

# PANÓPTICA

## IGUALDAD, CONTROL SOCIAL Y DERECHOS HUMANOS EQUALITY, SOCIAL CONTROL AND HUMAN RIGHTS

*María José Cruz Blanca\**  
*Universidad de Jaén*

**Resumen:** El presente trabajo aborda la forma en que la legislación española ha ido introduciendo el principio de igualdad entre hombres y mujeres paulatinamente en el ámbito del control social penal. En el ámbito punitivo, como sucede en otros ámbitos del control social, el principio de igualdad por razón de sexo no sólo ha estado ausente sino que ha sido permanentemente vulnerado esencialmente hasta la aprobación de la Constitución española de 1978 cuando comenzarían a producirse importantes avances que se han hecho especialmente patentes en la regulación penal de las conductas violentas ejercidas sobre las mujeres en las relaciones afectivas. A lo largo de este trabajo podrá comprobarse como en una primera fase la legislación española contribuyó a perpetuar la discriminación social de las mujeres, lo que indudablemente constituye uno de los factores desencadenantes de la violencia ejercida sobre ellas, para pasar a ser, en una fase posterior, uno de los instrumentos de los que se sirve el Estado para tratar de combatirla. El proceso de consecución de la igualdad en el ámbito del control social penal ha culminado con la controvertida línea política criminal de género seguida por la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que, sometida a control de constitucionalidad, finalmente ha sido

**Abstract:** This work broaches the gradually way in which the Spanish laws has introduced the principle of equality between men and women in terms of criminal social control. In the punitive field as occurs in other field of the social control, the principle of equality in sexual matters not only has been absent, but also has been permanently mitigated in its essence until the enactment of the Spanish constitution of 1978, when important advances especially in the criminal regulation of violent behaviors against women in the affective relationships had become to appear. In this work will be confirmed how in a first phase the Spanish laws contributed to perpetuate the social discrimination against women, what is undoubtedly one of the unleash elements of the violence against them, and then to become, in another phase, one of the tools used by the State to struggle it. The attainment process for the equality in the field of the criminal social control has culminated with the controversial criminal policy line of genre followed by the Organic Law 1/2004 of Integral Protection Measures against Genre Violence, which, under constitutionality control, has finally been declared constitutional, in spite of five votes against this declaration.

---

\* Profesora de Derecho Penal en la Universidad de Jaén (España). Doctora en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad de Granada (España).

declarada constitucional si bien se emitieron 5 votos particulares discrepantes de tal declaración.

**Palabras clave:** Igualdad. – No-discriminación. – Derechos humanos. – Control social. – Política criminal.

**Keywords:** Equality. – Non-discrimination. – Human rights. – Social control. – Criminal policy.

## INTRODUCCIÓN

La progresiva evolución hacia un Derecho penal respetuoso con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, que ya se iniciara en las últimas décadas del siglo pasado apostando por una política criminal que al tiempo que introducía figuras delictivas sancionadoras de conductas gravemente discriminatorias por razón de sexo, derogaba otras infracciones que fundadas en el papel secundario que tradicionalmente se le ha atribuido a la mujer en una sociedad de corte eminentemente patriarcal, representaban un claro exponente de una legislación discriminatoria para las mujeres, se ha hecho especialmente patente con el desarrollo producido en la regulación penal que, finalmente, aborda de forma específica el problema de la violencia ejercida contra las mujeres. En un primer momento, la legislación penal española enmarcaría la regulación de esta clase de violencia dentro del marco más genérico de la violencia familiar con la incorporación, a tenor de la LO 3/1989 de 21 de julio, del delito de violencia doméstica habitual en el art. 425 del Código penal derogado (en adelante CPD)<sup>1</sup> obviando aun la perspectiva ideológica de un problema cuyas raíces se hunden en la propia estructura social que ha determinado un reparto inequitativo de roles en función del género. Más tarde el Código penal español ha culminado en la visualización del fenómeno de la violencia contra las mujeres con la introducción, a través de las modificaciones operadas en el Código penal por el Título IV de la Ley orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de tipos penales que otorgan una tutela penal reforzada a las mujeres víctimas de determinados comportamientos violentos

<sup>1</sup>Justificado, según la Exposición de Motivos de la ley que introdujo el delito – Ley Orgánica 3/1989 - por “la deficiente protección de los miembros físicamente mas débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”. El art. 425 CPD disponía que: “El que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”. La técnica legislativa utilizada con la inclusión de las mujeres entre otros sujetos, en opinión de Faraldo Cabana, garantiza la tutela igual de las víctimas “aunque con ello quede desdibujado el significado de las conductas que motivaron realmente la creación de un tipo específico”, que era precisamente el maltrato a las mujeres (vid. Faraldo, 2006: 83). En el mismo sentido, vid. Bolea, 2007, pp. 4 y ss.

llevados a cabo por hombres con quienes mantienen o han mantenido una relación afectiva<sup>2</sup>, aunque razones de coherencia con la declarada función protectora de la mujer por razón de su sexo<sup>3</sup>, deberían haber llevado, sin embargo a incluir como víctima a todo tipo de mujeres con independencia del grado de afectividad presente o pasada respecto al agresor, pues la pervivencia de estereotipos de dominación puede plasmarse en otros órdenes distintos a las relaciones de pareja.

Esta protección específica que se otorga a la mujer a través de ciertas figuras agravadas se ha convertido en una de las decisiones político-criminales más controvertidas de los últimos años, como bien demuestran las fuertes reacciones negativas de ciertos sectores jurídicos, siendo especialmente intensas las del Consejo General del Poder Judicial, poniendo en duda su constitucionalidad<sup>4</sup>.

La conocida como “Ley Integral” dirigida a la prevención y protección de las víctimas de violencia de género, fue aprobada con un amplio consenso ya que recoge medidas reformadoras que afectan a distintos textos normativos y, por tanto, a los ámbitos más variados de la organización social (asistencial, educativo, de la publicidad, laboral o sanitario, entre otros), encaminadas a variar los patrones culturales discriminatorios fuertemente anclados en la conciencia colectiva tratando de evitar, así, recurrir en el futuro al Derecho penal dado su carácter de ultima ratio. Con la aprobación de la citada Ley se ofrece, en palabras de la Fiscalía General del Estado<sup>5</sup>, “un tratamiento específico de la violencia ejercida contra la mujer desde una perspectiva de género”; de este modo, el legislador positiviza formalmente el concepto de género haciendo “explícito un cambio en el enfoque legislativo del problema optando por abordarlo desde una perspectiva de género frente a la perspectiva doméstica de leyes anteriores”. En efecto, la Ley Integral sólo es entendible si se sitúa en la línea de la llamada perspectiva de género desde la que se aborda también la reforma penal.

El paulatino proceso de reformas penales “de género” hasta la aprobación de la Ley Integral, refleja la poderosa influencia que el pensamiento feminista ha tenido en España desde finales de la década de los años ochenta del siglo XX hasta nuestros días, concibiéndose

---

<sup>2</sup> En opinión de González Rus, la tutela penal de esta Ley rompe, en cierta medida con los objetivos político-criminales que han orientado las Reformas de los últimos años en relación con la violencia doméstica y el maltrato habitual al prestar especial atención a ciertas personas vinculadas al autor por lazos familiares o afectivos semejantes, agravando la responsabilidad de la mayor parte de los comportamientos dañinos que prevé (González Rus, 2006: 483).

<sup>3</sup> Violencia que es definida en el art. 1 de la propia Ley “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres contra las mujeres

<sup>4</sup> Vid. su informe al Anteproyecto, de 21 de julio de 2004.

<sup>5</sup> Circular 4/2005 relativa a “Los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

el Derecho como una “tecnología de género” que reclama su uso alternativo para superar los valores androcéntricos históricamente instaurados en la sociedad (vid. Mata y Martín, 2006: 41). Entre los distintos sectores del feminismo cabe destacar la gran influencia que ha tenido el denominado “feminismo institucional” que ha buscado el apoyo de las instituciones a partir, sobre todo, de la utilización del Derecho penal lo que se ha cuestionado desde otros planteamientos alternativos, igualmente feministas, reflejándose así que el feminismo “no es un movimiento monolítico ni homogéneamente punitivista” (vid. Maqueda, 2007: 4-5). Por esta última razón considero que cualquier propuesta o crítica que se lleve a cabo a alguna de las reformas penales impulsadas por la Ley integral no implica “no ser feminista” dado que es preciso que las normas penales se ajusten a los principios elementales del Derecho penal que constituyen su fuente de legitimación. En efecto, como recuerda Maqueda Abreu, aunque en los años 80 (del siglo XX) se aprecia un amplio consenso en el pensamiento feminista acerca de la insatisfactoria protección que el Código penal otorgaba a las mujeres, el desacuerdo surge en la forma en que se han llevado a cabo las reformas en materias que afectan especialmente a aquéllas (Maqueda, 2007: 5)<sup>6</sup>.

Es importante también señalar, como lo hace la autora anteriormente citada, que frente a sectores feministas que defienden el esencialismo de género como una identidad común a todas las mujeres -como si todas tuvieran el mismo riesgo de opresión-, se abren paso corrientes deconstruccionistas quizás, añadido “políticamente incorrectas”, que reconocen el mismo peso cultural a otros factores como la raza, la clase social, la estructura familiar, el peso de la religión, el concepto de amor, el alcohol o las toxicomanías, entre otros. Estos postulados forman parte de un sector del feminismo aparecido en la década de los 90<sup>7</sup> (del siglo XX) que, consciente de que la identidad de género no puede mantenerse como único

---

<sup>6</sup>La falta de unidad de la teoría legal feminista, continúa señalando la citada autora, se pone de manifiesto muy temprano en algunas decisiones legislativas: La exclusión del perdón en los delitos sexuales defendida por sectores para proteger a la víctima de presiones y chantajes, se cuestiona por aquellas otras voces, como las de Larrauri, que consideran que con ello se anula la capacidad de decisión de la mujer. En otros temas también surgen desacuerdos como es el caso del debate producido en torno al futuro legal de la prostitución voluntaria entre adultos donde el feminismo institucional se pronuncia a favor de la criminalización de su entorno, en contra de otro sector del feminismo que mantiene su apuesta por el modelo laboral considerando el trabajo del sexo como una opción libre y digna. Otros temas controvertidos entre los distintos sectores feministas son, por ejemplo, la regulación que haya de ofrecerse a la pornografía y al acoso sexual (vid. Maqueda, 2007: 6, 9, 10 y 11).

