es que tipificó en el CP español una serie de figuras penales agravadas destinadas a proteger de manera específica la violencia que ejercen las parejas o ex parejas contra las mujeres, entre las cuales se encontraba la agravación de la pena del delito de maltrato ocasional del Art. 153° CP español cuando la mujer víctima sea pareja actual o pasada del agresor¹⁴:

<p style="text-align: center;">Delito de maltrato de género ocasional en el ámbito de la pareja</p>	<p style="text-align: center;">“Artículo 153°.-</p> <p style="text-align: center;"><i>1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, 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, (...), será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.</i></p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Por otro lado, en cuanto a los actos de maltrato en el ámbito de la pareja que no tienen el componente de género (en los cuales autor y víctima pueden ser tanto hombre como mujer), el ordenamiento jurídico español recoge dos figuras penales: el delito de maltrato ocasional en el ámbito de la pareja del Art. 153°.2 CP español y el delito de maltrato habitual en el ámbito en el ámbito de la pareja previsto en el Art. 173°.2 CP español. Cabe notar que estos dos preceptos no sólo recogen la conducta típica de maltrato (ocasional y habitual respectivamente) en el ámbito de la pareja, sino también otros maltratos dirigidos contra otras personas del círculo doméstico y contextos asimilados; no obstante, a efectos de nuestro estudio sólo nos centraremos en las conductas típicas de maltrato en el ámbito de la pareja:

14 Cfr. LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *La violencia de género en la ley integral*, cit, p. 8:10.

<p>Delito de maltrato ocasional en el ámbito de la pareja</p>	<p>“Artículo 153°.-</p> <p>(...)</p> <p>2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.</p>
<p>Delito de maltrato habitual en el ámbito de la pareja</p>	<p>“Artículo 173°.2.- El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, (...) será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.</p> <p>Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.</p>

Como se puede apreciar, el fenómeno del maltrato de género en el ámbito de la pareja, en el ordenamiento jurídico español sólo estaría sancionado de manera expresa y específica en el delito de maltrato ocasional del artículo 153°.1 del CP, dado que el delito de maltrato habitual (Art. 173°.2 del CP) no cuenta con una agravante específica que tome en cuenta la perspectiva de género en las agresiones. Ello conduce a una interrogante ¿Qué razón o razones justifican que en el maltrato ocasional se tome en cuenta la perspectiva de género y en el maltrato habitual no? Desde nuestro punto, no existen criterios razonables que puedan explicar esta deficiencia en la técnica legislativa, puesto que, como se explicará más adelante, el derecho penal debería desvalorar más —y por ende, en principio, sancionar más gravemente— todo maltrato (ocasional o habitual) que se da en un contexto de discriminación estructural contra la mujer por su condición de tal, que aquel que no cuenta con dicha particularidad. Si en el ámbito de los maltratos ocasionales la legislación penal española trató de manera diferenciada el maltrato de género en el ámbito de la pareja de los maltratos ordinarios en el ámbito de la pareja, ello también debió ocurrir en sede del delito de maltrato habitual. Por ende, a nuestro juicio, no existe ningún elemento en el delito de maltrato habitual que amerite dejar de considerar la especial lesividad y gravedad que reviste este tipo de maltrato cuando se da por razones de género. Sobre esto se abundará más adelante.

3.2 Regulación penal del maltrato de género en el ámbito de la pareja en Perú

En el contexto peruano, existen agravantes específicas en el CP para el caso de lesiones graves (Art. 121°-B CP)¹⁵ y lesiones leves (Art. 122° CP)¹⁶ cuando se producen en contextos de “violencia de género” definidos en el delito de feminicidio

15 “Art. 121-B: En los casos previstos en la primera parte del artículo 121 se aplica pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años cuando la víctima:

1. Es mujer y es lesionada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.”

16 “Art. 122:

El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

(...)

3. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si la víctima:

(...)

c. Es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B”.

del Art. 108^o-B del CP¹⁷; es decir, en un contexto de discriminación que se exprese en lo siguiente:

1. *Violencia familiar;*
2. *Coacción, hostigamiento o acoso sexual;*
3. *Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;*
4. *Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.*

No obstante lo anterior, en la falta de lesiones¹⁸ no hay una agravación por cuestiones de género, sino sólo cuando la lesión se produce en un contexto de “violencia familiar”, entendida esta como cualquier acción o conducta que le causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico y que se produce en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder, de parte de un integrante a otro del grupo familiar, estando compuesto este grupo por los cónyuges, ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, padrastros, madrastras, ascendientes y descendientes, etc.¹⁹

De otro lado, a diferencia del ordenamiento jurídico español, en el Perú, no existe ningún precepto penal ni agravante que regule específicamente el maltrato de género (no constitutivo de lesiones ni falta de lesiones). Así, la única agravante que

17 “Artículo 108-B.- Femicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.”

