

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA**

.....

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

**Jéssica Seoane Marín**

**DIRECTOR**

**Inés Olaizola Nogales**

**Pamplona**

**6 de septiembre de 2016**

## **RESUMEN**

En el presente trabajo se analiza la situación actual de la violencia de género tras la última reforma del Código Penal introducida mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo. Para ello, se parte de una delimitación conceptual entre violencia de género y doméstica, así como de un análisis de la evolución legislativa sufrida en esta materia desde el Código Penal de 1989. Posteriormente, se examinan los tres problemas principales que ha generado el conjunto de reformas en materia de género: la protección reforzada a la mujer, la conversión de determinadas faltas en delitos y la introducción de la nueva agravante de género. Concluyo el trabajo reflexionando sobre si es el Derecho Penal el instrumento adecuado para erradicar este problema, o quizá sea necesario buscar otras vías menos represivas que traten de forma más efectiva los orígenes y causas estructurales de este fenómeno.

**PALABRAS CLAVE:** Violencia doméstica, violencia de género, reformas penales, inconstitucionalidad.

## **ABSTRACT**

This project studies the current situation of gender violence after the last established regulation introduced on March 30th by the Organic Law 1/2015. It is my intention to analyze the difference between domestic violence and gender violence and the legislative development since the Penal Code of 1989. In addition, I shall investigate three main problems in this area of study: the reinforced protection of women, the conversion of certain offenses to the category of crimes, and the insertion of the new aggravating circumstance based on gender reasons. After analyzing and determining our current situation, I conclude we should question whether criminal law is the best solution to our problems, or if society should search for a new and more effective way to eradicate the origin and structural causes of gender violence.

**KEYWORDS:** Domestic violence, gender violence, penal reforms, unconstitutionality.

## ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA.....	3
III.	EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO.....	6
	1. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	6
	2. La entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.....	12
IV.	PROTECCIÓN REFORZADA A LA MUJER.....	15
	1. Cuestiones previas.....	15
	2. Introducción de la Protección Reforzada a la Mujer en el Código Penal y principales críticas a la misma.....	16
V.	CONVERSIÓN DE DETERMINADAS FALTAS EN DELITOS (ARTS. 153, 171.4 y 5, 172.2 CP) .....	26
VI.	¿ES NECESARIA LA NUEVA AGRAVANTE DE GÉNERO?.....	33
	1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: las circunstancias agravantes y, en especial, el artículo 22.4 del CP.....	33
	2. La introducción de la nueva agravante genérica por razones de género.....	35
	3. Aplicabilidad de la nueva agravante: problemas de inherencia.....	37
VII.	CONSIDERACIONES FINALES.....	40
VIII.	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	42
IX.	JURISPRUDENCIA CONSULTADA.....	47

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

1. Art./Arts.....Artículo/s
2. CE.....Constitución Española
3. CGPJ.....Consejo General del Poder Judicial
4. CP.....Código Penal
5. FJ.....Fundamento Jurídico
6. LO.....Ley Orgánica
7. n.º.....Número
8. STC.....Sentencia del Tribunal Constitucional
9. TC.....Tribunal Constitucional

## I. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica y de género ocupa casi de forma diaria las noticias que nos llegan desde diferentes medios de comunicación. Ha sido una mayor toma de conciencia de la mujer respecto a sus derechos, tanto en el ámbito de la pareja, en el de la familia e incluso en el de la propia sociedad, lo que unido a la mayor sensibilización social, ha hecho aflorar a la luz pública un problema ya arraigado que ha dejado sólo en el año 2015 un total de 129.193 denuncias a sus espaldas<sup>1</sup>. De esta forma, la violencia doméstica ha dejado de verse como un asunto de ámbito privado para ser considerado un problema que afecta a la sociedad en su conjunto<sup>2</sup>.

Lo cierto es que si bien siempre ha existido –no es un problema de nueva aparición–, es en los últimos años cuando este tema ha alcanzado una amplia repercusión social generando, al mismo tiempo, numerosas discusiones a nivel doctrinal. Efectivamente, el concepto mismo de violencia de género y su delimitación con respecto al de violencia doméstica, la gran cantidad de reformas legislativas y su efectividad, e incluso la constitucionalidad de algunos tipos penales, han sido objeto de intenso debate. Consecuencia de esto último son los innumerables recursos de inconstitucionalidad planteados sobre los artículos 153.1 y 171.4 del Código Penal, alegando la vulneración de principios claves en el Derecho Penal como el principio de proporcionalidad o el principio de igualdad<sup>3</sup>.

Mas no siempre nos encontramos ante una cuestión estrictamente doctrinal o teórica, la propia visión de las víctimas como seres irracionales o vengativas adquiere cada vez más peso en nuestra sociedad y se suma a las numerosas quejas de los operadores jurídicos sobre la escasez de medios o la imposibilidad de comprobar la eficacia de una reformas legislativas que se suceden y derogan entre sí sin dar tiempo a valorar sus resultados.

---

<sup>1</sup> Datos referidos tanto a los Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer (106) como a los que compatibilizaron en el conocimiento de esta materia con otras, en número de 355. Información extraída de “La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2015”, en el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>2</sup> BOLEA BARDÓN, C. “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 9, 2007, pág. 2.

<sup>3</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 270-271.

La sociedad se pregunta atónita “¿Por qué no denuncian las mujeres maltratadas?” o “¿Por qué, una vez lo han hecho, retiran la denuncia?”. Se etiqueta negativamente a quien es la verdadera víctima, tachándola de inmadura e irracional. Quizá sea necesario comprender que la racionalidad de las mujeres no sigue la del sistema penal, que probablemente una mujer afectada por un episodio de violencia puntual no busque represalias punitivas contra su compañero y simplemente esté lanzando un grito de auxilio para que su situación cambie.

Al mismo tiempo, junto con las críticas sobre “¿Cómo aguantará tanto?” o “¿Cómo permite esa situación?”, es fácil escuchar el carácter instrumental de la mujer que denuncia *para quedarse con el piso*. Lo mismo en lo referente a las pensiones o a los hijos. Considero que debería profundizarse más en desbancar esta clase de tópicos pues la mayoría de las investigaciones señalan que, en muy pocas ocasiones, se realizan atribuciones en materia civil por parte de los jueces de violencia sobre la mujer. Por no hablar de aquellos casos de violencia producidos entre parejas que ni siquiera conviven juntas.

Pero, al margen de lo anterior, no podemos obviar que es el propio sistema de protección social el que exige y obliga a la mujer, como pre-requisito *sine qua non*, a que interponga la denuncia e inicie la rueda del proceso penal. En coherencia, no podemos culparla por acudir al mismo<sup>4</sup>.

Asimismo, me gustaría dejar constancia de que la violencia de género acarrea múltiples consecuencias, que van más allá de estadísticas, discusiones doctrinales o recursos de inconstitucionalidad sobre los que posteriormente trataremos. No podemos olvidar que, bajo este problema de difícil combate, se encuentran no sólo visibles problemas físicos como lesiones o abortos, sino también otros más invisibles: una situación de violencia prolongada produce una notable destrucción de la confianza en uno mismo y en el propio sistema de justicia penal, sentimiento de culpabilidad y de fracaso personal, dependencia afectiva, aislamiento social e incomprensión, etc<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> LARRAURI PIJOAN, E. “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia de género... y algunas respuestas al feminismo oficial” en LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coord.), Género, Violencia y Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 315-316.

<sup>5</sup> BOLEA BARDÓN, C. “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 9, 2007, pág. 4.

Pues bien, en la primera parte del presente trabajo me encargaré de delimitar los conceptos de violencia doméstica y de género, así como de analizar la evolución sufrida por la regulación penal en materia de violencia contra la mujer desde el Código Penal de 1989 hasta la última reforma fechada hace apenas un año. Posteriormente, examinaré los tres problemas claves que, a mi juicio, ha generado el conjunto de normas analizadas en la evolución legislativa: la protección reforzada a la mujer, la conversión de determinadas faltas en delitos y la introducción de la nueva agravante de género. Por último, me aprovecharé de unas breves consideraciones finales para hacer reflexionar al lector sobre el camino a seguir en la lucha contra este problema que, de forma directa o indirecta, nos afecta a todos.

## **II. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS: VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA DOMÉSTICA**

Como punto de partida del presente trabajo debemos tratar el concepto de violencia de género, y su diferenciación con la llamada violencia doméstica. A pesar de que, en numerosas ocasiones, ambos conceptos se empleen de forma equivalente y se confundan entre sí, no nos encontramos ante la misma realidad. Para contribuir a dar luz a este asunto nos ceñiremos tanto al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014, y a la Declaración de Naciones Unidas sobre Eliminación de la violencia contra las mujeres, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993, como a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Pues bien, el artículo 3 del Convenio de Estambul establece las siguientes definiciones:

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

b) Por ‘violencia doméstica’ se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) Por ‘género’ se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) Por ‘violencia contra la mujer por razones de género’ se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”

Asimismo, la Declaración de Naciones Unidas define la violencia contra mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al género femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada”.

Por otro lado, el precepto 1 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece lo siguiente:

“1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones contra la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

De las descripciones de violencia de género se extraen dos conclusiones: en primer lugar, nos encontramos ante una forma de violencia basada en la discriminación estructural de un determinado grupo social, marcado por la subordinación que ocupan sus integrantes. En segundo lugar, este grupo social es el conformado por las mujeres, al ser las destinatarias directas de una asignación de roles subordinados. Por consiguiente, bajo esta premisa de subordinación y discriminación se entiende una clase de violencia que afecta a las mujeres por el hecho mismo de ser mujeres, pero no por el conjunto de rasgos biológicos que diferencian a las mismas del sexo opuesto, sino por unos roles subordinados cuyo origen es social, estructural y cultural<sup>6</sup>.

Asimismo, es necesario dejar constancia de que este tipo de violencia no se caracteriza por quién la ejerce –no nos encontramos, por consiguiente, ante un derecho penal de autor–, sino por el sujeto pasivo que la sufre. Efectivamente, como ya hemos indicado, el blanco de la violencia de género siempre será la mujer por el mero hecho de ser mujer. Y si bien es cierto que será habitual encontrarnos con un sujeto activo varón –manifestación plena de la falta de igualdad entre sexos–, no siempre será así. La explotación sexual femenina, las lapidaciones a mujeres, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales o los abortos selectivos, constituyen sin lugar a dudas manifestaciones claras de violencia de género; y no porque el sujeto activo sea perteneciente a uno u otro sexo, sino porque la víctima es mujer y la violencia viene motivada por su rol de mujer<sup>7</sup>.