<sup>7</sup>Maqueda Abreu se apoya en la posición de Judith Butler (reflejada en su obra *Deshacer el género*, 2006) que señala que el género no es más fundamental que la raza, ni la posición colonial o la clase, variables de las sí que parten algunos sectores del feminismo; así critica al feminismo que llama institucional, empeñado en universalizar el género para contextualizar la violencia en una relación unívoca de poder y sometimiento de todas las mujeres sobredimensionando, así, la situación de conflicto en las relaciones entre sexo (Maqueda, 2007: 24-25).

fundamento del movimiento feminista, prefiriere hablar no de “identidad feminista” sino de “afinidad” que deberá constituirse a partir del reconocimiento de su diversidad (vid. siguiendo a Osborne, Maqueda, 2007: 34).

La falta de consenso en torno a la Ley Integral se ha hecho especialmente patente en la controvertida línea político-criminal seguida por su Título IV rubricado “Tutela penal” que, entre otros aspectos, introduce en el texto punitivo tipos agravados cuyos sujetos pasivos pueden serlo sólo las mujeres víctimas de determinadas conductas ejecutadas por varones en el marco de las relaciones afectivas, presentes o pasadas, lo que ha generado un enconado debate en la doctrina penal y, en general, entre los operadores jurídicos. Buena prueba de ello lo constituyen las muy numerosas cuestiones de constitucionalidad planteadas por distintos juzgados españoles que fueron admitidas a trámite por el Tribunal Constitucional y sobre algunas de las cuales ya se ha dictado sentencia. Destaca la primera sentencia (STC 59/2008 de 14 de mayo) no sólo por declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado –art. 153.1 del Código Penal que tipifica el delito de maltrato ocasional - sino también por ser una decisión muy controvertida en la medida en que de los doce magistrados que conformaron el Pleno del Tribunal Constitucional, cuatro de ellos emitieron sendos votos particulares sosteniendo esencialmente que se debería haber dictado una sentencia que, respetando el principio de conservación de la norma, en este caso el art. 153.1, determinara su única interpretación constitucional posible con el fin de no vulnerar derechos fundamentales de aquellos varones que pese a ejecutar un maltrato ocasional nunca lo hicieron por motivos discriminatorios por razón de sexo. Ésta es la postura que esencialmente he defendido en alguno de mis trabajos publicados antes de ver la luz la mencionada STC (vid. Cruz Blanca, 2007: 195-208) y que vuelvo a desarrollar en este trabajo.

Mi postura sería, en resumen, que estadística y estructuralmente los llamados delitos de género están justificados y no vulneran el principio de igualdad, pero que sólo deberían ser aplicados en aquellos casos en los que realmente pueda afirmarse que la conducta ejecutada sobre la mujer se ha hecho con la finalidad de crear o mantener la discriminación históricamente sufrida en el marco de las relaciones afectivas presentes o pasadas. Aplicar los nuevos tipos penales a conductas que tengan su origen en otras posibles causas ajenas a la discriminación podría constituir una vulneración de los principios de presunción de inocencia y culpabilidad. Este es el sentido ofrecido por algunos de los votos particulares a la STC 59/2008, en particular se transcribe un extracto del voto emitido por el magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez:

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla [añadiendo que este tratamiento penal específico no vulnera el principio de igualdad ya que si] nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa no es tanto el menoscabo físico o psíquico causado con el maltrato sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta a través del maltrato ocasional. Si lo que hubiera que someter a comparación fuera el mero maltrato que hombre y mujer pueden infringirse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el primer inciso del art. 153.1 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en maltrato ocasional) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

No obstante, lo que sí pone de manifiesto el Magistrado es, en su opinión, la vulneración del principio de presunción de inocencia y culpabilidad señalando que:

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que «el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones (...) lo que hace el legislador (...) es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente» y que «no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la

constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita...» (F. 11.a). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 153.1 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural, en una concreta estructura social (F. 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un «pecado original» del que no pudiera desprenderse, aun cuando la agresión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

## **1 IGUALDAD Y POLÍTICA CRIMINAL DE GÉNERO: MANIFESTACIONES Y CRÍTICAS**

La línea político-criminal de género seguida por la llamada Ley Integral se ha orientado a la protección específica de la mujer que sufre violencia ejercida por el hombre con el que mantenga o haya mantenido una relación de afectividad, aún sin convivencia, traduciéndose la tutela reforzada de aquélla en un endureciendo del tratamiento del autor. Si es la mujer la que lleva a cabo los mismos comportamientos contra su pareja o expareja será autora de otros tipos penales que prevén una pena menor. Las manifestaciones concretas de la nueva línea político criminal de género son las siguientes: el art. 148.4º CP prevé una agravante específica para el delito de lesiones del art. 147.1 CP; el nuevo art. 153.1 agrava la pena del delito de maltrato ocasional del art. 153.2 CP; las amenazas y coacciones leves que eran constitutivas de faltas, se elevan a la categoría de delito (arts. 171.4 y 172.2 CP). En

todas las disposiciones penales señaladas sólo podrá ser sujeto activo del delito el varón y sujeto pasivo la mujer (salvo en los casos de las “víctimas especialmente vulnerables” que también se protegen en estos tipos penales, aunque sólo en los casos en que convivan con el agresor).

Entre las distintas críticas que ha recibido la nueva regulación de género (que pueden ser consultadas en: Cruz Blanca, 2009: 270 – 273), destaca aquélla que hace referencia a la exclusión del varón de la tutela penal reforzada que se concede sólo a la mujer, castigando a aquél más gravemente cuando agrede a la mujer con la que mantiene o ha mantenido relaciones afectivas siendo de aplicación automática, es decir, sin que deba probarse que el hombre actuó con ánimo discriminatorio. La previsión de estos tipos especiales de aplicación automática, ha generado dudas de constitucionalidad por vulneración del principio de igualdad al discriminarse al varón frente a la mujer, así como de otros principios básicos como el de presunción de inocencia conectado con el principio de culpabilidad<sup>8</sup> y derechos tales como la dignidad de la mujer y del hombre<sup>9</sup>.

Ante este panorama el penalista debe plantearse: ¿por qué determinados hechos se castigan más que otros idénticos si se producen en un determinado contexto o ante cierta clase de víctimas?<sup>10</sup> En definitiva, hay que hallar, si lo hubiere, un fundamento material que justifique tal tratamiento agravado siendo difícil, aunque no imposible, por la dificultad de dotar a las nuevas infracciones de las características precisas que permitan abarcar el fenómeno sin incurrir en “violaciones exageradas” de los principios limitadores del Derecho penal.

Para tratar de dar respuesta a las anteriores cuestiones, resulta sumamente ilustrador conocer el reflejo que ha tenido el tratamiento recibido por las mujeres en la sociedad

---

<sup>8</sup>Al presumir el ánimo típico del autor sin admitir prueba en contrario (es decir, se presume *iuris et de iure* que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que 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), no se tiene en cuenta que en el caso concreto se pueda afirmar la igualdad real entre autor y víctima o que el acto violento ha tenido su origen en otras causa como celos, venganza, etc.. Así, en esos casos concretos se violaría el principio de culpabilidad al prever los tipos un plus cuantitativo de pena no justificada partiendo de que estadísticamente la sufren más las mujeres basándose en situaciones de desigualdad y dominación sin tener en cuenta otras posibles causas de dicha violencia y sin necesidad de probar en el caso concreto que se ha actuado abusando de esa situación de dominación y por móviles discriminatorios.

<sup>9</sup>Respecto del derecho a la dignidad de la mujer se vería afectada por equiparar su protección, a efectos penológicos, con la de las víctimas especialmente vulnerables introduciéndose una nueva presunción, sin prueba en contrario, que atenta especialmente a la dignidad de la mujer, mayor de edad y no incapacitada judicialmente. Al mismo tiempo, se vulneraría el derecho a la dignidad del varón al que se configura como un “maltratador nato”, sin posibilidad de prueba en contrario.

<sup>10</sup> Comparar, por ejemplo, las conductas previstas en el art. 153, núms. 1 y 2.

española a lo largo del proceso legislativo penal. Con este análisis se podrá comprender adecuadamente la línea político-criminal de género de la Ley Integral con independencia que se comparta o no en su integridad.

## **2 IGUALDAD, DERECHOS HUMANOS Y CONTROL SOCIAL PENAL**

### **2.1 Planteamiento**

Para entender y valorar adecuadamente las reformas impulsadas por la Ley Integral es preciso hacer referencia, aún de modo conciso, al significado del concepto “género” como instrumento de análisis de la realidad que trata de explicar, entre otros aspectos, cómo se crean, se mantienen o se modifican las relaciones entre hombres y mujeres en función de los valores imperantes en una sociedad determinada.