18 “Artículo 441.- falta de lesión agravada

El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o la lesión se produzca como consecuencia de un hecho de violencia familiar, o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquel.”

19 Definición establecida en los artículo 6^o y 7^o de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

podría aplicarse para desvalorar mejor algunos hechos de maltrato que se produce en el ámbito de la pareja contra una mujer, es la agravante específica de relación conyugal o de concubinato de la falta de maltrato sin lesión del CP:

Maltrato sin lesión	<p>“Art. 442°.- <i>El que maltrata de obra a otro, sin causarle lesión, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.</i></p> <p><i>Cuando el agente es cónyuge o concubino la pena será de prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas o de treinta a sesenta días-multa”.</i></p>
----------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

No obstante, no toda violencia de género en el ámbito de la pareja se vincula con una relación conyugal o de concubinato, piénsese en el maltrato que se produce por parte del ex cónyuge, ex concubino, conviviente, ex conviviente, novio o ex novio. Cabe notar, sobre este punto, que en una investigación llevada a cabo por la Defensoría del Pueblo se evidenció que en el 10% de los casos de violencia familiar estudiados la víctima mujer tenía una relación de ex convivencia con el agresor, ubicándose en tercer lugar luego de las agresiones proferidas por el cónyuge y el conviviente²⁰.

Por ende, la regulación actual termina reafirmando la visión meramente familiar que tiene el legislador penal para tratar la problemática de la violencia contra la mujer, la misma que, a nuestro juicio, resulta insuficiente de cara a proteger eficientemente a las mujeres víctimas de agresiones por parte de su pareja o ex pareja sentimental. Conforme se explicará detenidamente más adelante, desde nuestro punto de vista, el fundamento de la incriminación de los maltratos de género que surgen en las relaciones de pareja no se identifica en última instancia con las relaciones familiares formales, sino con i) los deberes especiales de protección que tiene el sujeto activo respecto del bien jurídico ubicado en una especial situación de vulnerabilidad y ii) con el sentido discriminatorio de género del maltrato; en esta medida, la legislación penal no debería cerrar el ámbito de protección a las mujeres maltratadas por su esposo o concubino, sino ampliarla a cualquier relación afectiva de pareja que genere tal dependencia.

De otro lado, estudios empíricos han puesto en evidencia que existen deficiencias en el sistema penal de cara a la aplicación de la falta de maltrato sin

20 Cfr. Defensoría del Pueblo. *La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú*, cit, p. 100.

lesión para casos de violencia familiar (Art. 442° CP), puesto que, simplemente, existía una curiosa ausencia de aplicación de esta falta por parte de los jueces de paz²¹. No obstante lo anterior, se han detectado defectos en el funcionamiento del sistema penal en la investigación y juzgamiento de las faltas de lesiones en casos de violencia familiar (Art. 441° CP), que se pueden hipotéticamente trasladar a una eventual investigación y juzgamientos de casos subsumibles en la falta de maltrato sin lesión (de mismo tratamiento procesal). Así, se identificó lo siguiente:

i) No se valoraba suficientemente los actos de violencia psicológica.- Se evidenció que en el 70.9 % de los casos estudiados la autoridad competente no disponía que se realicen pericias psicológicas sobre la víctima, por lo que la posibilidad de apreciar y valorar el daño psicológico en la víctima se desvanecía²².

ii) Se demoraban excesivamente en la tramitación de los casos.- A pesar de que la normativa peruana exigía que el proceso de faltas por violencia familiar tuviera una duración máxima de 90 días, se comprobó que en la realidad la mayoría de estos procesos (45%) duraban más de 181 días y el 23% de ellos duraban entre 90 y 181 días²³.

iii) No existía una suficiente e idónea investigación preliminar de los hechos.- Se detectó que la mayoría de los operadores jurídicos sólo realizaban dos diligencias para investigar los hechos de violencia: la declaración de la víctima y el examen médico legal de las lesiones sufridas²⁴; obviando otras diligencias como pericias, declaraciones de testigos, inspecciones oculares, etc.

3.3 Fundamento de incriminación del maltrato de género en el ámbito de la pareja

A efectos de realizar un análisis dogmático de los preceptos penales vigentes referidos al maltrato de género en el ámbito de la pareja en las legislaciones española y peruana, resulta pertinente, en primer término, dilucidar cuál es el fundamento o fundamentos materiales especiales que generan que estos casos sean tratados por el derecho penal de manera especial y agravada respecto de los comunes actos de maltrato contra cualquier persona. Es sobre la base de esta consideración teórica

21 Ibíd. p. 51.

22 Cfr. Defensoría del Pueblo. *Violencia familiar: un análisis desde el Derecho Penal*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2006, pp. 68 a 69.