Por otro lado, la violencia definida como doméstica no sólo tiene como víctima a la mujer, sino que también puede ejercerse sobre el resto de familiares protegidos en el precepto 173.2 CP<sup>8</sup>. Este tipo de violencia comprende la situación de aquellas personas que son sometidas a agresiones, bien sean físicas o psíquicas, por parte de un miembro

---

<sup>6</sup> LAURENZO COPELLO, P. “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords), *Género, Violencia y Derecho*, 2008, págs. 344-345.

<sup>7</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 303.

<sup>8</sup> 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, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, [...]”

perteneciente al mismo núcleo familiar –obsérvese que, en este caso, el sexo tanto del sujeto activo como pasivo es indiferente–.

De esta forma, ni toda forma de violencia de género constituye un delito de violencia doméstica, ni toda violencia doméstica es ejercida únicamente sobre la mujer<sup>9</sup>. Si bien es cierto que una y otra manifestación de violencia están íntimamente ligadas, pudiéndose dar ambas de forma simultánea, no son realidades coincidentes: la violencia doméstica tiene su origen en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar, mientras que la violencia de género se centra en la discriminación estructural hacia las mujeres, originaria de una sociedad patriarcal. Precisamente el Derecho Penal debe ajustar su grado de intervención en función del tipo de violencia en el que nos encontremos, razón por la cual la diferenciación de conceptos resulta tan esencial<sup>10</sup>.

### **III. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO.**

#### **1. Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>11</sup>.**

Si bien es cierto que desde sus orígenes el Código Penal siempre ha tipificado cualquier manifestación de violencia –independientemente de quien fuere el sujeto activo o pasivo, y el contexto en el que la misma se produjere– a través de los delitos de homicidio, lesiones y contra la libertad, no es hasta el año 1989 cuando empieza a diferenciarse una regulación específica aplicable a los actos violentos que tienen lugar en el contexto de las relaciones domésticas, primero, y posteriormente a los ejercidos entre hombre y mujer.

Efectivamente, a finales de los años 90 se introduce por primera vez en el Código Penal el delito de violencia doméstica como especie diferenciadora del delito de lesiones. A pesar de que el mismo se ubica sistemáticamente entre las lesiones,

---

<sup>9</sup> MENDOZA CALDERÓN, S. “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, pág. 143.

<sup>10</sup> LAURENZO COPELLO, P. “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords), *Género, Violencia y Derecho*, 2008, pág. 334.

<sup>11</sup> BOLEA BARDÓN, C. “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, 2007, págs. 4-18.

resultaba discutible que compartiera el bien jurídico con éstas. Y ello porque, aunque en un principio un sector doctrinal entendiese que el bien jurídico protegido por este nuevo delito de violencia doméstica, dada su ubicación, era la salud o integridad personal –cierto es que también se pretendió vincular con la paz familiar o con la noción de convivencia pacífica–, posteriormente la mayor parte de la doctrina vio que era más próximo a la integridad moral de la víctima<sup>12</sup>.

Con la entrada en vigor de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, y la consiguiente aprobación del nuevo Código Penal, el delito de violencia doméstica habitual eleva su pena de prisión de 6 meses a tres años, ampliando al mismo tiempo el círculo de sujetos pasivos –éste ya no sólo abarcaba a parejas de derecho y de hecho y los hijos propios, sino también los hijos del cónyuge o conviviente; incluyéndose además los pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el autor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro–. Además, resulta relevante la modificación del régimen concursal de forma que las penas correspondientes al delito de violencia doméstica habitual, se aplicarán junto con aquellas que pudieran corresponder por el resultado que se causare por el autor. No obstante, recordemos que continuamos bajo las premisas de convivencia y habitualidad.

La LO 14/1999, de 9 de junio, se encarga de introducir en el delito de violencia doméstica la violencia psíquica como modalidad típica y se vuelve a ampliar el círculo de sujetos incluyéndose los ex cónyuges y los ex convivientes –“sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre personas que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad”–. Mediante esta reforma comenzamos a ser conscientes de que el bien jurídico a proteger no podía ser la paz familiar o el hogar, ya no sólo se castigaba la violencia producida en el seno de la convivencia, sino toda aquélla presente

---

<sup>12</sup> Así se venía entendiendo por parte de la doctrina, por ejemplo, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios al Código Penal 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 801; OLMEDO CARDENETE, M.D., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, págs. 37 y ss.; RODRÍGUEZ MESA, M.J., “El delito de malos tratos degradantes cometidos por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos” en *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, 2001, págs. 89 y ss. CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 63 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., “Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 669 y ss.; En la actualidad es doctrina mayoritaria la que apoya esta tesis. Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 182; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173”, en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 267.

en cualquier vínculo de afectividad. En efecto, parece que el interés protegido apuntaba hacia la integridad moral o dignidad de aquellas personas unidas al agresor. No menos relevante fue la introducción, también mediante esta reforma, de las siguientes prohibiciones a imponer como penas accesorias –siempre atendiendo a la gravedad de los hechos cometidos–: prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determinase el Juez o Tribunal; la prohibición de comunicación con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas determinadas por el Juez o Tribunal y, por último, la prohibición de volver al lugar en que se haya cometido el crimen o a la residencia de la víctima o su familia, si ambos fueren distintos. Por último, la LO 14/1999 introdujo un nuevo artículo 544 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal donde se recogía la medida cautelar consistente en la prohibición de residir en determinados lugares.

El año 2003 figura marcado como uno de los hitos principales en el calendario de reformas legislativas emprendidas en materia de violencia doméstica y de género. Para comenzar la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica pretendió lograr “una estatuto integral de protección, que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal”<sup>13</sup>. En consecuencia, se daba el primer paso hacia el derecho asistencial con la adopción de diversas medidas en materia civil y social, plano asistencial que posteriormente abordaría la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Posteriormente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, nos trae tres importantes novedades. Primeramente, la violencia doméstica habitual cambia su ubicación del precepto 153 al 173.2 de forma que, sin lugar a dudas, nos encontramos ya ante un delito cuyo bien jurídico a proteger es la integridad moral. Asimismo, también en el contexto de violencia doméstica, se impone la pena agravada en su mitad superior para el caso de que el crimen se perpetre en presencia de menores, empleando armas, en el domicilio común o en el de la víctima, o bien quebrantando alguna de las penas accesorias o medidas cautelares. Además, queda precisado el concepto de habitualidad en función del número de actos violentos

---

<sup>13</sup> Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.

acreditados y su proximidad temporal, independientemente de que los mismos se ejerzan sobre la misma o diferentes víctimas, y de que hayan sido objeto o no de enjuiciamiento anterior. En segundo lugar, el círculo de sujetos pasivos del 173.2 es objeto de nueva ampliación, de modo que no sólo quedarán incluidos todos los descendientes, ascendientes o hermanos, ya sean propios o del cónyuge o conviviente, sino que, con carácter general, cualquier persona que forme parte del núcleo de convivencia familiar podrá ser sujeto pasivo de este delito. Además, se incluyen todas aquellas personas sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. En tercer y último lugar, el nuevo precepto 153 abre las puertas de la conversión de faltas a delitos tipificando como delito conductas que con anterioridad sólo eran catalogadas como faltas de lesiones y de malos tratos o amenazas. La verdadera trascendencia práctica de esta reforma no radicaba sólo en el incremento punitivo, sino en la posibilidad de imponer la prisión provisional como medida cautelar.

La tercera reforma emprendida en el año 2003 se materializa a través de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. A partir de ahora se prevé la posibilidad de dictar prisión provisional cuando existan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión y, con ello, se persiga el fin de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes protegidos de la víctima. Además, cuando nos encontremos ante una de las víctimas recogidas en el precepto 173.2, ya no imperará el requisito de que el delito tenga señalada una pena igual o superior a dos años de prisión para que pueda imponerse la prisión provisional.

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, convierte al año 2004 en el otro hito clave en materia de reformas legislativas emprendidas en este tipo de violencia.

En primer lugar, la señalada Ley introduce una nueva agravación de las lesiones recogidas en el precepto 147 del Código Penal cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia<sup>14</sup>. Asimismo, se agravan aquellas lesiones

---

<sup>14</sup> Artículo 148: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4.º Si la víctima

producidas sobre víctimas especialmente vulnerables que convivan con el autor<sup>15</sup>. Obsérvese que, en este último caso, se deberá probar dos aspectos: la convivencia con el autor y la condición “especialmente vulnerable” de la víctima en cuestión. Por el contrario, en la agravación anterior, la condición de especial vulnerabilidad se presume de forma automática por el mero hecho de ser mujer.

En segundo lugar, la LO 1/2004 configura el precepto 153 del Código Penal diferenciando los siguientes tres regímenes: en primer lugar, el supuesto en que 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 –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–; en segundo lugar, cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, supuesto en el que se impondrá la misma pena que en el caso anterior; y, por último, cuando la víctima no sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a el autor por una análoga relación de afectividad y tampoco sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, siendo de esta forma una del resto de personas mencionadas en el art. 173.2 –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–. Por último, el apartado cuatro del mismo artículo prevé la posibilidad de que el Juez imponga la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores, siempre razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho de que se trate.

---

fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.”

<sup>15</sup> Artículo 148: “Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”

En tercer lugar, la conversión de las faltas de amenazas y coacciones en delito es otra de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2004. Respecto a las amenazas, el artículo 171.4 CP catalogará como delito aquella falta de amenaza realizada sobre quien sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia; en coherencia con las previsiones de los preceptos 148 y 153 CP, también se sancionarán como delito las amenazas leves sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (art. 171.4 inc. 2.º CP); y, por último, aquellos supuestos en los que las amenazas leves se produzcan con armas u otros instrumentos peligrosos sobre alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, exceptuando las acabadas de mencionar, también serán punibles como delito. En definitiva, únicamente no serán constitutivas de delito aquellas amenazas que, siendo leves y producidas sin armas, tengan como sujeto pasivo alguna de las personas contenidas en el artículo 173.2 CP, excepto las especialmente protegidas –esposa o ex esposa, mujer ligada en el presente o en el pasado por análoga relación de afectividad y personas especialmente vulnerables que convivan con el autor–.