En este contexto, es preciso analizar la función que ha cumplido el Ordenamiento jurídico, en general, y de manera particular las normas penales que, impregnadas de prejuicios sociales herméticos en nuestra cultura, ha sido inmune durante décadas a la incorporación en su articulado del principio de igualdad entre hombres y mujeres. En efecto, de un adecuado análisis histórico-penal podrá comprobarse que los sucesivos Códigos penales españoles, en un primer momento, perpetuaron la discriminación por razón de sexo que socialmente había imperado durante siglos en nuestra sociedad para ser, después, uno de los instrumentos de los que se ha servido el Estado de Derecho para tratar de lograr la igualdad real de todos los ciudadanos, lo que ha acontecido principalmente a partir de la promulgación del Código penal de 1995 que introduciría los llamados delitos relativos a la discriminación punible<sup>11</sup>. El proceso legislativo penal ha culminado, por el momento, con las reformas operadas por el Título IV de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

### **2.2 Aproximación al concepto de género**

Para llevar a cabo una aproximación al concepto de género con objeto de entender adecuadamente las llamadas políticas de género, entre las que se encuentra la política criminal, partiré de una frase bastante ilustrativa de Simone de Beauvoir: “No se nace mujer, se llega a serlo” (Beauvoir, 1949). Esta frase resume la idea de que, en realidad, las

---

<sup>11</sup>Sobre esta larga evolución, vid. Cruz, 2002.

características humanas consideradas como femeninas o masculinas no derivan esencialmente de la naturaleza biológica de las personas sino que son adquiridas mediante un complejo proceso individual y, sobre todo, social. A esta idea responde el concepto de género como categoría conceptual que expresa que ser o, más bien, comportarse como hombre o mujer está determinado no sólo por su asignación biológica a un sexo concreto sino, ante todo, por valores que se crean y reproducen a través de la cultura, valores que dictan socialmente lo que debe ser “lo femenino” y lo “masculino” en una sociedad determinada.

Conviene por tanto tener bien claro que a diferencia del término “sexo” ubicado en el plano de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, el concepto “género” da cuenta de los diferentes rasgos, roles y expectativas atribuidos a una persona, según su sexo, en un contexto sociocultural determinado. Un análisis de género sirve de base, pues, para demostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura social y no como fruto de la naturaleza biológica de hombres y mujeres.

Pero el valor instrumental del concepto género no se agota en la descripción y explicación de tales desigualdades, sino que sus planteamientos ofrecen soluciones y alternativas encaminadas a modificar la realidad social discriminatoria. Una de estas posibles alternativas puede ser la utilización del Derecho como motor que impulse la igualdad y la no discriminación por cualquier causa.

### 2.3 El Derecho Penal discriminatorio

Un análisis histórico en torno a las expectativas, relaciones y roles desempeñados por hombres y mujeres en el desarrollo de los más variados modelos socio-culturales, refleja con claridad que una de las facetas de las sociedades ha sido el dominio de los hombres sobre las mujeres habiéndose establecido, a favor de los primeros, una relación de superioridad que ha determinado que la discriminación sufrida por aquéllas pueda ser considerada en clave histórica, en palabras de Rey Martínez, como la “más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido –desde la simple y brutal paliza, hasta los más sutiles planteamientos falsamente protectores- y la más primaria porque siempre se añade a todas las demás” (vid. Rey, 1995: 1).

La histórica perpetuación de la discriminación social sufrida por las personas de sexo femenino contaría, además, con poderosos aliados al servicio del mantenimiento del statu quo vigente entre el que cabe destacar, junto a las llamadas instancias de control social informal (familia, escuela, religiones, etc.), el denominado control social formal entre cuyos

instrumentos destacan las normas jurídicas que, al regular todos los ámbitos de la llamada “convivencia social”, con los valores imperantes en cada espacio y momento determinados, han consolidado las posiciones de desventaja y subordinación en las que históricamente habían estado inmersas las mujeres.

Las distintas instancias de control social formal han contribuido a perpetuar la realidad social discriminatoria en distintos niveles, ya sea acotando los valores dignos de protección y la forma de llevarla a cabo (el legislativo), determinando el alcance de la aplicación de las normas (el judicial) y su interpretación doctrinal y jurisprudencial (hermenéutico). En definitiva, durante un largo periodo de la historia, el ordenamiento jurídico ha desempeñado un importante papel en el mantenimiento de un orden social discriminatorio por razón de sexo. Un claro ejemplo de lo señalado, fuera del ámbito penal, lo ofrece la espectacular evolución que ha experimentado, dentro del Derecho Civil, el denominado “Derecho de familia” que, consagrando el principio de autoridad marital conforme al cual “la mujer debe obedecer al marido” -art. 57 CC-, convertía a aquél en representante legal de su esposa no pudiendo ésta adquirir o enajenar bienes sin licencia del marido -arts. 60 y 61 CC-. Con estas normas derogadas en 1975, y con otras del Código civil, se otorgaba a la mujer un papel absolutamente pasivo, de obediencia y centrado exclusivamente en el ámbito privado<sup>12</sup>.

El Derecho penal, cuya función es la protección de bienes jurídicos, esto es, de los intereses y valores más importantes para una sociedad concreta, no ha sido una excepción<sup>13</sup> puesto que la elección de cuáles hayan de ser aquéllos, y la forma de protegerlos, es una cuestión valorativa estrechamente vinculada al contexto sociocultural de cada momento histórico. Por tanto, si existe una estrecha relación entre los valores tutelados por el Derecho penal y la forma en que está estructurada una sociedad concreta no ha de extrañar que en algunos momentos haya sido el propio sistema penal el que ha perpetuado situaciones discriminatorias para las mujeres, partiendo del propio proceso de tipificación y, posteriormente, con la aplicación e interpretación de esa normas<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>Sobre la evolución del Derecho civil en materia de igualdad entre hombres y mujeres vid. Villanueva Lupión, 2007: 303-334).

<sup>13</sup>Vid. un análisis - fundamentalmente criminológico - de la relación entre el Derecho penal y las mujeres en: Birgin, 2000; Miralles, 1983: 121-178; Bergalli/Bodelón, 1992: 43-73; Zaffaroni, 1993: 17-25; Facio, 1996.

<sup>14</sup>En este sentido, ha señalado Gimbernat Ordeig cómo ha sido una regla social que el hombre haya fijado el alcance y la intensidad de la protección penal de la mujer, no tanto en función de los intereses femeninos, como en función de los estrictamente masculinos, matizando no obstante que “no ha sido el hombre sin más, sino un hombre de una mentalidad y escala de valores muy determinadas el que ha decidido los contornos del protagonismo de la mujer como autora o como víctima del delito” (vid. Gimbernat, 1990: 78 y 86).

Un magnífico ejemplo de cómo el Derecho penal ha sido una instancia de control social al servicio del mantenimiento del statu quo discriminatorio por razón de sexo lo encontramos, entre otros ámbitos, en el marco de la regulación penal otorgada a las relaciones sexuales extramatrimoniales, particularmente en la tipificación, aplicación e interpretación judicial y doctrinal ofrecida a los delitos de adulterio, amancebamiento y al denominado uxoricidio por honor<sup>15</sup>.

Conforme al art. 449 del Código penal derogado, vigente hasta 1978<sup>16</sup>, cometía adulterio “la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”. Al tiempo, el art. 452 del mismo Código disponía que cometía delito de amancebamiento “el marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella”. La distinción entre ambas figuras es evidente: cometía adulterio la mujer que mantuviese al menos una “unión carnal” con varón que no fuese su esposo, sea cual fuese el lugar en el que se produjere el yacimiento; sin embargo, el castigo del adúltero sólo se imponía si la manceba habitaba en la casa conyugal, o viviendo fuera, la relación adúltera era mantenida públicamente y con notoriedad; es decir, el amancebamiento no se consumaba, al igual que en la mujer, con un solo yacimiento, ni tan siquiera con varios siempre que estos fuesen con mujeres distintas o con la misma discretamente<sup>17</sup>.

La razón de la distinta regulación penal de ambas infracciones no puede hallarse en la obligación que tiene el Estado de proteger la institución matrimonial y familiar pues ambas formas de adulterio parece que lesionarían los intereses familiares (vid. al respecto, Quintano, 1946: 302). Tampoco, con carácter general, en la posibilidad de que la mujer quedara embarazada a causa de la relación adúltera<sup>18</sup> puesto que, en consecuencia, deberían quedar

<sup>15</sup>Para el análisis de otras figuras penales discriminatorias en la legislación penal histórica, vid. Cruz, 2002: 24-51.

<sup>16</sup>Al ser derogado por Ley 22/1978, de 26 de mayo.

<sup>17</sup>La discriminación también alcanzaba a la aplicación práctica del precepto como pone de relieve Fernández Rodríguez, señalando los argumentos de la Sentencia de 17 de febrero de 1965 que dejaba impune el supuesto del hombre casado que tuvo dos hijos extramatrimoniales, cuyos nacimientos se inscribieron en el Registro civil, señalando el tribunal que las citadas relaciones extramatrimoniales se habían mantenido “discretamente” (vid. Fernández, 1993: 12).

<sup>18</sup>Como afirmara Pacheco al señalar que la diferencia entre una y otra figura “no procede como han querido decir algunos, de que las leyes han sido hechas por los hombres; procede de la misma razón, que encuentra en una y otra falta distintos caracteres, distintas consecuencias. La mujer es el centro de la familia, como el hombre la cabeza. La falta de aquélla destruye esencialmente la sociedad conyugal, que la falta de éste altera pero no puede destruir. La mujer infiel da derechos injustos que el hombre no puede dar. La mujer infiel disuelve todos los lazos, que ninguna otra infidelidad disolvería del mismo modo...”(Pacheco, 2000: 1047). En el mismo sentido, Sánchez Tejerina justificaba el castigo del adulterio de la esposa en que “las consecuencias del adulterio de la mujer son mucho más graves en el orden de la familia, puesto que vendrían a ser considerados como hijos

impunes –o sometidas al mismo tratamiento que el hombre- las relaciones adúlteras mantenidas por mujeres estériles o las mantenidas con varón estéril. La distinción entre la regulación del adulterio y amancebamiento también había sido justificada sobre argumentos de “tipo biológico, ya que la mujer es un ser menos pasional y de cualidades más pasivas en lo sexual” (Sánchez, 1948: 514).