23 Cfr. Defensoría del Pueblo. *La protección penal frene a la violencia familiar en el Perú*, cit. p. 109.

24 Cfr. Defensoría del Pueblo. *Violencia familiar: un análisis desde el Derecho Penal*, cit. p. 88.

que luego se podrá estar en condiciones de efectuar una crítica a las regulaciones española y peruana vigentes sobre la materia. A nuestro juicio, el fundamento del injusto de este tipo de maltrato es dual: i) los deberes especiales de protección que tiene el sujeto activo respecto del bien jurídico ubicado en una especial situación de vulnerabilidad y ii) el contexto de discriminación de género de la agresión:

3.3.1 Primer fundamento del injusto: el maltrato de género en el ámbito de la pareja como delito especial

El actual delito de maltrato de género en el ámbito de la pareja regulado en el artículo 153°.1 CP español viene a suponer un delito de maltrato que por su naturaleza particular se diferencia materialmente de los comunes maltratos que una persona puede ejercer sobre cualquier tercero y que se sancionan a través del delito de lesiones leves (147°.2 CP español). En efecto, como se explicará ahora, desde nuestro punto de vista, el delito del Art. 153°.1 CP español es un delito especial que tiene un fundamento de incriminación especial distinto al de los malos tratos comunes, no siendo simplemente una mera agravación de esta falta por razón del sujeto activo.

Tradicionalmente, se ha diferenciado a los delitos especiales en delitos especiales “propios” e “impropios”. Los delitos especiales “propios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor fundamenta la responsabilidad penal, no existiendo un tipo penal común similar (subyacente) que pueda sancionar al autor²⁵. Por su parte, los delitos especiales “impropios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor sólo es un elemento adicional que, en la mayoría de los casos, agrava la responsabilidad penal ya existente en un delito común similar²⁶. A nuestro juicio y siguiendo en este punto a Gracia Martín, los tradicionalmente denominados “delitos especiales impropios” no son meros tipos cualificados o agravados de tipos penales comunes²⁷, sino tipos penales autónomos cuyo fundamento de punición se relaciona con el dominio que tiene el sujeto activo sobre la especial situación de vulnerabilidad

25 Cfr. PÉREZ ALONSO, ESTEBAN, “La autoría y participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal”. En, *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador), Idemsa, Lima, 2007, p. 503.

26 Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2002. p. 286; y PÉREZ ALONSO, ESTEBAN. loc. cit.

27 Para aquellos que sostenemos que este dominio determina no sólo el título de la imputación, sino también el propio injusto penal del delito especial y, además, que los *extraneus* pueden responder como partícipes de este delito (teoría de la unidad del título de la imputación), la diferenciación entre delitos especiales “propios” e “impropios” resulta irrelevante. En este sentido se pronuncia, GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *Los delitos especiales*, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2006, p. 181.

del bien jurídico²⁸. En estos casos, el sujeto activo se ubica en una especial posición social que le da acceso –de un modo prevalente- a la afectación del bien jurídico protegido que se encuentra, respecto de aquel, especialmente vulnerable; es decir, el bien jurídico es más fácil de lesionar por este círculo de sujetos especiales que tienen el deber de protegerlo²⁹. Así, la razón de ser general o fundamento material de la existencia de los deberes especiales que son –indiscutiblemente- infringidos en los delitos especiales es la especial relación que existe entre autor y bien jurídico. Nosotros no negamos que en los delitos especiales se infrinja un deber extrapenal especial, pero dichos deberes sólo son reflejo de la relación material especial que hay entre sujeto activo y bien jurídico protegido³⁰.

De esta manera, a nuestro juicio, el delito de maltrato de género en el ámbito de la pareja tipificado en el Art. 153^o.1 CP español (así como también el genérico maltrato ocasional en el ámbito de la pareja del Art. 153.2^o y el genérico maltrato habitual en el ámbito de la pareja del Art. 173^o.2 CP español) no constituiría tan sólo un “delitos especial impropio” en sentido tradicional que agrava los maltratos comunes del Art. 147^o.3 CP español³¹, sino que constituiría un delito especial, en la medida en que es un delito autónomo que se fundamenta en una relación especial existente entre el autor y bien jurídico (integridad moral de la mujer pareja o ex pareja), lo cual sitúa a aquel en una posición particular de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico protegido. En efecto, conforme se señala expresamente en el tipo penal, el sujeto activo es aquel que tenga o haya tenido una relación matrimonial, de hecho o de noviazgo con la mujer víctima, de tal manera que existe un vínculo especial entre agresor y víctima titular del bien jurídico que, a nuestro juicio, se relaciona con la dinámica propia de las relaciones de pareja.

Sobre este punto, es de notar que no se sostiene aquí que las mujeres *per se* y de manera abstracta se encuentren siempre –por su propio sexo- en una situación de vulnerabilidad respecto de su pareja ex pareja hombre, sino que es el bien jurídico

28 De esta opinión son partidarios GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985. p. 354 y ss.

29 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, cit. p. 521-522.