En cuarto lugar, en relación a las coacciones leves, sólo podrán ser constitutivas de falta si se realizan sobre alguna de las personas del artículo 173.2 CP, excepto las especialmente protegidas –esposa o ex esposa, mujer ligada en el presente o en el pasado por análoga relación afectividad y personas especialmente vulnerables que convivan con el autor–, en cuyo caso serán siempre constitutivas de delito de coacciones.

Por último, indicar que la LO 1/2004 también modifica el delito de quebrantamiento de condena contenido en el precepto 468 CP elevando la pena de prisión a un mínimo de seis meses, así como eliminando la posibilidad de imponer la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Asimismo, se configura un tipo específico de quebrantamiento de condena cuando la pena, la medida cautelar o la medida de seguridad se haya impuesto en un procedimiento en el que el ofendido sea alguna de las personas del artículo 173.2 CP.

El conjunto de reformas descritas hasta el año 2004 vinieron caracterizadas por dos aspectos: por un lado, el incremento de la pena cuando la víctima fuera mujer o persona especialmente relacionada que conviviese con el autor; y, por otro lado, la

tipificación como delito de determinadas conductas que, hasta ese momento, simplemente habían sido catalogadas como faltas. Ambas cuestiones –a las que nos referiremos a lo largo de este trabajo– vinieron acompañadas de amplios debates doctrinales y una gran polémica que, en la práctica, trajo consigo varios recursos de inconstitucionalidad.

## **2. La entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>16</sup>.**

La Ley Orgánica 1/2015 se encarga de introducir algunas modificaciones en los delitos de violencia de género y violencia doméstica. La propia Exposición de Motivos justifica las reformas en la necesidad de reforzar la protección especial que dispensa el CP a este tipo de víctima, así como en adecuarse a los compromisos internacionales del estado español, como el Convenio de Estambul del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres de 7 de abril de 2011, publicado en el BOE el 1 de agosto de 2014.

En primer lugar, uno de los cambios más notables es la inclusión expresa en el artículo 22.4 CP de la agravante de género, de manera diferenciada a la de sexo. La razón de esta modificación radica en la definición de género que contiene el Convenio de Estambul, entendido como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, y que puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo<sup>17</sup>.

En segundo término, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada. Tras su introducción por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que sólo la contemplaba para delitos contra la libertad sexual y delitos de terrorismo, la LO 1/2015 permitirá imponerla en todos los delitos contra la vida, así como en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica.

---

<sup>16</sup> Es de destacar, en complemento a esta Ley, la LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito que busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral.

<sup>17</sup> 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 noviembre, del Código Penal.

En coherencia con la desaparición de las faltas como consecuencia de la reforma, se modifican las conductas típicas del artículo 153.1 CP que dependen de su definición en el artículo 147.2. De esta forma, se sustituye el concepto de “lesión no definida como delito” por la expresión “lesión de menor gravedad”. Igualmente, se producen cambios en los artículos 171 y 172 CP que, a partir de ahora, pasan a recoger las amenazas leves (art. 171.7 CP) y las coacciones leves (art. 172.3 CP).

No obstante, las consecuencias derivadas de la desaparición de las faltas no afectarán al tratamiento diferenciado que se produce en los delitos relacionados con la violencia de género y doméstica, ello con el fin de mantener un nivel de protección más elevado. De este modo, aunque la nueva categoría de delitos leves contenga como requisito para su perseguibilidad la denuncia previa del perjudicado, éste no será exigible en aquellas infracciones relacionadas con la violencia de género y doméstica o el nuevo delito de acoso<sup>18</sup>.

Otro de los importantes cambios producidos con la reforma del CP es la corrección que se introduce en materia de imposición de penas de multa, a fin de no perjudicar los intereses económicos de la mujer derivados de la propia relación conyugal o de convivencia, o de obligaciones económicas habidas para con los hijos de la pareja. La previsión del precepto 84.2 CP recoge la limitación de la imposición de multa a aquellos supuestos en los que se acredite la total independencia económica de la mujer, esto es, la falta de existencia de cualquier vínculo económico con el agresor, derivado de la relación conyugal o de los hijos comunes.

Debido a los obstáculos que a veces existen a la hora de determinar los vínculos económicos recíprocos y a fin de evitar que, en todo caso, no acabe recayendo la carga de la multa sobre la víctima, quizá hubiese sido preferible mantener la antigua prohibición del artículo 88 CP que impedía la sustitución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad –cuyo carácter es altamente más resocializador– por la de multa en los supuestos de violencia contra la mujer<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> 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 noviembre, del Código Penal.

<sup>19</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN, C. “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 172.2 y 173.4)”, en GONZÁLEZ/MATALLÍN/GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 516-517.

La tipificación en el apartado 4 del precepto 173 CP de las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, cuando la víctima fuere alguna de las personas a las que se refiere el 173.2 CP, es otra de las novedades de la LO 1/2015. Si bien, para el resto de supuestos, no se encuentran penalizadas al constituir ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación<sup>20</sup>, es relevante su tipificación como delito dentro del ámbito de la violencia familiar. En efecto, muchas de estas conductas –aparentemente leves–, van incrementándose en intensidad y frecuencia, constituyendo el inicio de una situación clara de violencia contra la mujer<sup>21</sup>. Se debe señalar asimismo que en la vejación injusta leve –a diferencia de la injuria–, no será exigible la denuncia por parte de la persona agraviada o su representante legal<sup>22</sup>.

Asimismo, cabe mencionar la introducción del nuevo tipo penal de acoso, hostigamiento o *stalking* en el precepto 172 ter CP. Con la finalidad de dar respuesta a aquellas conductas que, sin poder ser calificadas como amenazas o coacciones –pues no se producía el anuncio explícito de la intención de causar algún mal o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima–, menoscaban gravemente su libertad o sentimiento de seguridad<sup>23</sup>. Las persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas y demás actos de hostigamiento, podrán ser castigados con una pena de prisión de uno a dos años.

Por último, se castigará tanto a aquellos sujetos que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, como a los que no los lleven consigo u omitan las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento (468.3 CP). La rotura de los mecanismos de control revela una mayor energía criminal, por lo que parece adecuada una respuesta penal más contundente a través de la tipificación expresa de estas conductas dentro de los delitos de quebrantamiento.

---

<sup>20</sup> Dictamen de la Comisión del Senado de 9 de marzo de 2015, pág. 27.

<sup>21</sup> Informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, 2015, pág. 183.

<sup>22</sup> CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN, C. “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 172.2 y 173.4)”, *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, en GONZÁLEZ/MATALLÍN/GÓRRIZ (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 511-512.

<sup>23</sup> 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 noviembre, del Código Penal.

## IV. PROTECCIÓN REFORZADA A LA MUJER

### 1. Cuestiones previas

Previamente a analizar la cuestión que nos ocupa, me gustaría reflexionar acerca de cuál es el papel de la mujer-víctima de violencia de género en el procedimiento penal, así como dónde queda su autonomía, su capacidad de defenderse y de razonar, una vez interpuesta la denuncia e iniciado el proceso. En definitiva, si –como señala Larrauri<sup>24</sup>– ha de protegerse a las mujeres incluso contra su voluntad o a costa de la misma.

Personalmente considero que el sistema penal desconoce la voluntad de la víctima, y no sólo la desconoce sino que, además, refleja una profunda incomprensión de la situación que sufren las mujeres maltratadas. Cuando una víctima de violencia de género acude al proceso penal lo hace porque se encuentra, probablemente de forma activa y desesperada, buscando auxilio; porque ya ha agotado todos los recursos de los que disponía para combatir su situación y, precisamente, la única forma de que dispone en estos momentos para auto-protegerse es entrar en la rueda del ordenamiento penal.

Ahora bien, lo que seguramente esta mujer desconoce es la imposibilidad de retirar la denuncia una vez interpuesta; la regulación obligatoria de reglas de conducta como la prohibición de aproximación, incluso cuando la víctima no esté conforme con ello; la imposición obligatoria de las órdenes de alejamiento; y la previsión legal de la pena de prisión para los casos de quebrantamiento de condena, incluso en aquellos supuestos en los que la mujer haya consentido en el hecho del acercamiento de la pareja<sup>25</sup>.

Adicionalmente a todo lo anterior, no debemos obviar que la Ley de Violencia de Género posee como requisito *sine qua non* para acceder a cualquier medida asistencial, la interposición de denuncia penal<sup>26</sup>. En efecto, cuando una mujer en su

---

<sup>24</sup> LARRAURI PIJOAN, E. “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en *Cuadernos penales José María Lidón: La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género n.º 2*, 2005, págs. 157 y ss.

<sup>25</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 274.

<sup>26</sup> No sucede lo mismo en el territorio de la Comunidad Foral de Navarra, donde la Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres, no contiene como requisito la interposición de denuncia previa para acceder a los Recursos de Acogida del Gobierno de Navarra.

intento de cambiar su situación denuncia solicitando ayuda, busca precisamente eso: sólo una ayuda –y no una posterior condena de la que, hasta ahora, había sido su compañero–. Por consiguiente, el hecho de hacer depender toda medida social de una previa interposición de denuncia, hace que irremediablemente muchas mujeres se retracten de su voluntad y retiren tal denuncia. Por esta razón, toda ayuda debe ser previa y ha de venir precedida de una actuación profunda –y anterior a la intervención del derecho penal– por parte de los servicios sociales de la Administración Pública, y sólo cuando la mujer-víctima de violencia de género esté concienciada y sea plenamente conocedora del significado y trascendencia de la puesta en marcha de un procedimiento penal y sus consecuencias, podrá denunciar<sup>27</sup>.

Asimismo, queda vetada, en todo caso, la propuesta de conceder un espacio a la mediación entre los miembros de la pareja antes de acudir a la vía penal contribuyendo, de esta manera, a incrementar el sentimiento de culpa propio de la mujer maltratada<sup>28</sup>; y, lo que a mi juicio es más grave, se produce una total ausencia de diferenciación entre el maltrato ocasional o puntual y la violencia doméstica –caracterizada por la nota de habitualidad– cuando, como ya hemos hecho referencia en líneas anteriores, su tratamiento penal no debe ser el mismo.

En definitiva, como afirma la profesora Olaizola, todo lo expuesto trae consigo una grave consecuencia: la infantilización de la mujer a la que se le presume su falta de autonomía y su incapacidad para tomar decisiones concernientes a su propia vida. Nos encontramos ante una regulación penal que trae de la mano una imagen de mujer maltratada irracional, infantil y vulnerable que no es capaz de defenderse por sí sola<sup>29</sup>.