El distinto tratamiento jurídico-penal que ha recibido el adulterio y amancebamiento respondería, más bien, a que la legislación penal no era sino un reflejo de las circunstancias socioculturales de esos momentos históricos. En este sentido, rotundamente se afirmaba que “la tiene indudablemente en el terreno de la sociedad, de las costumbres, de las necesidades públicas” siendo esta “desigualdad a favor de los hombres racional en los casos comunes” (Pacheco, 2000: 1047, 1056)<sup>19</sup>.

La regulación penal de las relaciones adúlteras no acababa en el acto del yacimiento fuera del matrimonio sino que desembocaría en una exacerbada protección del honor masculino por el art. 428 CP si el varón, para salvaguardar su honor, mataba o lesionaba a los adúlteros sorprendidos en adulterio<sup>20</sup>. Como ha señalado Gimbernat Ordeig, “nunca ha sido consagrado con tanta brutalidad y con tanto descaro la protección al honor masculino y el consiguiente desamparo de la mujer como en el antiguo artículo 428 del Código penal”<sup>21</sup>, que castigaba con la única pena de destierro al marido que sorprendiera a su mujer en adulterio y que mataba, o causaba graves lesiones a ella o al adúltero lo que constituía “una auténtica invitación a eliminar dos seres humanos” (Gimbernat, 1990: 79) considerando que “si nunca existió un precepto exculpatario paralelo en referencia a la mujer que sorprendía al marido en adulterio es algo que fácilmente puede suponerse” (Gimbernat, 1990: 79) ya que parece claro

---

legítimos, los adulterinos con todas las consecuencias que habrían de derivarse de este hecho” (Sánchez, 1948: 514).

<sup>19</sup>Un siglo más tarde, las palabras de Quintano Ripollés demuestran que la situación había variado muy poco cuando afirmaba que: “En su pro no tiene más que el peso inerte de una ancestral tradición, y, si es caso, el imponderable de una opinión social y consuetudinaria que, con razón o sin ella, disculpa fácilmente al varón lo que sin remisión condena en la mujer” (vid. Quintano, 1946: 307).

<sup>20</sup> El art. 428 del CP, vigente hasta 1963, señalaba que: “El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualesquiera lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas y corruptores mientras aquéllas vivieren en la casa paterna”. Respecto a su inclusión en el Código penal de 1944 –después del paréntesis de vigencia del Código penal de 1932 donde no se recogía esta figura- señalaba Quintano Ripollés que: “De nuevo en 1944, tras un paréntesis de una docena de años, ha vuelto a aparecer en las páginas del Código penal la tan arcaica como debatida excusa absolutoria a favor de los maridos y padres que causaren lesiones o muerte a sus mujeres adúlteras o hijas impúdicas y a sus corruptores, de ser sorprendidos en fragancia” (vid. Quintano, 1946: 261).

<sup>21</sup>El legislador español, ve con absoluta claridad que “con la madre, la mujer y la hija no se gastan bromas. De este principio se ha guiado el legislador penal español. Pero como su madre no suele estar en edad de despertar pasiones, únicamente le preocupan la esposa y la hija. Con ellas no se admite que nadie gaste bromas; y mucho menos que sean ellas las que las gasten” (Gimbernat, 1990: 78).

que no se incluía a la mujer como sujeto activo del uxoricidio por honor porque carecía socialmente del mismo<sup>22</sup>.

La perspectiva se verá lentamente modificada por los grandes cambios sociales producidos tales como la incorporación de la mujer al mundo laboral y su correlativa independencia económica, el control sobre la propia maternidad, la paulatina sensibilización y reivindicación de la igualdad con los hombres en todos los órdenes de la vida social que, como recuerda Rey Martínez, son indicadores de una de las más profundas transformaciones sociales de la historia (Rey, 1995: 1) que tendrán su reflejo, viéndose impulsadas, por las normas jurídicas. En efecto, la Constitución española de 1978, por primera vez en la historia jurídica española<sup>23</sup>, se desmarca del modelo sociocultural discriminatorio, imponiendo un nuevo paradigma socio-jurídico en las relaciones entre hombres y mujeres. Particularmente, el art. 14 del Texto constitucional consagra el principio de igualdad y de no de discriminación, entre otras causas, por razón de sexo. Esta disposición constitucional se ha ido proyectando en la legislación penal, primero mediante la derogación de preceptos discriminatorios para las mujeres<sup>24</sup>, posteriormente, mediante la introducción en el Código penal de 1995 de infracciones sancionadoras de conductas discriminatorias, entre otras causas, por razón de sexo<sup>25</sup> y, recientemente, con la tipificación de la llamada violencia de género mediante las reformas operadas por la Ley Integral. Todos estos cambios legislativos reflejan muy bien la espectacular evolución que ha experimentado el sistema de valores de la sociedad española en poco más de seis lustros.

---

<sup>22</sup>Sánchez Tejerina señalaba que: “lo mismo que nos deshonra con sus actos una hija viciosa, también humilla nuestra dignidad y nos resta prestigio ante la sociedad tan grave ofensa producida por el adulterio de la mujer”, si bien este autor se mostraba en desacuerdo con la impunidad de la muerte de los adúlteros o de la hija (vid. Sánchez, 1948: 484-485).

<sup>23</sup> Con el único antecedente de la Constitución de la Segunda República de 1931 que extiende por primera vez a las mujeres el derecho de sufragio al establecer su art. 36 que “Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales según las leyes”, aunque esta disposición constitucional fue aprobada con tan sólo cuatro votos de diferencia (vid. Rey, 1995: 5).

<sup>24</sup>En este lento proceso reformador destaca la siguiente normativa: Ley 22/1978, de 26 de mayo que deroga los delitos de adulterio y amancebamiento (BOE núm. 128, de 30 de mayo); Ley 45/1978, de 7 de octubre que modificó los arts. 343 bis, y 416, sobre medios anticonceptivos (BOE núm. 243, de 11 de octubre); Ley 46/1978, de 7 de octubre que modificó las disposiciones relativas a los delitos de estupro y raptó (BOE núm. 243, de 11 de octubre); Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio que introdujo el artículo 417 bis, que destipifica el aborto en determinadas circunstancias (BOE núm. 166, de 12 de julio); Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio de modificación entre otros, de los anteriores delitos contra la honestidad pasando a constituir los delitos contra la libertad sexual.

<sup>25</sup> Vid. los siguientes arts. del CP de 1995: 22.4ª; 314; 510; 511; 512 y 515.5. La Exposición de Motivos del CP de 1995 señala que “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esta tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a las situaciones discriminatorias”.

### **3 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DEL ART. 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL**

#### **3.1 Igualdad y no discriminación en la Constitución española**

La doctrina especializada y el Tribunal Constitucional han destacado el complemento que el mandato de no discriminación, previsto en el segundo inciso del art. 14 de la Constitución española<sup>26</sup>, tiene respecto del principio de igualdad del primer inciso del mismo precepto constitucional<sup>27</sup>. El principio de igualdad obliga a tratar igual a lo que es igual y de forma desigual a lo que no es igual (derecho desigual igualatorio) y el mandato de no discriminación supone la opción del constituyente de completar ese principio de igualdad considerando las discriminaciones previstas en el mismo como una variedad de desigualdad social particularmente dañina, peligrosa e intolerable, fundada en una concepción social de la igualdad que toma en cuenta las enormes desigualdades fácticas entre los ciudadanos y, sobre todo, la existencia de grupos o colectivos sistemáticamente marginados (Rey, 1995: 57-58). Por eso, cuando la desigualdad se practica por alguna de las causas previstas en el art. 14 de la Constitución “el principio de igualdad del art. 14 CE se transforma en la prohibición de no discriminación, y correlativamente, en el derecho fundamental a no sufrir discriminación”. Al respecto puede distinguirse entre “discriminación en sentido amplio” como equivalente a toda infracción de la igualdad del primer inciso del art. 14 CE y “discriminación en sentido estricto” que se refiere a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos por el segundo inciso del mismo art. 14 (Rey, 1995: 56).

Entendido así el mandato de no discriminación, la tutela adicional a los colectivos tradicionalmente discriminados queda justificada por encontrar su fundamento en la insuficiencia del principio de igualdad formal para garantizar a todos los sujetos el pleno disfrute de sus derechos fundamentales y libertades públicas (vid. Lorenzo, 2005: 11-12). Es

<sup>26</sup> Su art. 14 dice así: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

<sup>27</sup> Vid. Rey, 1995: 6, 62. En la jurisprudencia constitucional vid., entre otras, la STC 214/2006, de 3 de julio de 2006 (Fundamento Jurídico 2º).

decir, la tutela reforzada de estos colectivos o grupos parte de un presupuesto objetivo cual es la innegable realidad de que no todos las personas ocupan la misma posición de partida en las estructuras sociales, existiendo algunos grupos o colectivos que son objeto de claras desventajas en función de unos caracteres comunes referidos a su nacionalidad, religión, sexo, etc. que deberán ser equilibradas por los poderes públicos.

Todo ello permite afirmar que el mandato de no discriminación tiene un “sentido unilateral” (Rey, 1995: 58)<sup>28</sup>, lo que significa que la protección reforzada va dirigida a neutralizar la discriminación que sufren determinados colectivos y no otros, precisamente por no sufrirla. Este carácter unilateral del mandato de no discriminación, como señala Rey Martínez, permite afirmar que “no tiene lógica entender que las circunstancias eliminadas como factores legítimos de diferenciación son armas neutrales, susceptibles de ser usadas para amparar tanto a los sujetos marginados como a los que no lo son” y expresaría una “defensa activa de los poderes públicos de reestablecer la igualdad socialmente ignorada”<sup>29</sup>. De este modo, cuando las normas jurídicas se refieren a la orientación sexual, sexo, raza o etnia como circunstancias discriminatorias, están realmente tutelando a los homosexuales, mujeres o extranjeros y no así, por no precisarlo, a los heterosexuales, hombres o españoles (en este sentido, vid. Laurenzo, 2005: 12-13).