30 De esta opinión es GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, cit. p. 210 a 211; quien señala que esta posición también es compartida por Schünemann, Gracia Martín y Rueda Martín.

31 Así lo sostienen GONZALES RUS, JUAN JOSÉ, “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”. En, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dykinson: Madrid, 2005. p. 488; y GORJON BARRANCO, MARÍA CONCEPCIÓN, *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Iustel, Madrid, 2013, p. 149.

el que se haya en una situación especial de vulnerabilidad respecto del sujeto activo, por cuanto él es el que, por la propia naturaleza de las relaciones de pareja, debe proteger y fomentar la integridad moral de la pareja o ex pareja (recaen deberes extrapenales de protección mutua entre la pareja).

Este fundamento material está presente, desde mi punto de vista, tanto en los maltratos que hemos denominado de género, como también en los maltratos comunes en el ámbito de la pareja en donde la víctima puede ser tanto hombre como mujer. Y es que no es el sexo de la víctima lo que constituye este primer fundamento, sino las características de la concreta relación social de pareja que hace surgir en el sujeto activo (hombre o mujer) ciertos deberes de protección de la víctima (hombre o mujer), entre los cuales se encuentra la protección de su integridad moral. A mi juicio, tanto el hombre como la mujer tienen el deber de respeto y protección mutua de su bien jurídico integridad moral; es decir, ambos son garantes de que no se despersonifique a la pareja en el trato.

Es por esta razón que sostenemos que el bien jurídico está en una posición de vulnerabilidad respecto del sujeto activo, puesto que no cualquiera tiene el deber de garantizar la integridad moral de otra persona, sino sólo aquellos que se ubican en medio de algunas relaciones sociales especiales que así lo han establecido, como es el caso de las relaciones de pareja. Si bien es cierto que todos tenemos el deber genérico de tratar a los demás con respeto no cosificándolos, la pareja tiene un deber especial mutuo de protección y fomento de la integridad moral. Por ello, la conducta del sujeto activo representa un mayor desvalor de acción y una mayor dañabilidad social (que amerita mayor reproche penal), pues se abusa de esa posición de ventaja para vulnerar más fácilmente la integridad moral de la víctima; es decir, en vez de proteger este bien jurídico -conforme lo exigen sus deberes morales de pareja o ex pareja- decide perjudicarlo, abusando de la confianza que la víctima tiene respecto de él. Es decir, aquí se ataca de una forma especial y más gravosa a la integridad moral.

De esta manera, ya en el caso específico del delito de maltrato de género en el ámbito de la pareja, el sujeto activo tiene una mayor facilidad material para lesionar el bien jurídico protegido de titularidad de la mujer víctima, puesto que su *status* especial de "pareja" o "ex pareja" le da esa posición. Al respecto, Echeburúa sostiene que la víctima mujer, en algunos casos, suele estar en una posición de desventaja para escapar del dominio del agresor al estar sujeta a él por vínculos económicos, legales, sociales y, sobre todo, emocionales³². No obstante lo anterior, debe quedar

32 Cfr. ECHEBURÚA, ENRIQUE y DE CORRAL, PAZ, cit, p. 136.

claro que, en nuestra opinión, no es necesario para la configuración del ilícito que siempre se aprecie este rasgo de dependencia de la víctima mujer respecto del hombre, sino que se quiere mostrar que la posición especial en la que se encuentra el sujeto activo respecto del bien jurídico, muchas veces, se nota con mayor claridad cuando están presente rasgos de dependencia emocional, económica, social, etc.

Por otro lado, este primer fundamento material que genera deberes especiales entre la pareja se encuentra presente tanto en las relaciones matrimoniales, como en las uniones de hecho o noviazgos, no siendo suficiente los meros lazos de amistad, afecto o confianza. Así lo señaló la Fiscalía General del Estado de España en su Circular 6/2011, cuando sostuvo lo siguiente:

Noviazgo es una relación afectiva socialmente abierta y sometida a un cierto grado de relatividad en cuanto a los caracteres que la definen, porque, entre otras modalidades, puede tratarse de una persona que mantiene relaciones amorosas con fines matrimoniales, o puede aludir a una persona que mantiene una relación amorosa con otra, sin intención de casarse y sin convivir con ella³³.

Asimismo, cabe notar que esta posición especial de vulnerabilidad que hace surgir deberes especiales entre la pareja puede permanecer por cierto tiempo incluso luego de la ruptura del vínculo de pareja. En efecto, luego de que se termina formalmente la relación de pareja, puede subsistir materialmente en la mujer, todavía, una dependencia emocional respecto de su ex pareja (la relación de pareja pudo culminar por motivos distintos a la desaparición del vínculo sentimental); además, en el ámbito de las relaciones de pareja siempre se crea una expectativa de respeto y afecto mutuo especial – por un determinado periodo de tiempo posterior a la ruptura- por la persona que anteriormente tuvo una relación sentimental.