## **2. Introducción de la Protección Reforzada a la Mujer en el Código Penal y principales críticas a la misma.**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo en el Código Penal una serie de disposiciones

---

<sup>27</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, 275; en igual sentido, MORILLAS CUEVA. *Sobre el maltrato*, 2006, págs. 197 y ss.

<sup>28</sup> LAURENZO COPELLO, P. “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en *Cuadernos penales José María Lidón: La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género n.º 2*, 2005, pág. 98.

<sup>29</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 276.

dirigidas a tutelar de manera específica y diferenciada a las mujeres frente a ciertos actos de violencia de los que son objeto por los roles asociados a su condición femenina. Como ya hemos visto al analizar la evolución legislativa, esta Ley modifica los preceptos 153.1 y 171.4 del Código Penal imponiendo una pena mayor –prisión de seis meses a un año– en aquellos casos en los que la víctima de la agresión es una mujer o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, mientras que, cuando la víctima sea alguno de los otros sujetos mencionados en el precepto 173.2 CP, la pena a imponer será simplemente de tres a seis meses. Asimismo, según el artículo 172.2 CP, las coacciones leves sólo constituirán la categoría de delito cuando el sujeto pasivo sea mujer o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; y, por último, se producirá una agravación del delito de lesiones, contemplada en los apartados 4 y 5 del precepto 148 CP, cuando la víctima fuere mujer o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor –en ambos casos, pena de prisión de dos a cinco años–.

Ante esta situación, surgieron numerosas críticas –muchas de ellas reflejadas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial a la Ley integral<sup>30</sup>– como son las siguientes: nos encontramos ante una discriminación positiva hacia la mujer, que no resulta aplicable en el ámbito penal, y que trae consigo una discriminación negativa para el varón; si la agravación de pena se fundamenta únicamente en motivos estadísticos –mayor número de víctimas mujeres que hombres– y no en un mayor desvalor del injusto que justifique el aumento de la pena, nos encontramos de vuelta con el derecho penal de autor y, por consiguiente, con una supuesta vulneración del principio de culpabilidad; y, por último, la presente tipificación presume de forma automática, y por el mero hecho de su condición femenina, una inferioridad de la mujer que resulta flagrantemente inaceptable.

Respecto a la primera de las críticas reseñadas, tal y como opina Comas<sup>31</sup>, resulta relevante comenzar señalando que la aprobación de la LO 1/2004 –a pesar de la enorme polémica que trajo consigo–, era completamente necesaria al perseguir dos objetivos clave: primeramente, la consecución de una igualdad real y efectiva entre

---

<sup>30</sup> Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, a 21 de junio de 2004.

<sup>31</sup> COMAS D'ARGEMIR, M. “La Ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, pág. 40.

hombres y mujeres; y, en segundo lugar, la reducción de las altas cifras de violencia de género existentes en nuestro país, logrando erradicar este problema de difícil solución.

Para la consecución del primer objetivo es necesario acudir al artículo 14 de la Constitución Española de 1978, así como al conjunto de medidas de acción positiva a favor de las mujeres, al ser éste un colectivo tradicionalmente discriminado como consecuencia de una sociedad patriarcal que sitúa al sexo femenino en una posición clara de inferioridad. Precisamente esto último posee un claro sustento legal en el precepto 9.2 CE, que impone el mandato expreso hacia los Poderes Públicos de remover todos los obstáculos que impidan que el disfrute de los derechos fundamentales de las personas, incluido el derecho a no ser discriminado en función del sexo, sea real y efectivo. Asimismo, una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha respaldado el empleo de medidas de acción positiva hacia aquellos colectivos tradicionalmente discriminados; nos encontramos ante el denominado “derecho desigual igualitario entre hombres y mujeres” definido en el Fundamento Jurídico 2.º de su STC 229/1992<sup>32 33</sup>.

Pues bien, desde la aprobación del Anteproyecto de Ley en el Consejo de Ministros, comenzó a germinarse un gran debate jurídico y doctrinal acerca de si esta opción legislativa situaba en una posición de discriminación y desprotección no sólo a hombres maltratados, sino también a niños y ancianos<sup>34</sup>.

A este respecto, el propio informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, aprobado el 21 de junio de 2004, afirmaba que la discriminación positiva tiene su justificación en diversos ámbitos jurídicos, mas no en el Derecho Penal cuando se trata de crear delitos o agravar penas. Continuaba incidiendo en esta cuestión, señalando que la discriminación positiva excepciona el principio de igualdad y, por tanto, es ilegítima siempre que tenga como contrapartida ineludible el perjuicio hacia quienes pertenecen a otro grupo, como es el de los hombres. Según el Consejo General del Poder Judicial, la acción positiva lo que pretende es remediar situaciones reales de

---

<sup>32</sup> COMAS D'ARGEMIR, M. “La Ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, págs. 40-41.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 14/12/1992, n.º 229/1992.

<sup>34</sup> COMAS D'ARGEMIR, M. “La Ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, pág. 42.

desigualdad para restablecer la igualdad recogida en el artículo 14 CE; no obstante, el límite de esa acción positiva es la restauración del equilibrio, motivo por el cual no puede conducir a un desequilibrio inverso por exceso. De esta forma, entiende el Consejo que la discriminación positiva sólo tiene cabida en aquellos ámbitos en los que existe una situación previa de desigualdad, lo cual no sucede en el ámbito de la tutela penal pues ambos sexos parten de una misma situación de tutela por el derecho. En definitiva, no se observa esa desventaja inicial de la mujer respecto al hombre que justificaría la existencia de un tipo penal diferente<sup>35 36</sup>.

Por último, en relación al ámbito de protección de la Ley y como ya hemos adelantado, se plantea el Consejo General del Poder Judicial por qué no se aplica una protección de igual rango que la dispensada a la mujer, al resto de personas como menores, ancianos, o incluso hombres en determinadas circunstancias, los cuales pueden encontrarse también en una situación de subordinación respecto al sujeto activo. De hecho, “la violencia contra ancianos y niños es más grave si cabe, precisamente por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho que se les presupone”. En este sentido, indica el Consejo que el hecho de que las personas que no son mujeres víctimas de este tipo de violencia constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda también su ámbito de protección también a esas personas<sup>37</sup>.

En relación a lo expuesto por el Consejo General del Poder Judicial, considero que sólo cabe discutir la legitimidad constitucional de las medidas de acción positiva destinadas a proteger de modo más intenso a la mujer, si se niega la premisa legitimadora que las sustenta y se defiende –como lo hace el Consejo– una supuesta igualdad de partida entre hombres y mujeres. Efectivamente, el Consejo parece no reconocer el problema de la violencia de género como una manifestación de un patrón general de comportamiento basado en pautas sociales de conducta, esto es, como una

---

<sup>35</sup> El informe del CGPJ, literalmente señala en su página 22: “[...] el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, no hay una desventaja inicial, luego no se explica un tipo penal diferente que otorgue una súper protección de la libertad de la mujer, a costa, precisamente, de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.”

<sup>36</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C. “Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, págs. 60-61.

<sup>37</sup> Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, a 21 de junio de 2004, pág. 17.

discriminación estructural que sufren las mujeres en la sociedad actual. Sólo de esta forma se entiende que el Consejo afirme que el único dato distintivo de la violencia contra las mujeres sea de naturaleza estadística o cuantitativa.

A este respecto, opino que hay que defender la categoría diferenciada y específica que constituye la violencia sobre las mujeres, una categoría socialmente así definida y, en palabras de Lorenzo<sup>38</sup>, “asociada a la posición de poder que todavía ocupan los varones en la estructura social y que, por eso mismo, no puede tener paralelo en el sexo masculino”. Como se señala desde las Naciones Unidas, “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre”<sup>39</sup>.

Por último, a raíz de las críticas en relación a la presunta desprotección que generaba el anteproyecto de LO 1/2004 en el resto de personas tales como menores, ancianos y hombres maltratados, fue incluida en el artículo 153 de la definitiva Ley, junto a las mujeres víctimas, la posibilidad de aplicar la misma pena cuando el sujeto pasivo fuese una persona especialmente vulnerable que conviviese con el autor. Por consiguiente, resultaba equiparada a la de la mujer la protección dispensada por la LO en caso de niños, ancianos, etc.

Asimismo, nos vemos obligados a recordar que la Ley Integral que nos ocupa no afecta en absoluto a la vigencia de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, ni tampoco al conjunto de preceptos del Código Penal que castigan las actuaciones violentas producidas dentro de la estructura familiar. En definitiva, a pesar de la aprobación de esta Ley Integral, cualquier menor, anciano u hombre víctima de una situación de violencia doméstica, seguirá obteniendo la misma tutela efectiva de nuestros Tribunales, esto es, su protección judicial y legal no se encontrará menguada bajo ningún concepto<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> LAURENZO COPELLO, P. “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en *Cuadernos penales José María Lidón: La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género n.º 2*, 2005, págs. 107-108.

<sup>39</sup> *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/12/1993, 48/104.

<sup>40</sup> COMAS D'ARGEMIR, M. “La Ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, pág. 42.

En cuanto a la segunda de las críticas señaladas, se cuestiona la constitucionalidad del precepto 153.1 CP al fundamentarse la agravación de la pena en el sexo del sujeto activo (varón). Se afirma que nos encontraríamos ante un ataque frontal al principio de culpabilidad al considerar que el mismo hecho resulta más grave por la circunstancia de que el autor sea varón y el sujeto pasivo mujer; de esta forma, la personalidad del reo –y no su culpabilidad– estaría determinando la pena a imponer, instaurando por consiguiente un trasnochado derecho penal de autor que no tiene cabida en nuestra legislación penal<sup>41</sup>.

El argumento base es la determinación del concepto de autor que realiza la Ley Integral 1/2004. A este respecto, el artículo 1 de la misma indica que su objeto es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.” En palabras del Consejo del Poder Judicial, la Ley estaría presumiendo *iuris et de iure* que cuando el hombre amenaza o coacciona a su mujer o a su ex mujer, lo hace en todo caso prevaleciéndose de una situación de superioridad o con el fin de mantener la voluntad de dominación<sup>42</sup>.

Asimismo, otro argumento empleado por la doctrina es el derivado de la circunstancia siguiente: si el sujeto pasivo necesariamente ha de ser mujer, y se interpreta que el autor de la violencia puede ser hombre o mujer, nos encontraríamos con la paradójica –y desigual– situación de que aquellas agresiones producidas en el seno de relaciones entre lesbianas sí serían objeto de punición por los tipos penales de la Ley. No obstante, no sucedería lo mismo con aquellas agresiones producidas en las relaciones homosexuales masculinas<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C. “Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, págs. 61-62.