De lo señalado puede inferirse que la tutela reforzada derivada del mandato de no discriminación debe ser, por su propia esencia, de carácter transitorio<sup>30</sup> manteniendo tal tutela su legitimidad sólo mientras exista el presupuesto que la justifica, es decir, hasta que desaparezcan o, al menos, se aminoren a niveles “aceptables” las causas históricamente discriminatorias. Este carácter transitorio pone de relieve una cuestión de bastante importancia cual es que la tutela antidiscriminatoria perdería su legitimidad cuando desaparecieran las causas que la sustentan; e incluso, yendo más lejos, añadiría que la

<sup>28</sup>Prefiere hablar de “proyección unidireccional” Laurenzo Copello (vid. Laurenzo, 2005: 12).

<sup>29</sup>Vid. refiriéndose a los planteamientos de Fernández, Rey, 1995: 57-58. Por esta razón, Rey Martínez recuerda cómo la utilización “neutra” de las causas de discriminación fue “precisamente el “ilógico” proceder de la primera etapa de la jurisprudencia constitucional que protegió al “varón discriminado” (Rey, 1995: 60 y nota a pie, 57).

<sup>30</sup>De forma muy clara se refleja el mencionado carácter transitorio en el art. 11.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres al señalar que: “Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objeto perseguido en cada caso”.

dirección de la tutela reforzada podría incluso invertirse hacia el colectivo tradicionalmente favorecido si, en un determinado ámbito, ha pasado a ser un colectivo discriminado<sup>31</sup>.

De otro lado, es importante recordar cómo entre la doctrina constitucionalista se ha distinguido una doble vertiente del mandato de no discriminación (vid. Rey, 1995: 6, 63-64)<sup>32</sup>. La vertiente positiva se concreta en la legitimidad de medidas de acción positiva y de discriminación positiva<sup>33</sup> que favorezcan y concedan alguna ventaja a los miembros del colectivo discriminado con el fin último de eliminar o, al menos, paliar tal situación. Con las acciones positivas se trata “de asignar de manera igualitaria bienes escasos” siendo éste el principal escollo con el que tropieza la justificación de la nueva tutela penal reforzada de las mujeres otorgada por la Ley Integral sobre la base de las acciones positivas<sup>34</sup>; como señalaré posteriormente, en realidad el fundamento de la especial protección de las mujeres víctimas

---

<sup>31</sup>Vid. Cruz, 2007: 199 donde se recoge un buen ejemplo de esta inversión en la dirección de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar recogándose acciones positivas a favor de los hombres en tanto colectivo subrepresentado en el marco de la conciliación familiar. Partiendo que son las mujeres y no los varones las que normalmente reducen la jornada laboral y piden las excedencias para el cuidado de hijos o personas dependientes, el Decreto 177/2002, de 16 de julio del País Vasco, *por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar* concede una prestación económica de mayor cuantía para los casos en que sea el padre el que ejercite el derecho de excedencia o de reducción de jornada. En efecto, el art. 5 del Decreto establece para la situación de excedencia una ayuda de 2.400 euros anuales cuando la persona trabajadora sea una mujer y 3.000 euros cuando se trata de un hombre; o en el marco de la reducción de la jornada laboral 1.800 euros anuales a las mujeres y 2.400 a los hombres. La Exposición de Motivos del Decreto explica como éste: “introduce, por otra parte, un aspecto de acción positiva a favor de los hombres, aumentando, en este caso, la cuantía de las ayudas económicas, con el fin de fomentar un nuevo modelo de corresponsabilidad familiar acorde a los objetivos del plan. Se trata de una medida dirigida a impulsar el cambio de los roles diferenciados entre las mujeres y hombres, implicando a estos últimos en la atención y cuidado de sus hijos e hijas”.

<sup>32</sup> Se refieren a esta doble vertiente también: Alonso, 2008: 22-23 y Laurenzo, 2005: 11-14.

<sup>33</sup>Sobre estos conceptos Alonso Álamo señala que con las acciones positivas se trata de contrarrestar o suprimir obstáculos que impiden que las mujeres disfruten de los derechos en condiciones de igualdad (por ejemplo: cursos de formación dirigidos específicamente a ellas), no comportando al propio tiempo un trato desventajoso para el varón; mientras que las discriminaciones positivas siempre implican un trato beneficioso de unos en detrimento de otros ya que, al favorecer al grupo discriminado, se produce un efecto desventajoso para otro u otros -por ejemplo, contratar un determinado número de mujeres con el perjuicio para los varones; también la previsión de cuotas-. Esta discriminación positiva se produce en situaciones de escasez por lo que conlleva como forzosa contrapartida un perjuicio de otras personas (vid. Alonso, 2008: 22-24).

<sup>34</sup>Al respecto, ya señalaba el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Integral que: “no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres. Es cierto que esos otros grupos tienen ya protección jurídica adecuada, pero las medidas más beneficiosas e intensas que incorpore eventualmente la ley deberían extenderse también a esos otros colectivos. La razón es sencilla: sólo en el caso de que las mayores medidas de protección que ofrece la nueva ley fuesen bienes escasos que no pudiesen alcanzar a todos, es cuando se justificaría una restricción del ámbito subjetivo de la ley. De no ser así –como en efecto no lo es– es por lo que entiende este Consejo que el ámbito de protección de la ley debe alcanzar a todos aquellos que se encuentren en la misma situación de dependencia, subordinación o inferioridad no caben medidas que vayan más allá del fomento de la igualdad de trato, en particular, medidas que supongan un perjuicio para alguien por la sola pertenencia al grupo de los varones, por lo que se niega validez a un sistema que asigne automáticamente prioridad a las mujeres”.

de violencia de género puede hallarse en principios propios del Derecho penal sin necesidad de acudir a la lógica de las acciones positivas<sup>35</sup>.

Un segundo aspecto del mandato de no discriminación que, por el contrario, sí tiene incidencia en el Derecho penal es su vertiente negativa que determina prohibir cualquier comportamiento perjudicial para un miembro del colectivo discriminado, obligando a los poderes públicos a prever normas que sancionen su vulneración. Manifestaciones de esta vertiente se encuentran en el marco del Derecho penal desde la promulgación del Código penal de 1995 con la tipificación de las infracciones que integran la llamada discriminación punible (en esta línea se sitúan Alonso, 2008: 13 y Laurenzo, 2005: 13).

#### **4 PROYECCIONES DEL DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**

##### **4.1 El Código penal de 1995**

El Código penal de 1995, desde su primera redacción, recoge manifestaciones de la vertiente negativa del mandato constitucional de no discriminación en algunas de sus disposiciones, tutelando más intensamente a los grupos o colectivos tradicionalmente discriminados: la agravante genérica de móvil discriminatorio –art. 22.4-; delito de

---

<sup>35</sup>Entienden la reforma penal operada por la Ley Integral como manifestación de la inclusión de acciones positivas o medidas de discriminación positiva: Mata y Martín, 2006: 41; Del Rosal Blasco, 2005: 345; González Rus, 2006: 496, considerando “dudoso” que sean aplicables al ámbito penal y al judicial, dado que se dilucidan en ambas cuestiones de derechos fundamentales respecto de los cuales no son aceptables tutelas diferenciadas en razón del sexo ya que los bienes jurídicos que se tutelan en las nuevas figuras son de idéntica importancia en ambos sexos, lo que hace que la discriminación positiva para la mujer en el ámbito penal se acabe convirtiendo en una discriminación negativa para el varón. No obstante, entre la doctrina penal, Alonso Álamo señala que esta vertiente positiva del mandato de discriminación en ninguna de sus dos expresiones tiene aplicación en el ámbito del Derecho penal (vid. Alonso, 2008: 23-24). Del mismo parecer es Laurenzo Copello, quien indica que en el Derecho penal no tienen incidencia las acciones positivas pues “este tipo de políticas sólo adquieren sentido en aquellos sectores del ordenamiento jurídico que se ocupan de regular la distribución de recursos escasos en la sociedad –como el derecho administrativo o laboral- puesto que se trata de implementar medidas concretas destinadas a favorecer la participación social de los grupos marginados mediante la concesión de ventajas directas en el acceso a los bienes (escasos). Todo ello completamente ajeno a un ámbito sancionador como el Derecho penal, cuya función primordial se concentra en el aseguramiento de las condiciones básicas que permiten a los individuos el pleno goce de sus derechos fundamentales”, por eso afirma rotundamente que la opción político criminal de la Ley integral “poco tiene que ver con la técnica de las acciones positivas” (Laurenzo, 2005: 20). En relación con ello, el constitucionalista Rey Martínez, analizando el contenido del entonces Proyecto de Ley Integral estimaba oportuno diferenciar los ámbitos de la Ley (que otorgan derechos a las mujeres víctimas de violencia de género considerando las acciones positivas legítimas siendo su ámbito tradicional de aplicación el laboral, educativo, etc.), y los del Derecho penal a la luz del principio de igualdad. La lógica de las acciones positivas es una lógica de grupos vulnerables e implica un reparto de bienes escasos, mientras que la lógica del Derecho penal de individuos y de culpabilidad estrictamente personal (y no colectivo) en la comisión de una infracción penal concreta (por el hecho), a la vez que el derecho penal es ajeno a la lógica de los bienes escasos por lo que estima que hay dudas de constitucionalidad (vid. Rey, 2004: 516 y ss.).

discriminación laboral –art. 314-; delito de provocación a la discriminación y las injurias discriminatorias – art. 510-; delito de denegación de prestaciones por motivos discriminatorios –arts. 511 y 512- y delito de asociaciones discriminatorias –art. 515.5-. Con estas figuras penales de nuevo cuño, el Código penal de 1995 daría un gran paso en la evolución de la tutela penal de las personas discriminadas mediante la introducción de disposiciones punitivas que les concederán una protección reforzada.