Entre las ex parejas, por tanto, también existe por cierto periodo un vínculo especial –distinto a las meras relaciones de amistad- que hace que la integridad moral de uno esté en una situación de especial vulnerabilidad respecto de la ex pareja. Se espera que la ex pareja proteja la integridad moral y no que abuse de la confianza, afecto y sentimientos surgidos en la relación de pareja anterior para vulnerar este bien jurídico. Nuestra posición coincide en parte con la sostenida por Magro Servet, quien sostiene que en estos supuestos se debe probar que el sujeto activo y pasivo fueron pareja en el pasado y que cuando se produce el ilícito penal en perjuicio de la que fue su pareja influyó esa relación sentimental previa; es decir,

33 GARCÍA GONZALES, JAVIER, "La violencia en el noviazgo: El delito de violencia de género entre adolescentes". En, *La violencia de género en la adolescencia*. Javier García Gonzales (Director), Aranzadi, Navarra, 2012, p. 71.

que se cometió por motivo de dicha relación pasada o que lo que existió entre ellos (confianza, dependencia mutua emocional o sentimental, etc.) influyó en la comisión del ilícito³⁴.

3.3.2 Segundo fundamento: el sentido discriminatorio del maltrato

Una vez que hemos dicho que los delitos de maltrato de género en el ámbito de la pareja son, a nuestro juicio, delitos especiales por la posición privilegiada especial que detenta el sujeto activo respecto del bien jurídico protegido y que ello es el primer fundamento del injusto penal, habría que agregar que en estos casos el desvalor de acción del injusto penal se ve cualificado por el hecho de que la violencia ejercida constituye una expresión de discriminación hacia la mujer por su condición de tal. Este constituiría, desde nuestro punto de vista, el segundo fundamento del injusto penal, el cual –a diferencia del anterior- sería un fundamento exclusivo del maltrato de género en el ámbito de la pareja.

Lo particular del injusto penal de los actos de maltrato de género en el ámbito de la pareja, y que lo diferencia del injusto de los actos de maltrato en el ámbito doméstico en general (Art. 153°.2 y Art. 173°.2 CP español), es que la conducta se da en un contexto de discriminación de género³⁵. Es decir, cuando una esposa maltrata a su esposo en el marco de una discusión cualquiera ella abusa de su posición especial de vinculación afectiva y emocional con él (se podría aplicar el Art. 153°.2 CP español), pero cuando un esposo maltrata a su mujer por no haberle permitido tener relaciones sexuales, por ejemplo, aquella es discriminada por ser mujer, ya que los actos de violencia son utilizados para crear o perpetuar los roles sociales desventajosos que la mujer tiene en las relaciones de pareja y que, en este caso, supuestamente la obligarían a tener relaciones sexuales cuando el esposo así lo desee (aquí entra a tallar el Art. 153°1 CP español)³⁶.

En tal sentido, se puede entender que la conducta regulada en el Art. 153°.1 CP español –cualitativamente hablando- detenta una mayor gravedad que las conductas de maltrato contra otras personas especialmente vinculadas al sujeto activo (esposo hombre, hijos, convivientes, hermanos, etc.) por el elemento especial de discriminación contra la mujer, lo cual de algún modo se ve reflejado en la mayor

34 Cfr. MAGRO SERVET, VICENTE, “La violencia de género en el caso de las ex parejas”, *La Ley Penal*. 13 de junio de 2013. Editorial La Ley. p. 4. En, laleydigital.es. Visitado el 26 de febrero de 2015.

35 El elemento de discriminación hacia la mujer en el injusto penal también es reconocido por BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL, y RUEDA MARTIN, MARÍA ÁNGELES, cit., p. 29; aunque desde un aspecto subjetivo.

36 Sentencia del Tribunal Constitucional español N°59/2008 de 1 de mayo de 2008 [Fundamento jurídico 9°].

sanción penal abstracta que tiene asignada el delito: El tipo penal del Art. 153°.1 CP español tiene una pena de prisión abstracta de seis meses a un año, mientras que el Art. 153°.2 CP español tiene una pena de prisión de tres meses a un año³⁷.