<sup>42</sup> Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, a 21 de junio de 2004, pág. 40.

<sup>43</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 303.

En mi opinión, si bien es cierto este último argumento empleado –el cual encuentra su base en la necesaria condición femenina del sujeto pasivo–, no resulta necesario restringir el ámbito de autores al sexo masculino.

En efecto, no podemos perder de vista que las nuevas agravantes introducidas por la Ley Integral –y el propio concepto de violencia de género– tienen su sustento en el sexo del sujeto pasivo, es decir, no son las singularidades del sujeto activo del delito quienes determinan la agravación de la pena, sino una serie de circunstancias asociadas de modo exclusivo a la víctima por su propia condición de mujer. Por esta razón, la ley opta siempre por fórmulas neutras en la tipificación de las conductas y se refiere a los responsables de los hechos como “el autor –y no el varón–”<sup>44</sup>.

Y con ello no estamos negando la posibilidad de que el varón pueda ser víctima de violencia de género. La peculiaridad radica en que, al riesgo de sufrir agresiones que posee cualquier persona –sea hombre o mujer– en el marco de una relación sentimental o afectiva, se añade un peligro concreto determinado por la propia condición femenina de la mujer. Un riesgo que, como ya hemos señalado en líneas previas, encuentra su origen en el injusto reparto de roles sociales, y en la posición subordinada y dependiente de la mujer con respecto al varón. Precisamente es esta singular exposición al riesgo, la que motiva al legislador a otorgar una protección reforzada a la mujer en el ámbito del Derecho Penal, tutela reforzada que también aplica la ley a otros colectivos considerados vulnerables ante determinado tipo de agresiones –véanse los menores, los incapaces, los extranjeros u otros grupos discriminados socialmente–<sup>45</sup>.

Finalmente, en relación a la tercera de las críticas expuestas consistente en la presunción automática por parte del tipo penal de la vulnerabilidad de la mujer, si bien es cierto que la dicción del precepto 153.1 CP contempla y admite como víctimas, además de la propia mujer, a personas especialmente vulnerables, la cuestión radica en que para que éstas sean consideradas sujeto pasivo del delito, habrá que probar dos elementos: en primer término, una situación de convivencia con el autor, y en segundo,

---

<sup>44</sup> Salvo que se entienda, como señala Laurenzo, que cuando la ley habla del “el autor” lo haga en referencia exclusiva al sexo masculino. Interpretación absurda pues, de admitirse la misma, convertiríamos la mayoría de tipos penales tipificados en una expresión del derecho penal de autor.

<sup>45</sup> LAURENZO COPELLO, P. “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en *Cuadernos penales José María Lidón: La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género n.º 2*, 2005, págs. 110-112.

la propia especial vulnerabilidad. Sin embargo, no sucede lo mismo con la mujer donde sólo será objeto de prueba la relación de afectividad con el autor.

Bajo mi punto de vista, ante esta circunstancia nos encontramos con una clara presunción *iuris et de iure* de inferioridad legal de toda aquella mujer que está inmersa en una relación afectiva –con o sin convivencia–, y consecuentemente, con una victimización del sexo femenino pues, con carácter automático y por razón de género, las mujeres somos inferiores a los hombres, independientemente de que exista una mayor o menor vulnerabilidad en términos reales y de que convivamos o no con el autor<sup>46</sup>.

Como consecuencia de lo expuesto hasta aquí, se han planteado ante el Tribunal Constitucional numerosas cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153.1 CP. Si bien algunas de las mismas ni siquiera fueron admitidas a trámite, consta la existencia de otras muchas que sí fueron objeto de admisión y discusión por el alto tribunal. La primera de ellas fue la planteada por la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Murcia mediante auto de 29 de julio de 2005, cuestión que fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 9 de febrero de 2006. A esta cuestión le siguieron otras, tales como la número 2013/2006, la 2684/2006 o la 3442/2006, entre otras<sup>47</sup>.

De todas las cuestiones planteadas que fueron objeto de admisión, destaca la que fue resuelta por el TC en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, declarando la constitucionalidad del precepto. El alto tribunal afirma que el precepto 14 de la Constitución es plenamente compatible con el trato diferenciado, siempre y cuando se den dos circunstancias: la primera es que la diferencia jurídica ha de perseguir un fin legítimo, y la segunda es que las consecuencias derivadas de tal diferencia no se antojen desproporcionadas.

Respecto al primero de los requisitos, el TC defiende que la distinta pena se encuentra justificada por motivos de prevención de este tipo de agresiones. En efecto, sustenta la finalidad legítima del trato diferenciado en la existencia de “altísimas cifras”

---

<sup>46</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, pág. 120.

<sup>47</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, 2007, pág. 9.

que encuentran como víctima a la mujer, y como sujeto activo a su pareja o ex pareja. Pues bien, esta argumentación basada en los mayores efectos preventivos que produce una elevación de la pena, ha sido admitida por el TC en numerosos supuestos para justificar la tipificación como delito de determinadas conductas y siempre ha sido generalmente aceptada por la sociedad.

En relación con el segundo de los requisitos enumerados, entiende el TC que no nos encontramos ante consecuencias desproporcionadas, toda vez que el desequilibrio “no es patente y excesivo o irrazonable”. Justifica esta afirmación señalando lo siguiente: la diferencia sólo se produce en el mínimo de la pena; consta la existencia de una pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad, pena que es idéntica en ambos supuestos; y, en último lugar, en el supuesto de que se produzcan circunstancias excepcionales, la pena puede rebajarse un grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”<sup>48</sup>.

No obstante, bajo mi punto de vista, erra el alto tribunal cuando finalmente añade razones basadas en el merecimiento, además de las ya expuestas consideraciones preventivas, para justificar una restricción de los sujetos activos sólo a los hombres<sup>49</sup>.

En resumidas cuentas, el TC defiende la constitucionalidad del precepto 153.1 CP entendiendo que el legislador no basa la distinción de pena en las diferencias entre el sexo de los sujetos activo y pasivo, sino que simplemente considera unas conductas más graves y reprochables –y por ello, merecedoras de un mayor castigo–, tanto por el contexto en el que son producidas, como por la pauta cultural que constituye la desigualdad existente en el ámbito de las relaciones de pareja. Como hemos señalado en

---

<sup>48</sup> LARRAURI PIJOAN, E. “Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2008”, en *Indret*, 2009, págs. 8-9.

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 14/05/2008, n.º 59/2008: “No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado.”

líneas anteriores, el TC argumenta que esta desigualdad de trato es admisible al tener una justificación objetiva y razonable –una finalidad legítima, como es la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres– y carecer de consecuencias desproporcionadas por los motivos ya referidos. En términos similares, se manifiesta respecto al art. 171.4 CP en la STC 45/2009, de 19 de febrero<sup>50</sup>.

Literalmente, el alto tribunal afirma que “La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad [...]”. Además, expone con claridad que no nos encontramos ante una manifestación del derecho penal de autor, ni ante una vulneración del principio de culpabilidad, cuando afirma lo siguiente: “Que el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él coadyuva con su violenta acción”.

Finalmente, considero relevante dejar constancia del voto particular emitido por el magistrado D. Javier Delgado, mediante el cual se criticaba la introducción por la propia Sentencia de un elemento adicional en el tipo. Nos encontramos ante un elemento, consistente en “que el desarrollo de los hechos constituya una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, que el legislador no incluye expresamente en la descripción legal, mientras que la Sentencia sí. El magistrado afirma que, en base a la pura literalidad del precepto 153.1 CP, éste es claramente inconstitucional. No obstante, gracias a la introducción por la Sentencia del nuevo elemento en el tipo, alcanza la calificación de

---

<sup>50</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P. “Las mujeres como víctimas de la denominada ‘violencia de género’ y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal”, en *Revista Penal*, núm. 34, 2014, pág. 89.

constitucional. En el mismo sentido, el voto particular de D. Vicente Conde el cual afirma el carácter plenamente interpretativo de la Sentencia<sup>51</sup>.

Por último, quisiera concluir este apartado señalando que no todos los casos de violencia contra la mujer poseen la misma gravedad, por lo que resulta cuanto menos paradójico que el derecho penal intensifique su respuesta punitiva en aquellos supuestos de violencia ocasional y, por el contrario, no otorgue una protección reforzada a la mujer en los casos más graves como son los de violencia doméstica. Por consiguiente, es al combate de ésta hacia donde tienen que destinarse los escasos recursos y medios de la jurisdicción penal. Asimismo, como señala la profesora Olaizola, también resulta sorprendente que la protección reforzada se encuentre exclusivamente dirigida a la mujer pareja, olvidando al resto de mujeres que puedan formar parte del contexto familiar<sup>52</sup>.

## **V. CONVERSIÓN DE DETERMINADAS FALTAS EN DELITOS (arts. 153, 171.4 y 5, 172.2 CP)**

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, emprendió un conjunto de reformas cuya nota principal se caracterizó por abrir la senda de la conversión de determinadas conductas, hasta entonces catalogadas como faltas, en delitos siempre que tuviesen como víctima alguna de las personas mencionadas en el precepto 173.2 CP. De esta forma, tanto las lesiones “no definidas como delitos en este Código” y los malos tratos de obra que no produjesen lesión o las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, pasaron a tipificarse como delito. Prosiguiendo con lo emprendido por la LO 11/2003, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género también elevó a la categoría de delito aquellas amenazas y coacciones leves ejercidas sobre mujer o sobre persona especialmente vulnerable.

Las reformas señaladas no fueron ajenas en absoluto a numerosas críticas por parte de la doctrina, del Consejo General del Poder Judicial o incluso del propio

---

<sup>51</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 304-305.

<sup>52</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 302.

Consejo de Estado. Para empezar, la propia Exposición de Motivos de la LO 11/2003 no aportaba denominación alguna al nuevo delito, ni tampoco mencionaba cuál era el bien jurídico que supuestamente se pretendía amparar con la creación del mismo. Únicamente se hacía referencia a la posibilidad de imponer una pena de prisión por hechos anteriormente catalogados como faltas, así como la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas<sup>53</sup> <sup>54</sup>. En definitiva, la Exposición de Motivos alegaba meras razones instrumentales consistentes en el tratamiento procesal como delito de hechos que sólo eran constitutivos de falta. En mi opinión, tales razones no eran suficientes para justificar el incremento de desvalor de las conductas referidas ni, por consiguiente, su elevación a la categoría de delito.