Entre las circunstancias discriminatorias previstas en las citadas disposiciones penales se prevé “el sexo” reconociéndose, así, que la condición femenina es uno de los caracteres de identidad discriminados y por ello necesitado de una tutela penal más intensa<sup>36</sup>. Se puede objetar, no obstante, que de forma distinta a cómo lo hace la Ley Integral que acota la protección a uno de los sexos al tutelar a la “mujer”, los preceptos señalados utilizan un concepto neutro al referirse al “sexo” de las víctimas. A pesar de ello, como se señalará a continuación, la aplicación judicial de estas normas pone de relieve que, en realidad, el Código penal introduciría tal causa para hacer frente a la protección del sexo históricamente discriminado, esto es, a las mujeres, de la misma forma que cuando, por ejemplo, al proscribir la discriminación por razón de orientación sexual lo hace para tutelar de forma más intensa a los homosexuales (sentido unidireccional del mandato de no discriminación, al que nos hemos referido más arriba).

En efecto, la aplicación judicial de estos delitos revela que lo expuesto anteriormente se afirma en la práctica dado que las sentencias que han estimado alguna de estas disposiciones penales antidiscriminatorias revelan que las víctimas, en todos los casos, han sido personas pertenecientes a algún colectivo discriminado (inmigrantes; homosexuales o víctimas de personas con ideología nazi), lo que confirma en la práctica judicial penal los

---

<sup>36</sup>Ahora bien, conviene tener presente, como ha señalado Lorenzo Copello, el escaso protagonismo que jugó la discriminación por razón de sexo en la decisión legislativa de tipificar estas conductas discriminatorias, puesto que fue durante la discusión parlamentaria del Código penal de 1995, y no anteriormente, cuando se adopta la decisión de incluir circunstancias hasta entonces no tomadas en consideración como causa de discriminación relevante penalmente, como es el caso del sexo. Lo cierto, sigue señalando la citada autora, es que el motivo directo del avance prohibicionista se encuentra muy alejado de la discriminación por razón de sexo, concretamente, en la preocupación que habían suscitado en el ámbito europeo los brotes racistas y xenófobos vinculados a ciertas ideologías extremas. Hasta tal punto es así, que la Ley Orgánica 4/1995 – precedente inmediato de los preceptos contenidos en la actual regulación penal (en materia de discriminación) -, ni siquiera contemplaba el sexo entre las causas que daban origen a la discriminación punible (vid. Lorenzo, 1999: 17). Finalmente el Legislador penal, aún en los últimos trámites parlamentarios, decide otorgar idéntica protección a todas aquellas personas o colectivos que en virtud de ciertas características personales o sociales se ven relegadas a una situación de desigualdad material, entre los que recoge expresamente al colectivo que por razón del sexo se ha encontrado históricamente discriminado, esto es, a las mujeres. Lo cierto es que son prácticamente inexistentes las resoluciones judiciales estimatorias de algunos de estos tipos en razón al sexo de la víctima.

presupuestos y características de la tutela antidiscriminatoria: presupuesto y sentido unidireccional del mandato de no discriminación.

Casi inexistentes son las resoluciones judiciales dictadas en relación a la específica discriminación por razón de sexo<sup>37</sup>. En particular, la circunstancia agravante genérica del art. 22.4ª CP en relación con el sexo de la víctima, ha sido apreciada en algún caso con argumentos absolutamente denostados<sup>38</sup> siendo que la inmensa mayoría de las resoluciones judiciales han sido desestimatorias<sup>39</sup> al no haberse podido afirmar los móviles machistas, misóginos o de minusvaloración de los autores hacia la condición femenina de las víctimas, en definitiva, no se podía apreciar el ánimo discriminatorio requerido por el tenor literal de la agravante. Precisamente, la dificultad de acreditar en la práctica el móvil discriminatorio que tenga el autor en el momento de la ejecución del delito, sería el argumento esgrimido para modificar el tenor literal del concepto de violencia de género en la Ley Integral respecto del previsto en el Anteproyecto de Ley pasando a recoger una definición objetiva de violencia de género que no requiere, en consecuencia, la presencia de móviles específicos en el autor para ser afirmada<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Vid. la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona de 12 de enero de 2004 (ARP 2004/1) que condenó al imán de la mezquita de Fuengirola como autor de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo del art. 510 CP en su calidad de autor del libro “La mujer en el Islam”, en el que defiende la posibilidad del castigo físico de la mujer por parte de su marido, así como otros tratos degradantes de la misma por su condición de mujer.

<sup>38</sup> En relación a la condena de un varón por un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP cuya víctima fue una trabajadora, la Sentencia del Juzgado Penal de Valencia de 21-4-2005 (JUR 2006/103615) aplica la agravante del art. 22.4 del CP, agravante que, como su antecesora (la agravante por desprecio de sexo suprimida por la reforma penal de 1963) “se fundamentaría en «la necesidad de otorgar a la mujer el respeto y la consideración que por serlo es acreedora” (TS de 8 de abril de 1927). La circunstancia consta de dos elementos: a) Objetivo: realización de acto delictivo de hombre contra mujer. b) Subjetivo: ánimo o intención de despreciar o discriminar al sexo femenino, de desprecio de lo que la mujer es y representa en la vida social y familiar. Debe tenerse en cuenta también para justificar la imposición de la pena en grado máximo, señala la sentencia en relación con el embarazo de la víctima, que como establece nuestra tradición jurisprudencial «La protección de la Ley es más acentuada cuando la mujer se halla en período de gestación, en que debe inspirar del hombre los máximos respetos» ( STC TS de 19 de diciembre de 1960) siendo que el acusado llevó gran parte de su comportamiento discriminatorio contra la perjudicada por la irritación que le causaban las pérdidas de tiempo en el puesto de trabajo de ésta debidas a sus embarazos, bien por sus bajas o bien por sus prolongadas estancias en el servicio de la empresa por necesidad”.

<sup>39</sup> Vid. SAP de Cuenca de 7 de julio de 1998 (ARP 1998/3426); SAP de Tarragona de 9 de junio de 2000 (ARP 2000/2757); SAP de Madrid de 5 de mayo de 2005 (JUR 2005/254549) y SJP de Valencia de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/103615).

<sup>40</sup> Como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2005 relativa a “Los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, fue precisamente la intención de evitar este tipo de interpretaciones lo que llevó al prelegislador a corregir la redacción anterior del anteproyecto, sustituyendo la referencia finalista por otra más objetiva. Así el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida contra las mujeres entendía que era la violencia empleada “como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. En cambio la redacción vigente de la Ley Integral señala que la violencia de género es aquella “que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres

#### 4.2 El Código penal de 1995 tras las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género

Como ha quedado señalado, el trato penal desigual ofrecido a los desiguales no ha llegado al Derecho penal con las reformas operadas por Ley Integral sino que ya era una línea político-criminal consolidada antes de aquélla al sancionarse por el Código penal de 1995 algunas conductas discriminatorias ejercidas sobre los colectivos tradicionalmente discriminados. Enormemente clarificador es el siguiente ejemplo: el homicidio de un ciudadano magrebí u homosexual es castigado con mayor pena si concurre el móvil discriminatorio en aplicación de la agravante genérica del art. 22.4 CP, que el homicidio de un ciudadano español o heterosexual<sup>41</sup>; este trato diferenciado no ha merecido críticas, ni cuestiones de constitucionalidad por vulnerar el principio de que un hombre es igual a otro hombre porque, en realidad, lo que añade el plus de tutela en estos casos, pese a la identidad del objeto material sobre el que recae la acción de matar (una persona), se encuentra en la mayor vulnerabilidad de la víctima, siendo esa situación precisamente la que se reproduce, en mi opinión y con algunos matices, en los delitos de violencia de género como posteriormente expondré.

Ahora bien, la novedad de la nueva tutela penal incorporada por la Ley Integral, como quedó apuntado al inicio de este trabajo, consiste en prever un tratamiento agravado a la llamada violencia de género respecto del otorgado al maltrato ocasional del art. 153.2 CP. Al respecto cabría preguntarse si, al menos conceptualmente, es acertado diferenciar entre ambos tipos de violencia<sup>42</sup>. Para contestar adecuadamente a esta cuestión es preciso tomar en consideración argumentos basados en las estadísticas y en razones estructurales sobre el fenómeno que se quiere prevenir, esto es, la violencia de género, que pueda justificar la disparidad de tratamiento penal.

En primer lugar, las mujeres constituyen el “grupo” más expuesto a los riesgos derivados de la violencia en el ámbito de las relaciones afectivas, presentes o pasadas, en la medida que más del 90% de las víctimas de violencia doméstica son femeninas, constatándose así una situación de vulnerabilidad con causas asociadas especialmente al sexo femenino aunque esta afirmación tendrá que ser matizada de acuerdo a la actual realidad social. Desde

---

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, aún sin convivencia”.

<sup>41</sup>El ejemplo lo tomo de Queralt, 2006, refª. D-39: 1425.