De este modo, no es el mero sexo del sujeto pasivo (mujer) ni el eventual sexo del sujeto activo (hombre) lo que determina o fundamenta la presencia del elemento típico de discriminación que cualifica el injusto penal, sino la presencia real de este elemento en la conducta delictiva en cada caso concreto. No compartimos, por ende, posiciones como la sostenida por Gonzales Rus³⁸, Olmedo Cardenete³⁹, o el Tribunal Supremo español en su sentencia 41/2010, de 22 de julio. En esta sentencia se sostuvo, equívocamente, que no sería necesario probar en el caso concreto ningún elemento de discriminación especial en la conducta del sujeto activo, puesto que, en abstracto, ya se presumiría que el maltrato de un hombre hacia su pareja o ex pareja mujer constituiría un plus de lesividad por la posición de vulnerabilidad (rol social desfavorables) que ella ocuparía en las relaciones de pareja⁴⁰. Sin pretender profundizar en esta interesante y compleja discusión, en nuestra opinión, esta postura supondría un "derecho penal de autor" incompatible con el principio de culpabilidad que un derecho penal enmarcado en un Estado Social y Constitucional de Derecho (como el español y peruano) debe necesariamente observar⁴¹.

Ahora bien, respecto de este punto, es importante mencionar que esencialmente se han esbozado en la doctrina y jurisprudencia española dos tesis sobre el elemento de discriminación en los injustos de maltrato de género: i) tesis subjetiva del elemento discriminatorio y ii) tesis objetiva del elemento discriminatorio.

i) Tesis subjetiva del elemento discriminatorio.- según esta tesis, el elemento implícito de discriminación machista constituye un aspecto que se añade a la

37 Ibídem.

38 Para este autor la fundamentación de la pena más grave no puede encontrarse en un mayor injusto, en una mayor culpabilidad, ni en una mayor peligrosidad del autor, sino sólo en una simple cuestión de sexo [GONZALES RUS, JUAN JOSÉ, "La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones", cit., pp. 497 a 498].

39 Según este autor, el tipo debe aplicarse indiscriminadamente a todos los hombres que maltratan a su pareja o ex pareja mujer con total independencia del móvil que los motivó a ello, puesto que la norma parte de una situación de desigualdad estructural entre hombre y mujer para todos los casos [Cfr. OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, "Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género". En, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2005, p. 354 a 355.

40 Cfr. GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, "Existencia del ánimo de subyugación machista en los delitos de violencia de género. Tres posturas en un maremágnum de reinos de taifas jurídico", *La Ley Penal*, Julio-Agosto 2014. Editorial La Ley. p. 3. En: laleydigital.es. Visitado el 26 de febrero de 2015.

41 Comparte esta opinión, BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL, y RUEDA MARTIN, MARÍA ÁNGELES, cit., pp. 24 a 28.

vertiente subjetiva del injusto o de la culpabilidad del autor, esto es, es un elemento subjetivo que se añade al dolo típico del delito o un elemento cualificante de la culpabilidad del autor, cual es el sentimiento de dominio o discriminación⁴².

ii) Tesis objetiva del elemento discriminatorio.- Según esta tesis, el elemento especial de discriminación del injusto penal debe ser entendido en un sentido objetivo; es decir, se debe apreciar en el acto concreto de maltrato una expresión de discriminación hacia la mujer, el maltrato debe enmarcarse por tanto en un contexto objetivo de dominación machista sobre la pareja o ex pareja mujer⁴³. Sobre este punto, Olaizola Nogales sostiene lo siguiente:

Creo que no cabe una aplicación automática de estos delitos por el hecho de que la víctima pertenezca al círculo de sujetos pasivos en ellos mencionados, pero tampoco habrá de exigirse por parte del autor un ánimo de dominación. Habrá que realizar un esfuerzo interpretativo y de prueba en el sentido de llegar a la constatación de que se produce un "contexto de dominación"⁴⁴.

Para los partidarios de esta posición, lo que se deberá intentar probar es, entonces, si la violencia se ejerce en un contexto en el que el agresor discrimina a la mujer. Esto permitiría excluir de estos tipos penales la riñas recíprocas, las situaciones de conflicto mutuo, etc.

Desde nuestro punto de vista, esta última tesis es la que se debe suscribir para el entendimiento de los delitos de maltrato de género en el ámbito de la pareja, puesto que presenta una solución razonable a los problemas prácticos que puede traer la aplicación de estos tipos penales. En efecto, conforme sostiene Larrauri, esta tesis tiene la ventaja de superar las negativas consecuencias sobrecriminalizadoras que supone reconocer únicamente el sexo de la víctima como fundamento de incriminación; y, al mismo tiempo, no cae en la excesiva restricción del ámbito de aplicación práctico del delito que suponía la tesis subjetiva, pues resultaría muy difícil probar los ánimos personales del autor⁴⁵.

42 Cfr. GONZALES RUS, JUAN JOSÉ, "La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones", cit., pp. 496 a 497.

43 Hace referencia al contexto de dominación LARRAURI PIJOAN, ELENA, "Igualdad y violencia de género. Comentarios a la STC 59/2008". *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, febrero 2009, p. 15.