Si bien, en relación con el Anteproyecto de LO 11/2003, el Consejo General del Poder Judicial respaldaba el cambio considerando que con esa conducta de lesiones y de maltrato de obra “no sólo se atenta contra la integridad física, sino también supone el ataque otros bienes jurídicos relevantes, por lo que el hecho tiene carácter pluriofensivo. De este modo, la posible sanción que derivaría de su sola subsunción en las faltas de lesión o de maltrato de obra no comprendería el total desvalor del hecho”<sup>55</sup>, el propio Consejo no opinaba lo mismo respecto al Anteproyecto de la LO 1/2004.

En efecto, aunque la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 justificaba la creación de estos delitos señalando que “Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquéllas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos”<sup>56</sup>, la mayoría del CGPJ emitió un Informe respecto al Anteproyecto de Ley en el que se criticaba la elevación a la categoría de delito de las amenazas y coacciones leves, por cuanto la misma suponía “serias objeciones de constitucionalidad”

---

<sup>53</sup> MENDOZA CALDERÓN, S. “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, pág. 125.

<sup>54</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros: “En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.”

<sup>55</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 294.

<sup>56</sup> Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado, así como por no justificar convenientemente el tratamiento punitivo de la amenaza o coacción leve contra la mujer. Proseguía el Informe señalando que la tipificación como delito de esta clase de conductas, cuando provienen de sujeto activo varón, “no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedecen a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer”<sup>57</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado, en relación al Anteproyecto, afirmó que, ascender a la categoría de delito las amenazas y coacciones leves, podía plantear problemas de constitucionalidad al encontrarse vulnerados los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. A este respecto, indicaba que el objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico concreto y, en ningún caso, éste puede extrapolarse a otras situaciones o emplearse para ejemplificar<sup>58</sup>.

En relación a la vulneración o no del principio de proporcionalidad, debemos recordar cuáles eran los actos que, hasta las reformas emprendidas a raíz de la LO 11/2003, estaban siendo castigados como faltas de mal trato o vejaciones leves: hematoma (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 27 de diciembre de 2002), esquince cervical (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 24 de octubre de 2002) arañazo (Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 12 de junio de 2002) o bofetada (Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 4 de abril de 2002), entre otras. Asimismo, la jurisprudencia venía catalogando como falta de coacciones leves, conductas consistentes en cambiar la cerradura de la puerta de la casa de verano (Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya, de 17 de noviembre de 2003, y de Girona, de 19 de mayo de 2004).

Partiendo de ello, numerosos Juzgados han presentado cuestiones de inconstitucionalidad alegando, además de la posible vulneración de los principios de culpabilidad y de igualdad, la del principio de proporcionalidad intrínseca. A título de ejemplo, las presentadas por el titular del Juzgado de Instrucción número 1 de San

---

<sup>57</sup> Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, a 21 de junio de 2004, págs. 41-44.

<sup>58</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, 2007, pág. 5.

Vicente del Raspeig, mediante auto de 24 de enero de 2004, o la incoada por el titular del Juzgado de lo Penal número 12 de Valencia, a través del auto de 30 de junio de 2004<sup>59</sup>.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha entrado en el fondo del asunto –si bien es cierto que para inadmitir a trámite ambas cuestiones– en los autos 233/2004, de 7 de junio, y 4570/2004, de 13 de septiembre. Los argumentos expuestos por el Tribunal de Garantías para negar la inconstitucionalidad del precepto se basan en las siguientes afirmaciones: “El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales, de modo que si se aduce la existencia de desproporción debe alegarse primero, y enjuiciarse después, en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados”<sup>60</sup>. Concretamente, en el ámbito del derecho penal “el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos que la Constitución garantiza puede producirse, bien por resultar innecesaria una reacción del tipo penal, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”<sup>61</sup>.

En segundo lugar, esgrime el TC que el juicio de proporcionalidad debe partir, en sede constitucional, de la potestad exclusiva del legislador para configurar tanto los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, como la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. De esta forma, el juicio en sede constitucional ha de ser muy cauteloso, limitándose a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte a la norma en arbitraria y que socave los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho. En resumidas

---

<sup>59</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, págs. 143-144.

<sup>60</sup> En este sentido, también la muy relevante Sentencia del Tribunal Constitucional, 28/03/1996, n.º 55/1996, en términos del principio de proporcionalidad: “Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.”

<sup>61</sup> Auto del Tribunal Constitucional, 07/06/2004, n.º 233/2004, Fundamento Jurídico 3, letra a.

cuentas, señala el TC que sólo cabrá afirmar la proporcionalidad de una sanción penal “cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución”<sup>62</sup>.

Precisamente en relación a esto último, como los titulares de los Juzgados que incoan las cuestiones de inconstitucionalidad, en ningún momento, cuestionan la relevancia constitucional o social de los bienes jurídicos protegidos, ni tampoco la aptitud de las sanciones previstas –todo ello sumado a que el precepto prevé expresamente como alternativa a la pena de prisión, la de trabajos en beneficio de la comunidad–, el alto tribunal concluye la ausencia de vulneración de la proporcionalidad<sup>63</sup>.

A este respecto, como acertadamente señala la doctrina, resulta relevante indicar que no es posible dejar en la responsabilidad del juez la corrección de una desproporcionalidad introducida por el propio legislador. El juez determinará la pena en virtud de las reglas de determinación judicial contenidas en los artículos 66 y siguientes del CP, pero ciñéndose siempre al marco penal típico establecido por el legislador. Por ello, será requisito imprescindible que, con carácter previo, éste haya respetado el principio de proporcionalidad abstracto pues, de lo contrario, el juicio concreto de proporcionalidad emitido por el aplicador del derecho no podrá ser correcto<sup>64</sup>.

Asimismo, al margen de la declaración constitucional de los preceptos analizados, es preciso no olvidar que la condena por estos tipos penales, además de las correspondientes penas de prisión, trae como consecuencia la imposición al juez –vía el precepto 57.2 CP– de aplicar, en todo caso, la pena del artículo 48.2 CP, esto es, la prohibición de acercamiento a la víctima o a sus familiares por un tiempo máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

De esta forma, tanto en el supuesto de suspensión de la ejecución de la pena (artículo 83 CP), como en el caso de sustitución por trabajos en beneficio de la

---

<sup>62</sup> Auto del Tribunal Constitucional, 07/06/2004, n.º 233/2004, Fundamento Jurídico 3, letra b.

<sup>63</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, pág. 8.

<sup>64</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, págs. 145-146.

comunidad (art. 88 CP), el Juez deberá imponer, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la prohibición de residir o acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse a la víctima. Pero además, el quebrantamiento de alguna de estas medidas traerá como consecuencia una pena de prisión de seis meses a un año cuando la víctima fuere alguna de las recogidas en el artículo 173.2 CP (artículo 468 CP).

Por último, en relación a las consecuencias señaladas, es relevante indicar que, cuando el autor sea un extranjero no residente legalmente en España, la comisión de estos tipos delictivos pueden conllevar la expulsión del territorio nacional por un plazo de diez años (art.89 CP)<sup>65</sup>.

En definitiva, hemos de evitar caer en interpretaciones formalistas que deriven en meras aplicaciones automáticas de los tipos penales, máxime cuando nos encontramos ante un Derecho Penal cuyas consecuencias pueden ser tan graves como las expuestas.

A estos efectos, es acertado el intento de restricción que efectúa la Audiencia Provincial de Barcelona en sus sentencias 428/2006, de 3 de abril, y 568/2006, de 3 de julio, entre otras. Toman como punto de partida el artículo 1.1 de la Ley 1/2004 que señala la finalidad de la misma: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”. A partir de ahí, aluden a la coherencia del sistema penal, para afirmar que sólo se podrá aplicar el delito de malos tratos o lesiones (artículo 153.1 CP) cuando la acción que lesione la integridad física de la víctima, contenga además un elemento intencional de abuso o dominación por parte del sujeto activo producido en el contexto de una relación desigual entre las partes. De otro modo, la sanción penal habrá de limitarse a una mera falta de lesiones (antiguo precepto 617 CP). En definitiva, sólo este elemento distintivo –cuyo problema

---

<sup>65</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 296-297.

más serio es que no se encuentra contenido en el tipo penal– permitirá aplicar el delito de malos tratos<sup>66</sup>.

De esta forma, tomando como base para la aplicación del tipo penal un contexto de dominación, seremos capaces de excluir las situaciones de conflicto mutuo o de riñas recíprocas. Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 14 de noviembre de 2005. Partiendo de la idea de que esta clase de violencia requiere ser instrumento de dominación o subyugación de alguno de los sujetos, y en la medida en que nos encontramos ante una riña entre dos personas que se encuentran en igualdad de condiciones –sin que ninguna de ellas se encuentre en una posición inferior respecto a la otra–, “deberá limitarse a la falta de lesiones, al maltrato o a la amenaza que definen los artículos 617 y 620 CP”<sup>67</sup>.

Ahora bien, como acertadamente señala Olaizola, el hecho de que en una situación de riña recíproca podamos excluir la aplicación del tipo penal, no significa que automáticamente debamos hacerlo en todos los casos. En efecto, “no debe confundirse una situación de discusión en la que ambas partes se encuentran en una posición de igualdad de aquellas otras en las que la víctima se limita a responder ante un acto de agresión” que se produce en un claro contexto de dominación por parte del hombre<sup>68</sup>.

En conclusión, considero que la conversión de ciertas conductas catalogadas como faltas en delitos supone un ejemplo más del tradicional recurso a una política criminal caracterizada por el aumento punitivo. Nos encontramos ante un uso excesivo –e irracional– del Derecho Penal ante conductas que no revisten la suficiente gravedad como para recibir la pena máxima.

En realidad no era el marco legislativo el que presentaba deficiencias, sino la aplicación práctica de los tipos penales por los operadores jurídicos. Lo cierto es que, en muchas ocasiones, cuando a la mesa del juez llegaba una denuncia por malos tratos interpuesta por una mujer contra su marido o pareja, éste calificaba el hecho

---

<sup>66</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 297-298.

<sup>67</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, pág. 153.