<sup>42</sup>Sobre las diferencias entre violencia de género y violencia doméstica, vid. Domínguez, 2007: 209-214.

luego, la vulnerabilidad de las mujeres no es consustancial a su status jurídico dentro de la familia (como sucede con los menores, pupilos o sometidos a curatela como víctimas de violencia doméstica previstos en el art. 173 CP o en el maltrato ocasional del art. 153.2 CP); tampoco lo es a sus condiciones personales (edad avanzada, incapacidad...), sino que la vulnerabilidad constituye el resultado de unas pautas culturales dominantes durante siglos basadas en la discriminación estructural que han sufrido las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad de distribución de roles sociales, siendo en las relaciones de pareja donde los roles de género culturalmente transmitidos y aprendidos juegan un papel decisivo<sup>43</sup>; no obstante esto también ha de ser matizado porque no todas las mujeres se encuentran en la misma situación respecto al grado de igualdad realmente alcanzado.

Es cierto que, en pleno siglo XXI, algunas mujeres están condicionadas socio-culturalmente a aceptar que el varón utilice la violencia contra ellas, al tiempo que existen hombres que están igualmente condicionados a aceptar el uso de la violencia como medio adecuado para lograr o mantener la obediencia de la esposa, compañera o novia. En consecuencia, no son sólo razones estadísticas sino también materiales las que dotan de sentido a la diferenciación, al menos conceptual, entre violencia de género y violencia doméstica, cuestión distinta es si ello debe tener incidencia en la política criminal y de qué modo<sup>44</sup>.

Por todo ello, en segundo lugar, conviene precisar que la vulnerabilidad de las mujeres no debe predicarse de todas ellas, sino de un número indeterminado, probablemente aún demasiado amplio. No debe negarse que, afortunadamente, son cada día más las mujeres que alcanzan la igualdad real. Y no puede olvidarse, entre otras razones, por no ser positivo

---

<sup>43</sup> En opinión de Faraldo Cabana, la relación de pareja constituye un ámbito singular donde se proyectan las representaciones sobre la propia identidad y donde los roles de género juegan un papel decisivo; la mujer se repliega a la violencia: como mecanismo de defensa para protegerse de experiencias anteriores insoportables; por los intentos de salvar la situación; para evitar traumas a los hijos por las rupturas, o para no tener que hacer frente al reproche social o familiar por ser causante de la ruptura; también las mujeres víctimas de violencia, en opinión de la citada autora, actúan conforma a una lógica que denomina de “ponderación de costes y de valoración de efectos”, en tanto que el proceso de ruptura requiere un tiempo de maduración y asunción de consecuencias, lo que explicaría el titubeo y la tardanza en la toma de decisiones; todo ello, en su opinión, justifica que el maltrato a la mujer en las relaciones de pareja deban tenerse en cuenta en el diseño de medidas de prevención extrapenales y de pautas político-criminales de actuación (Faraldo, 2006: 84-85).

<sup>44</sup> En esta línea Luis Arroyo Zapatero recuerda que hasta tiempos cercanos (como he tratado de reflejar en este trabajo cuando he analizado el Derecho penal histórico hasta finales del siglo XX), el sometimiento de la mujer estaba explícito en la moral oficial, en los aplicadores del Derecho y en la legislación penal. Por eso, en su opinión, no es de extrañar, “que esa moral oficial histórica esté todavía bien presente y vigente en la cabeza de muchos hombres, e incluso de sus víctimas mujeres, y que esa concepción del dominio natural sobre la mujer que tantos tienen a flor de piel, o escondida en el reservorio más profundo de la memoria emocional, rebrote ante la vida en una España moderna en la que la mujer se abre paso como ser autónomo e igual, a pesar de todas las limitaciones habidas y por aprender” (Arroyo, 2007).

para el objetivo general de acabar con la discriminación por razón de sexo en atención a varios motivos. Primero porque las mujeres que hayan alcanzado, o estén próximas a alcanzar la igualdad real, pueden sentirse “desconcertadas” al no encontrarse identificadas con los mensajes y problemas que, se dicen, sufren “las mujeres” en general. Al respecto, cabría preguntarse con Maqueda Abreu: ¿por qué presumir que todas las mujeres carecen de recursos distintos del Derecho penal, jurídicos o no, para hacer frente a un acto de violencia episódico?; ¿es que hay que creerse, de verdad, esa infundada predicción del Consejo General del Poder Judicial de que cualquier amenaza leve o maltrato leve marca el origen de una vida de pareja con violencia?, y si así fuere, ¿por qué presumir de cualquier mujer la vulnerabilidad y no la autonomía para decidir conforme a sus intereses, aún bajo esas circunstancias?, ¿por qué ese empeño de la Ley por infantilizar a la mujer sometiéndola a restricciones más propias de menores e incapaces?<sup>45</sup>.

En segundo lugar, para las mujeres que aún no gocen o estén muy alejadas de la situación de igualdad, negar que hay otras mujeres que la han alcanzado transmitiría un mensaje negativo y pesimista, pudiendo pensar aquéllas que es muy difícil lograr la igualdad (puesto que, supuestamente, ninguna o pocas mujeres lo han conseguido) aún cuando puedan observar cómo cada día hay más féminas en puestos de responsabilidad, divorciadas felizmente, autónomas económica y sentimentalmente, etc. En tercer lugar, porque los varones que creen y verdaderamente ejercen la igualdad en sus respectivos ámbitos, podrían situarse en una posición de enfrentamiento, o al menos de incomodidad, con el movimiento feminista lo que desde luego no sería ni justo, ni oportuno, ni positivo. Al respecto, es conveniente recordar que hay sectores del feminismo, y mujeres muy feministas, que no comparten algunos planteamientos estratégicos para lograr la igualdad, concretamente en el ámbito punitivo; de otro lado, tratándose de conflictos ocasionales, -que recordemos es lo que se agrava en los nuevos tipos penales-, si se aplica a todos los hombres indiscriminadamente los tipos de violencia de género y no los de violencia doméstica en su caso, en realidad se les estaría atribuyendo una responsabilidad social derivada de la discriminación histórica que han sufrido las mujeres y no una responsabilidad individual por el hecho concreto ejecutado

---

<sup>45</sup>La citada autora añade además que resulta verdaderamente significativo ese afán por ignorar los recursos con que cualquier mujer cuenta para resolver un conflicto puntual, aunque sea violento, en su relación de pareja aunque la realidad a contemplar es muy distinta cuando existe un clima de violencia sistemática y persistente que sitúa a la mujer en una posición de riesgo de lesión de sus intereses más esenciales, es decir, cuando la humillación y el menosprecio se suman a un daño físico o psicológico relevantes que alertan sobre la peligrosidad de la situación para la integridad personal de la víctima (Maqueda, 2007: 22, 27-28).

pudiendo, así, vulnerarse el principio penal de responsabilidad por los hechos propios<sup>46</sup>; finalmente cabría preguntarse ¿acaso los hombres adultos que han sido educados en la igualdad y verdaderamente la ejercen, pueden ser considerados como maltratadores en el caso de un conflicto ocasional como los previstos en los nuevos tipos penales?.

Por todo lo señalado entiendo que la posible inconstitucionalidad de las infracciones penales incorporadas por la Ley integral podría derivarse del hecho de que el varón fuese siempre castigado por violencia de género, aún en los casos en que el acto concreto no fuese manifestación de la discriminación que se pretende crear o conservar, vulnerándose así los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad al no permitirse prueba en contrario, esto es, al no exigirse la acreditación de tal ánimo dominador o discriminatorio, por lo que entiendo preciso algún mecanismo que permita contradecir tal presunción *iuris et de iure*<sup>47</sup>.

## 5 CONCLUSIONES

Entiendo, conforme a todo lo señalado, que:

El tratamiento agravado de los llamados delitos de violencia de género se fundamenta en la mayor vulnerabilidad<sup>48</sup> de, aún quizás, demasiadas mujeres<sup>49</sup>, que no está

---

<sup>46</sup>Al respecto Boldova/Rueda recuerdan cómo, siendo cierto que en el plano social y en relación con la condición de la mujer puede afirmarse su vulnerabilidad, puede no ser verdad en una situación concreta y real, atribuyéndole al autor concreto lo que sería obra de otros. Se basan los citados autores en los planteamientos de Martín Vida, quien sostiene que desde el ámbito constitucional, para afirmar la legitimidad de las acciones positivas, es imprescindible que los miembros de un colectivo hayan padecido una situación constatable en el tiempo de marginación, que ponga de manifiesto una discriminación estructural, que haga preciso hallar las causas precisas a las que responde recordando que, como en la mayoría de los casos resulta imposible determinar quién es el responsable individual de la situación discriminatoria, se opta por favorecer al colectivo en general. Respecto de ello los autores mencionados sostienen que esos planteamientos no son extensibles al Derecho penal ya que la atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con un Derecho penal del hecho concreto, esto es, la responsabilidad penal se confirma por el hecho propio y no por los hechos ajenos (vid. Boldova/Rueda, 2004: 1577).

<sup>47</sup>En este sentido, Faraldo, 2006: 82. Alonso Álamo estima cuestionable que se utilicen presunciones irrefutables, no procediendo la aplicación automática del tipo; menos aún que su aplicación se funde en una presunción *iuris et de iure*. Deberá acreditarse que la acción atenta contra el bien jurídico integridad moral, que es manifestación de violencia de género y los elementos de la imputación subjetiva (Alonso, 2008: 35).