44 OLAIZOLA NOGALES, INÉS, "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXX (2010). p. 300.

45 Cfr. LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta, Madrid, 2007. p. 129.

3.4 La integridad moral como bien jurídico penal protegido en el injusto del maltrato

Como sostiene García Arán, el bien jurídico protegido tanto por el delito de maltrato habitual (Art. 173.2 CP español) como por el delito de maltrato ocasional (Art. 153° CP español) es la integridad moral⁴⁶. La diferencia entre estos dos tipos de conductas de maltrato vendría dado por la diferente forma de atacar la integridad moral, en el maltrato habitual se toma en consideración la violencia física o psicológica que crea un ambiente o clima permanente de violencia reiterada, mientras que en el maltrato ocasional se ataca la integridad moral mediante actos aislados de violencia.

Esta opinión también es compartida por Cuello Contreras y Cardenal Murillo, quienes critican el hecho de que sistemáticamente el legislador penal español haya ubicado a las dos clases de maltrato en capítulos distintos. Según ellos, ambas modalidades de maltrato suponen en última instancia un atentado contra la integridad moral, sólo que por razones político criminales el legislador decidió ubicar al maltrato ocasional como delito contra la integridad o salud personales (al igual que las lesiones) y así forzar a los jueces a calificar como delito la tradicional falta de lesiones y malos tratos, dado que ellos se resistían a dar por probada la habitualidad del maltrato que antes se requería para castigar severamente esta conducta⁴⁷.

Desde nuestro punto de vista, debe suscribirse la tesis que defiende a la integridad moral como objeto de protección de las figuras penales de malos tratos habitual y ocasional, en la medida que aquella violencia física o psicológica que no supone necesariamente un resultado material de menoscabo apreciable en la salud física o psicológica (bien jurídico protegido en las lesiones⁴⁸) de la víctima sólo puede afectar a la integridad moral de la persona, la cual se relaciona con el derecho a no sufrir ningún tipo de trato que cosifique a la persona. Este bien jurídico puede verse afectado tanto por conductas de maltrato habitual como por maltratos ocasionales, aun cuando reconocemos que en el primer caso es más evidente su grado de perturbación debido a las reiteradas acciones violentas y a la creación de un clima de permanente hostilidad.

46 Así lo sostiene GARCÍA ARÁN, MERCEDES, "Artículo 153". En, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I. Córdoba Roda y García Aran (Directores). Marcial Pons, 2004, p. 120.

47 Cfr. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, y CARDENAL MURILLO, ALFONSO, "Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica". En, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 261-262.

48 Así lo sostiene la doctrina mayoritaria según TAMARIT SUMALLA, JOSEP, "Título III. De las lesiones". En, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Aranzadi, Navarra, 2007. p. 103.

3.5 Análisis crítico de la regulación penal peruana del injusto del maltrato

Establecido que, desde nuestro punto de vista, el fundamento de la agravación de la sanción penal en el injusto penal del maltrato de género en el ámbito de la pareja responde i) a la relación de dependencia afectiva o emocional entre autor y víctima, y ii) el contexto objetivo de discriminación en el que se enmarca la conducta; cabe analizar hasta qué punto la regulación penal peruana toma en cuenta adecuadamente este doble fundamento para su técnica de tipificación.

Respecto de la legislación peruana, resulta criticable que sólo se haya tipificado como falta (Art. 442° CP) una forma de maltrato general contra personas y una agravante en caso de que el autor sea cónyuge o concubino de la víctima. La presente regulación, a nuestro juicio, guarda las siguientes inconsistencias dogmáticas y lagunas de punibilidad:

i) Se reduce negativamente el ámbito de aplicación de la agravante de maltrato a los cónyuges y concubinos, dejando fuera los maltratos contra novios, ex novios, ex cónyuges y ex convivientes. Dado que, como ya hemos explicado, el primer fundamento de esta clase especial de maltrato reside en la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico que hace surgir especiales deberes de protección mutua entre los partícipes de una relación de pareja, no tendría por qué dejarse fuera de su radio de acción a las relaciones afectivas antes mencionadas.

ii) No se sanciona más severamente el maltrato en el ámbito de la pareja que es expresión de una discriminación de género. La falta de maltrato del Art. 442° CP no toma en cuenta este elemento especial para agravar la pena del autor, lo cual supone una infra valoración del hecho criminal. A pesar de que el operador jurídico puede considerar esta circunstancia discriminatoria para agravar la pena en aplicación de la agravante genérica regulada en el CP⁴⁹, esta agravación se da dentro del marco abstracto de la pena establecida para la falta en mención y, además, el efecto disuasorio que se genera en la sociedad es menor que si la agravante estuviera específicamente tipificada en la falta de maltrato de la parte especial del CP. El legislador penal peruano ya ha utilizado la técnica de tipificación específica de conductas de violencia de género en la parte especial en el delito de feminicidio

49 “Artículo 46. Circunstancias de atenuación y agravación

(...)