<sup>68</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pág. 299.

automáticamente como falta sin indagar previamente en la existencia de posibles elementos constitutivos de un delito de violencia doméstica habitual. El acto de violencia denunciado significaba en realidad la gota que colmaba el vaso de un estado de agresión constante al que estaba sometida la víctima y, seguramente también, el resto de su entorno familiar. Como consecuencia de la calificación como falta, los aplicadores del derecho se encontraban con ciertas deficiencias a nivel procesal como la imposibilidad de ordenar la detención del varón o de imponer una medida cautelar de alejamiento –el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo lo permitía en aquellos casos constitutivos delito–<sup>69</sup>.

En definitiva, con el transcurso del tiempo se ha observado que la reforma no sólo no ha solucionado el problema de la violencia contra la mujer, sino que además ha generado otro: la desviación de la atención desde la violencia habitual a la ocasional, cuando es precisamente la primera la generadora de los ataques más graves contra las mujeres<sup>70</sup>.

## **VI. ¿ES NECESARIA LA NUEVA AGRAVANTE DE GÉNERO?**

### **1. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal: las circunstancias agravantes y, en especial, el artículo 22.4 del CP.**

Antes de entrar en materia, conviene recordar que el Código Penal de 1995, al igual que el resto de Códigos Penales españoles desde 1848, reguló en la Parte General una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal bajo la denominación de circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes, cuyo efecto inmediato es disminuir o aumentar la pena de conformidad con las reglas establecidas.

Las señaladas circunstancias modificativas, cuya naturaleza contingente hace que puedan aparecer o no, se refieren a aquellos elementos accidentales del delito. En efecto, su carácter accidental radica en que, a diferencia de los elementos esenciales del delito –acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad–, no depende de

---

<sup>69</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C. “Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, 2006, págs. 58-59.

<sup>70</sup> OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 294-296.

ellas la concurrencia o no del mismo, sino sólo su gravedad. En definitiva, nada obsta a que exista un delito en el que no concurren circunstancias modificativas<sup>71</sup>.

Centrándonos en las circunstancias agravantes, éstas pueden clasificarse –aunque no siempre de forma inequívoca– en objetivas, cuando generan un incremento de la gravedad objetiva del hecho, bien por una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien por facilitar su ejecución o la impunidad del culpable; y en subjetivas, si recogen un mayor reproche del autor. Precisamente, en esta última categoría incluiremos tanto la agravante por razones de género como la concerniente al sexo, ambas tipificadas en el apartado cuarto del artículo 22 CP<sup>72</sup>.

En relación con la agravante contenida en el precepto 22.4 CP, es necesario señalar que se trata de una circunstancia fundamentada en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito *sine qua non* que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito. Por consiguiente, la agravante analizada deberá ser tratada con suma prudencia pues, como ha señalado el Tribunal Supremo, no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación, o participar de otra ideología o religión o condición sexual, conlleva la aplicación automática de esta agravante<sup>73</sup>.

A mayor abundamiento, la aplicación de esta agravante, cuyo propósito es evitar toda conducta que entrañe cualquier tipo de discriminación hacia las personas con base en una serie de motivos, requerirá no ya del hecho y la participación del acusado, sino de la condición de la víctima y la intencionalidad del autor. Será este último elemento de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico el que haya de inspirar la acción del autor y el que, sin lugar a dudas, conllevará mayores dificultades probatorias<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> LANDECHO VELASCO, C. M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 431.

<sup>72</sup> Artículo 22.4.º: “Son circunstancias agravantes: Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”

<sup>73</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 16/04/2015, n.º 2446/2015.

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 16/04/2015, n.º 2446/2015.

Asimismo, conviene indicar que la presente agravante es de carácter personalísimo –y, por tanto, intransmisible– no pudiendo sobrepasar a terceras personas distintas del agredido, como pudieran ser los padres, restantes familiares, amigos, etc. En definitiva, el motivo que provoca la agresión habrá de concurrir en la víctima y sólo en ella<sup>75</sup>.

Por último, debe destacarse que, al margen de las circunstancias agravantes genéricas tipificadas en el artículo 22 CP, nos encontramos agravantes de carácter específico a lo largo de diversos preceptos de la Parte Especial del Código Penal, bien como elementos del tipo penal o como subtipos agravados del mismo. Respondiendo a una gran variedad de motivaciones de política criminal, pueden ir ligadas tanto al modo comisivo (utilización de armas en las lesiones del artículo 148.1 CP) como a la entidad del resultado (incendio forestal de especial gravedad del artículo 353 CP) o a la condición del autor (autoridad, facultativo, funcionario o docente en el tráfico de drogas del artículo 369 CP), entre otras<sup>76</sup>.

## **2. La introducción de la nueva agravante genérica por razones de género.**

Entrando en materia y como hemos indicado al tratar la evolución legislativa del delito de violencia doméstica y de género, la Ley Orgánica 1/2015 introduce en el vigente Código Penal una agravante por razones de género, cuya definición se encuentra contenida en el apartado c del artículo 3 del Convenio de Estambul<sup>77</sup>.

En mi opinión, es necesario distinguir en primer lugar el fundamento discriminatorio de esta agravante de género con respecto a la de sexo. A estos efectos, resulta contundente la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, n.º 59/2008, de 14 de mayo, cuando establece lo siguiente: “Como el término ‘género’ que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una

---

<sup>75</sup> PUGA GÓMEZ, S., “Nueva agravante de género. ¿Es necesaria?”

<sup>76</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.)/JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal: parte general*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, 308.

<sup>77</sup> “Por ‘género’ se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.”

grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología.”

En efecto, mientras que el sexo hace referencia a la estricta condición biológica de hombre o mujer, así como a todas aquellas condiciones necesariamente vinculadas de forma “directa e inequívoca” al sexo biológico<sup>78</sup>, el género encuentra su base en aquellos aspectos socio-culturales que estructuralmente asignan determinados roles a lo femenino (género). De esta forma, al igual que en la alusión al género que efectúa la LO 1/2004 no puede verse contenida la noción de sexo, en sentido contrario tampoco puede verse subsumida dentro de la de sexo la noción de género<sup>79</sup>.

A raíz de lo expuesto, resulta fácil observar la existencia de una clara distinción entre las víctimas de la agravante por razón de sexo y la agravante por razones de género: mientras que en la primera de ellas el sujeto pasivo podrá ser un varón, en el caso de la agravante de género necesariamente habremos de encontrarnos ante una víctima perteneciente al sexo femenino.

Por último, se debe insistir en que el fundamento de la discriminación por razón de género no radica en que el autor actúe con una determinada motivación discriminatoria por razón del sexo de la víctima, sino en que se haya producido previamente a la comisión del delito un contexto de dominación por razón de género.

En relación con la inclusión de la agravante de género en el Código Penal, parte de la doctrina se ha cuestionado si realmente nos encontramos ante una incorporación novedosa en materia de género, o si por el contrario es un instrumento meramente simbólico que tiene como objetivo cumplir ciertos compromisos internacionales como los derivados del Convenio de Estambul<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, 04/07/2015, n.º 182/2015: “Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, F. 2; 136/1996, de 23 de julio, F. 5; 20/2001, de 29 de enero, F. 4; 41/2002, de 25 de febrero, F. 3; o 17/2003, de 30 de enero, F. 3)”.

<sup>79</sup> DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.º CP*, Thomson Reuters, Madrid, 2013, págs. 298-300.

<sup>80</sup> En este sentido, AGUILAR CÁRCELES, M.M. “Circunstancias agravantes genéricas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 58-63; BORJA JIMÉNEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación”, en GONZÁLEZ

En mi opinión, considero que la inclusión de la nueva agravante puede tener una aplicación práctica en aquellos supuestos de violencia de género que no poseen figuras específicas tipificadas en el Código Penal –a este respecto, la violencia doméstica habitual o el homicidio, trata de personas, matrimonio forzado–, permitiendo ampliar así el ámbito del Derecho penal sexuado<sup>81</sup>. Asimismo, resulta interesante la visión de Acale<sup>82</sup> cuando afirma que “una agravante genérica de discriminación por razón de género permitiría a los jueces valorar caso a caso el componente sexista de las conductas violentas de los hombres sobre las mujeres, evitando las presunciones injustificadas sobre la gravedad de la culpabilidad del autor o la inferioridad de la mujer que son consecuencias inevitables de las figuras género específicas”.

En último lugar, si bien nos encontramos ante una incorporación tan reciente donde ni la doctrina ni los tribunales han llegado a pronunciarse acerca de a qué delitos podría aplicarse o no esta nueva agravante de género, no puedo concluir el presente punto sin tratar la cuestión del principio de inherencia.

### **3. Aplicabilidad de la nueva agravante: problemas de inherencia.**

Es el precepto 67 CP el que reconoce de forma expresa en nuestro ordenamiento el principio de inherencia, como criterio ineludible a la hora de individualizar la pena: “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias atenuantes y agravantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.”

Conforme a este precepto existen una serie de supuestos en los que no puede tomarse en consideración una circunstancia agravante al estar contemplada ésta de forma inherente en la conducta típica del delito en cuestión. Lo contrario supondría una vulneración del principio *non bis in ídem* el cual prohíbe aplicar una consecuencia sancionadora doble al concurrir la triple identidad de hechos, sujeto y fundamento.

---

CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 119-123.

<sup>81</sup> LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 822-823.

<sup>82</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, págs. 408-411.

Concretamente, el precepto 67 CP recoge dos vertientes del mismo principio: la primera parte hace referencia al denominado principio de inherencia expresa, el cual se produce cuando el delito de que se trate ya prevé circunstancias específicas que coinciden con las genéricas previstas en el precepto 22 CP. Sirva como ejemplo el delito de asesinato (139 CP) cuando contempla, de forma necesaria para la producción de la conducta típica, las circunstancias de alevosía, ensañamiento o precio, recompensa o promesa. Ello impide la aplicación de la agravante genérica de alevosía, ensañamiento etc., pues de lo contrario estaríamos castigando dos veces por el mismo hecho.

Por otro lado, la segunda parte del artículo contempla la vertiente de inherencia tácita. En estos casos, si bien el tipo penal no menciona de forma expresa la circunstancia agravante, el delito no podrá cometerse sin la concurrencia de la misma pues ésta es inseparable de la descripción típica. A título de ejemplo, el conjunto de delitos cuya comisión exige la concurrencia en el sujeto activo de la condición de funcionario público. No procedería en estos supuestos la aplicación de la agravante genérica del artículo 22.7 CP que recoge el prevalerse del carácter público del culpable<sup>83</sup>.

Adentrándonos en materia, parece lógico pensar que la nueva agravante no podrá aplicarse en todas aquellas figuras a las que la Ley Orgánica 1/2004 ya otorgó una agravación cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. En estos casos, de aplicarse la agravante genérica del artículo 22.4 CP, estaríamos incurriendo en una vulneración del principio *non bis in idem* al sancionar doblemente la misma conducta.

En síntesis, no resultará de aplicación la agravante de género a los subtipos agravados de lesiones del artículo 148.4 CP, los malos tratos no habituales del artículo 153.1 CP, las amenazas leves del artículo 171.4 CP y las coacciones leves del artículo 172.2 CP.

---

<sup>83</sup> DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, Thomson Reuters, Madrid, 2013, págs. 312-313.

Por el contrario, como señalaba Laurenzo<sup>84</sup>, la agravante podrá ser apreciada en todos aquellos supuestos cometidos por motivaciones de género y que no poseen figuras específicas tipificadas en el Código Penal: el homicidio del 138 CP, el asesinato del 139 CP, la mutilación genital contenida en el 149.2 CP, la propia violencia doméstica habitual del 173.2 CP, los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales del 178 CP y siguientes, etc. Igualmente, podrá ser objeto de aplicación a aquellos casos donde la agresión contra la mujer se produzca fuera del ámbito de las relaciones afectivas de pareja –una mujer agredida por un hombre desconocido–, así como en aquellos supuestos donde las víctimas sean otras mujeres del contexto familiar –por ejemplo, hijas o abuelas– para las que el Código Penal no contempla una protección reforzada, salvo que se pruebe su especial vulnerabilidad y la convivencia con el autor.

Asimismo, indicar que, bajo mi punto de vista, nada obstaría a la apreciación de la agravante de género en los denominados delitos leves. A estos efectos, el precepto 66.2 CP establece que en los delitos leves, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior, por lo que, si bien el juez no habrá de sujetarse a las normas recogidas en el apartado 1 del artículo 66 CP, nada impide que pueda tener en consideración la agravante de género si se produce la concurrencia de los motivos discriminatorios que rigen esta agravante.

En todos los casos descritos es necesario tener en cuenta que, para poder apreciar la agravante, habrán de concurrir los elementos propios de la misma: por un lado, las concretas características en la víctima en cuestión (elemento objetivo) y, por otro lado, el ánimo por parte del autor de cometer el hecho por motivos discriminatorios basados en razones de género (elemento subjetivo). En definitiva, no siempre que la víctima sea mujer habrá que aplicar de forma automática y necesaria la agravante de género, sino que será imprescindible efectuar un análisis caso por caso a fin de valorar si concurren los requisitos de la misma.

Por último, considero relevante apuntar que esta agravante, por su propia naturaleza y configuración, no podrá ser apreciada en delitos cometidos de forma imprudente. En efecto, el requisito subjetivo de la misma hace que sea necesaria una

---

<sup>84</sup> LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 822-823.

voluntad consciente y deliberada por parte del autor de cometer el delito tomando como base un fundamento discriminatorio por razones de género.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusión del presente trabajo considero necesario reflexionar acerca de si el conjunto de reformas penales emprendidas en esta materia realmente posee un efecto preventivo que garantice la contención de la violencia de género. Dicho de otro modo, ¿Es la persistente intervención punitiva la solución al problema de la violencia contra las mujeres?

Coincido con Laurenzo<sup>85</sup> cuando afirma que, en el ámbito de la violencia de género, es extremadamente frecuente para valorar el éxito –y junto con él, la legitimidad– de una norma, el hecho de cuantificar el número de denuncias y condenas derivadas de la intervención penal. Parece existir una relación directamente proporcional entre la cantidad de denuncias y condenas y la eficacia preventiva del sistema: cuanto más dependamos del Derecho Penal y cuanto más elevemos las penas, más protegidas estaremos.

Fueron 129.193 denuncias las presentadas ante los Juzgados de Violencia contra la Mujer a lo largo del año 2015; 19.101 personas enjuiciadas<sup>86</sup> que trajeron como resultado 14.615 sentencias condenatorias –un porcentaje nada despreciable del 76,51 %– y 20.827 órdenes de protección adoptadas<sup>87</sup>. En cambio, fueron 57 las mujeres fallecidas a manos de sus parejas durante ese año, una cifra que casualmente coincide con la registrada en el año 2005 y que se ha mantenido prácticamente invariable durante los últimos diez años.

En resumen, tras una década de experiencia caracterizada por los endurecimientos punitivos y el avasallamiento de intervenciones penalistas, no se han obtenido los pronósticos esperados: el número de víctimas mortales no ha variado apenas –a pesar de las múltiples condenas por delitos leves– y los casos más graves de

---

<sup>85</sup> LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pág. 791.

<sup>86</sup> Referido a juicios de faltas, delitos leves y a sentencias por delito dictadas de conformidad.

<sup>87</sup> Datos referidos tanto a los Juzgados exclusivos de Violencia sobre la Mujer (106) como a los que compatibilizaron en el conocimiento de esta materia con otras, en número de 355.

Información extraída de *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial: Datos anuales de 2015*, en el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial.

violencia de género siguen conviviendo en nuestra sociedad al margen del Derecho Penal.

Ante esta situación sólo cabe concluir que este tipo de huida hacia delante del sistema penal, quizá no sea la manera más eficaz para frenar el problema de la violencia de género. La puesta en peligro de consagrados principios como el de intervención mínima o el de proporcionalidad, los nuevos tipos delictivos o las altas penas ante conductas de escasa gravedad, sólo han servido para satisfacer los anhelos de venganza de ciertos colectivos sociales.

En mi opinión, probablemente sea necesario reformular el tratamiento jurídico de la violencia contra las mujeres, no sólo mediante un amplio conjunto de políticas reactivas sociales y legislativas, sino también mediante métodos preventivos que traten los orígenes y causas estructurales de este problema de difícil solución.

No obstante, a lo largo de este arduo camino, considero que debemos poner por delante el respeto a la autonomía de la mujer y su capacidad de decisión, evitando infantilizar su imagen, prejuzgarla o catalogarla como un ser irracional. Como afirma Larrauri<sup>88</sup>, “los problemas de las mujeres no pueden resolverse por el simple recurso al derecho penal, pero hay casos en que el problema es, el derecho, la forma cómo éste trata y presenta a las mujeres”.

---

<sup>88</sup> LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994, pág. 101.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M. “Análisis del Código Penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, págs. 87-162.

AGUILAR CÁRCELES, M.M. “Circunstancias agravantes genéricas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 58 y ss.

ALASTUEY DOBÓN, M.C. “Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 57-68.

ASÚA BATARRITA, A. “Presentación”, en Cuadernos penales José María Lidón, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 9-13.

ASÚA BATARRITA, A. “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 131-170.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J. “Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código Penal”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, págs. 163-213.

BOLDOVA PASAMAR, M.A/RUEDA MARTÍN, M.A. “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 13-34.

BOLEA BARDÓN, C. “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 9, 2007, págs. 1-26.

BORJA JIMÉNEZ, E., “La circunstancia agravante de discriminación”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 119 y ss.

CALVO GARCÍA, M. “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar y de género. Análisis de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en Cuadernos Penales José María Lidón, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 17-55.

CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios al Código Penal 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CASTELLÓ NICÁS, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 63 y ss.

CERVELLÓ DONDERIS, V. y CHAVES PEDRÓN, C. “Violencia de género y violencia doméstica (arts. 153.1, 172.2 y 173.4)”, en GONZÁLEZ/MATALLÍN/GÓRRIZ (coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 501-518.

COMAS D’ARGEMIR, M. “La Ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 35-55.

DE LA CUESTA AGUADO, P.M. “El concepto de “violencia de género” de la LO 1/2004 en el sistema penal: fundamento, trascendencia y efectos”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 27, 2012, págs. 37-52.

DÍAZ LÓPEZ, J.A., *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4.ª CP*, Thomson Reuters, Madrid, 2013.

GAMINDE MONTOYA, A. “Violencia sobre la mujer (una ley apresurada, la 1/2004)”, en Cuadernos Penales José María Lidón, *La Ley de medidas de protección*

*integral contra la violencia de género*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 147-157.

GARCÍA ÁLVAREZ, P. “Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, en *Revista Penal*, núm.34, 2014, págs. 83-101.

LANDECHO VELASCO, C. M./MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español: Parte General*, Tecnos, Madrid, 2010.

LARRAURI PIJOAN, E. “¿Se debe proteger a la mujer en contra de su voluntad?, en Cuadernos Penales José María Lidón, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 157-183.

LARRAURI PIJOAN, E. “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia...y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 311-328.

LARRAURI PIJOAN, E. “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, págs. 271-307.

LARRAURI PIJOAN, E. “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *Indret*, 2009, págs. 1-17.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. “¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010?, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.99, 2013, págs. 329-370.

LAURENZO COPELLO, P. “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en Cuadernos Penales José María Lidón, *La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, págs. 91-117.

LAURENZO COPELLO, P. “¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, págs. 783-830.

LAURENZO COPELLO, P. “La violencia de género en el Derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 329-362.

MAQUED ABREU, M.L. “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords), *Género Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 363- 401.

MENDOZA CALDERÓN, S. “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal”, en BOLDOVA/RUEDA (coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 121-165.

MORILLAS CUEVA, L., “Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 669 y ss.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

OLAIZOLA NOGALES, I. “Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, págs. 269-316.

OLMEDO CARDENETE, M.D., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.

PUGA GÓMEZ, S., “Nueva agravante de género. ¿Es necesaria?”

RODRÍGUEZ MESA, M.J., “El delito de malos tratos degradantes cometidos por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos” en *Revista del Poder Judicial*, núm. 62, 2001, págs. 89-124.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.)/JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal: parte general*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “Artículo 173”, en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 267.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.9, 2007, págs. 1-20.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. “La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, 2008, págs. 25-86.

## **IX. JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

Sentencia del Tribunal Constitucional, 14/12/1992, n.º 229/1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 28/03/1996, n.º 55/1996.

Auto del Tribunal Constitucional, 07/06/2004, n.º 233/2004.

Auto del Tribunal Constitucional, 13/09/2004, n.º 4570/2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 14/11/2005, Recurso de Apelación n.º 162/2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 03/04/2006, n.º 428/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 03/07/2006, n.º 568/2006.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 14/05/2008, n.º 59/2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 19/02/2009, n.º 45/2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, 16/04/2015, n.º 2446/2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 04/07/2015, n.º 182/2015.