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

(...)

d. Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole.”

(108°-B CP), lesiones graves (Art. 121°-B CP) y lesiones leves (Art. 122° CP), por lo que también podría seguirse esta técnica legislativa para el maltrato de género que es otra manifestación de dicha clase de violencia.

4. Conclusiones

El fundamento material de los delitos de maltrato de género en el ámbito de la pareja (ocasional y habitual) es dual: el primer fundamento del injusto radica en su naturaleza de delito especial que supone que el bien jurídico "integridad moral" se haya en una especial situación de vulnerabilidad respecto del sujeto activo, sobre quien recaen especiales deberes de protección y fomento de dicho bien jurídico por encontrarse ubicado en una específica relación social de pareja que así lo exige. Por otro lado, el segundo fundamento del injusto se relaciona con el sentido discriminatorio de género que implica el maltrato. Es decir, existe un mayor desvalor de acción en la conducta de maltrato de género, porque las agresiones se dan en el marco de un contexto objetivo de discriminación contra la mujer.

En el Perú, no existe ningún precepto penal ni agravante que regule específicamente el maltrato de género; la falta de maltrato de obra del art. 442° CP sólo sanciona más severamente el maltrato que proviene de un cónyuge o concubino, pero no se considera en modo alguno el elemento de discriminación machista para desvalorar más el hecho. De *lege ferenda*, el artículo 442° CP debería ser reformado para sancionar expresamente el maltrato psíquico y, en los casos en los que esté presente el elemento de discriminación de género, se considere a este maltrato como delito. Asimismo, se debería tipificar en la legislación penal peruana un delito de maltrato de género habitual, en la medida que este representa un injusto cualificado debido a que la integridad moral se ve afectada a través de la creación de una pluralidad de agresiones que crean un clima permanente de violencia en perjuicio de la víctima.

5. Bibliografía

- CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, y CARDENAL MURILLO, ALFONSO, "Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica". En, *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2005.
- Defensoría del Pueblo, *La protección penal frente a la violencia familiar en el Perú*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2005.
- Defensoría del Pueblo, *Violencia familiar: un análisis desde el Derecho Penal*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2006.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, EVA MARÍA, "La protección penal reforzada de la mujer en la ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad". En, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*. María José Jiménez Díaz (coordinadora), Dykinson, Madrid, 2009.
- ECHEBURÚA, ENRIQUE, y DE CORRAL, PAZ, "Violencia en las relaciones de pareja un análisis psicológico". En, *Violencia intrafamiliar*. José Ramón Agustina (Director), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES, "Artículo 153". En, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo I. Córdoba Roda y García Aran (Directores). Marcial Pons, 2004.
- GARCÍA GONZALES, JAVIER, "La violencia en el noviazgo: El delito de violencia de género entre adolescentes". En, *La violencia de género en la adolescencia*. Javier García Gonzales (Director), Aranzadi, Navarra, 2012.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *Los delitos especiales*, B de F, Buenos Aires – Montevideo, 2006.
- GRACIA MARTÍN, LUIS, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- GONZALES RUS, JUAN JOSÉ, "La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones". En, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dykinson: Madrid, 2005.
- GORJON BARRANCO, MARÍA CONCEPCIÓN, *La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*. Iustel, Madrid, 2013.
- GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, FAUSTINO, "Existencia del ánimo de subyugación machista en los delitos de violencia de género. Tres posturas en un maremágnum de reinos de taifas jurídico". *La Ley Penal*. Julio-Agosto 2014. Editorial La Ley. p. 3. En: laleydigital.es. Visitado el 26 de febrero de 2015.

- JESCHECK, HANS-HEINRICH, y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2002.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2005, núm. 07-08. En: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>. Visitado el 19 de enero de 2014.
- LARRAURI PIJOAN, ELENA, *Criminología crítica y violencia de género*. Trotta, Madrid, 2007.
- LARRAURI PIJOAN, ELENA, "Igualdad y violencia de género. Comentarios a la STC 59/2008". *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, febrero 2009.
- MAGRO SERVET, VICENTE, "La violencia de género en el caso de las ex parejas", *La Ley Penal*. 13 de junio de 2013. Editorial La Ley. En: laleydigital.es. Visitado el 26 de febrero de 2015.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, ELENA, *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, granada, 2001.
- OLAIZOLA NOGALES, INÉS, "Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria". *Estudios Penales y Criminológicos*. Vol. XXX, 2010.
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, "Tratamiento de las agresiones leves ocasionales en el contexto de la violencia doméstica y de género". En, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Dykinson, Madrid, 2005.
- PÉREZ ALONSO, ESTEBAN, "La autoría y participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal". En, *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador), Idemsa, Lima, 2007.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP, "Título III. De las lesiones". En, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Aranzadi, Navarra, 2007.