<sup>48</sup>En contra de la vulnerabilidad como fundamento de la nueva regulación penal se manifiesta Alonso Álamo, quien estima que, en épocas pasadas, donde las mujeres carecían de derechos y por tanto no podía hablarse ni siquiera de igualdad formal, sí podía sostenerse la vulnerabilidad de la mujer como argumento justificador de un Derecho proteccionista o tutelar respecto de ellas, pero “en un Derecho penal de género correctamente entendido, ni tiene que haber tal “sobrepotección”, ni el diferente tratamiento, en su caso de hombres y mujeres, puede ser entendido como un ataque a la igualdad. Antes bien, el Derecho penal de género está llamado a afirmar la igualdad (que posibilita la diferencia de trato) contemplando acciones que atentan contra la misma”, añadiendo que “cuestión distinta es que la intervención penal entre en conflicto con el principio de proporcionalidad” (Alonso, 2008: 42). Por su parte Bolea Bardón considera que, en realidad, la Ley integral esconde, bajo el velo de la hiperprotección la imposibilidad de combatir el fenómeno con políticas sociales adecuadas estimando que “un exceso de proteccionismo puede fomentar actitudes contrarias al reconocimiento de la mujer como ser autónomo y responsable, pudiendo incluso atentar contra la dignidad de la mujer, que se ve cuestionada cuando se le presume su especial vulnerabilidad en el marco de las relaciones de pareja” (Bolea,

presente en otras que han alcanzado cuotas importantes o rayanas en la igualdad real<sup>50</sup>. Por esta razón, los nuevos delitos de género no deberían aplicarse a todos los hombres porque

---

2007: 22). En contra de la vulnerabilidad como fundamento se pronuncia Del Rosal Blasco estimando que la misión del Derecho penal no es la promoción de valores sociales sino la tutela de bienes jurídicos siendo estos (salud, integridad, libertad) de titularidad individual y no colectiva, entendiéndose que sería posible una tutela penal reforzada en el caso de la afirmación acreditada de una mayor vulnerabilidad; considera también que la vulnerabilidad, y con ello el fundamento de los nuevos tipos, no se da en los términos tan generales que introduce la ley porque la salud, integridad y libertad no son más vulnerables por el simple hecho de ser mujer. Por ello, en su opinión, esta discriminación contradice el principio de igualdad al no estar debidamente justificada (Del Rosal, 2005: 348-349).

<sup>49</sup> A favor de la vulnerabilidad como fundamento de la regulación penal se manifiesta Faraldo Cabana, pero de una mayor vulnerabilidad “en concreto” y no entendida como una posición de inferioridad natural (lo que podría atentar contra su dignidad) o de dependencia o subordinación porque es precisamente la práctica del maltrato lo que actúa como mecanismo dirigido a obtener o mantener el acatamiento y la sumisión al varón. Por tanto, en su opinión, la posición de dominio y de sometimiento no es un presupuesto, sino “el resultado pretendido o la motivación explícita o implícita de las agresiones y por ello un mayor daño y perjuicio frente a los posibles ataques que compense la misma con una mayor respuesta penal”; continúa señalando que “no se ignora que la dependencia económica y sentimental pueden suponer una relación fáctica de vulnerabilidad, pero no es una situación equiparable a la “dependencia” derivada por la “naturaleza” de la relación sino por la patología de la relación” (Faraldo, 2006: 82); por lo señalado, la citada autora sitúa el fundamento de la mayor pena “en la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento que padece en la relación de pareja, desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política...en fin, a través de la imposición de roles familiares tradicionales” (...). “no se protege a la mujer por el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida en la que se encuentran las mujeres en sus relaciones afectivas. Con ello no se vulnera el principio de culpabilidad al tenerse presentes todas las circunstancias en las que se produce la agresión”. Ofrece también argumentos de prevención general positiva ya que, al ser el Derecho penal un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, refuerza la conciencia jurídica y su disposición al cumplimiento de la norma (Faraldo, 2006: 90-91).

<sup>50</sup> Otros autores argumentan la nueva regulación penal sobre distintos fundamentos: 1) Pueden compartirse los planteamientos de Alonso Álamo quien, partiendo de que el Derecho penal de género debe moverse en la línea de protección de bienes jurídicos y con respeto al principio de culpabilidad, afirma la presencia de ese bien jurídico individual -la igualdad, señala, no sólo es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 11. CE), y un principio (14, inc. 1º), sino un derecho fundamental (14.2)-. Este derecho tiene unos contornos bien definidos, ni vagos ni difusos: cuando se habla de igualdad de género se hace referencia a la afirmación real, del derecho a ser tratado como igual, frente a conductas concretas, determinadas, que reproducen unas pautas o modelos culturales que hunden sus raíces en la historia y que, por su puesto, se tienen que imputar subjetivamente al autor. Sólo estaría justificado acudir al Derecho penal para proteger la igualdad allí donde esté presente una conducta en sí misma atentatoria contra dicho bien jurídico, es decir, con independencia de la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima, o capacidad de resistencia a las ofensas de la víctima. Aceptado que hay un bien jurídico penal la cuestión es, según la autora, cuál sea la técnica legislativa más apropiada para su protección: a) Configuración de tipos agravados en relación con los delitos tradicionales en atención al peligro para un bien jurídico tradicional a los protegidos por aquéllas (circunstancias especiales o tipos cualificados) b) acudir a una agravante general fundamentada en un incremento del desvalor de resultado, es decir, que tomara en cuenta el bien jurídico adicionalmente puesto en peligro y no en razones de parentesco, ni motivos discriminatorios. De seguirse esta última técnica legislativa sería preciso plantear la cuestión de si procede, complementariamente, la protección directa de la igualdad en la formación jurídica originaria que captara conductas directamente atentatorias contra la igualdad que no encontraran cabida en las figuras tradicionales (Alonso, 2008: 48-51. 2) Por su parte, González Rus considera que el fundamento de estos tipos no puede hallarse ni en un mayor contenido de injusto (mayor importancia del bien jurídico u otro bien jurídico distinto y por tanto de su lesión o puesta en peligro, pues el bien jurídico es igual de importante con independencia del sexo), ni en un mayor contenido de culpabilidad (merecimiento de mayor reproche=pena) al ser la definición de violencia de género claramente objetiva, sin la exigencia de un ánimo o móvil ni ningún otro elemento subjetivo capaz de materializar el plus de reprochabilidad; por eso no puede afirmarse una mayor culpabilidad. Tampoco en la mayor peligrosidad pues ello significaría dos cosas inadmisibles: comportaría una presunción de peligrosidad asociada al sexo masculino del autor, lo que implicaría presumir la peligrosidad presente en todo hombre, en idéntica medida y, por otro lado

todos ellos sean responsables de la situación de discriminación vivida por las mujeres, sino a aquéllos que tengan responsabilidad penal en concreto. De este presupuesto se infiere la necesidad de probar en los casos de violencia de género cuándo se está verdaderamente ante una mujer vulnerable, en la línea prevista en las citadas infracciones para los sujetos “especialmente vulnerables”. Si se parte de la aplicación automática de los tipos, efectivamente podrían vulnerarse los principios de culpabilidad y presunción de inocencia al hacerse responsable penal al hombre individual por la responsabilidad de otros<sup>51</sup>.

Esta interpretación, que podría salvar la tacha de inconstitucionalidad de los arts. 148.4º; 153.1; 171.4 y 172.2 del CP, se sustentaría sobre la base del espíritu y objetivos que persigue la “ley madre”, esto es la Ley Integral, que no son otros que prevenir y sancionar la discriminación de las mujeres que sufren, no cualquier tipo de violencia, sino la llamada violencia de género y resocializar, a través de la pena, a aquellos hombres que la ejerzan resultando pues determinante acotar el propio concepto de violencia de género, lo que puede hacerse acudiendo al tenor literal y al espíritu de la ley Integral.

Los objetivos de la Ley Integral pueden extraerse claramente de la definición que aquélla ofrece de la violencia de género como criterio interpretativo, esencialmente teleológico, de las nuevas figuras penales. El apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley señala que: “se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Al mismo tiempo, su art. 1 dispone que la 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 aún sin convivencia”.

---

significaría que la pena se fundamenta, no en la gravedad del hecho, sino en una condición personal del autor lo que contradice el principio de culpabilidad; por eso no queda otra posibilidad, en su opinión, que entender que el único fundamento de la mayor pena señalada es una simple cuestión de sexo lo que viola el art. 14 CE (González, 2006: 496-498). Finalmente, Boldova/Rueda encuentran un fundamento material que va más allá de la especial vulnerabilidad considerando posible hallarlo en una mayor gravedad de injusto por afirmarse un abuso superioridad que no consideran suficiente, añadiendo a aquél una mayor culpabilidad sobre la base del art. 1.1 de la Ley Integral puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón de sexo femenino. Deducen de todo ello la presencia de un elemento subjetivo de la culpabilidad que excluiría las agresiones de las mujeres contra sus parejas femeninas. Con arreglo a este doble fundamento clasifican las distintas conductas de violencia de género y doméstica y apuntan otra alternativa legislativa cual es establecer un tipo agravado en función de la vulnerabilidad de la víctima que, casi siempre, es mujer aunque en estos supuestos no es admisible que se presuma una mayor vulnerabilidad sin que se admita prueba en contrario (Boldova/Rueda, 2004: 1577-1578).

<sup>51</sup> Pensemos, por ejemplo, en el caso límite de unos insultos o golpes proferidos por el esposo, en silla de ruedas, a la esposa.

De ambos párrafos puede inferirse que la violencia que se pretende prevenir no es cualquier tipo de violencia sino sólo la de género, es decir, aquélla que ejercen “determinados” hombres sobre “determinadas” mujeres a las que se consideran carentes de derechos manifestándose por ello la discriminación y desigualdad entre ambos sexos. Al tiempo su ejercicio queda restringido únicamente a los delitos de lesiones agravadas, malos tratos ocasionales, amenazas y coacciones (Título IV de la Ley Integral), no castigándose cuando estas conductas sean ejecutadas por cualquier hombre sobre cualquier mujer sino sólo en el ámbito de las relaciones afectivas, presentes o pasadas lo que pone de manifiesto que la regulación penal no pretende, en sentido estricto, la protección de todas las mujeres ni la sanción de todos los hombres.

El plus de protección penal de las mujeres víctimas de auténtica violencia de género no se basa sólo en el sexo de autor y víctima sino también en el hecho de que el ejercicio de la violencia tenga lugar en el ámbito de la pareja o expareja, ámbito en el que, como ha quedado señalado, “algunos” hombres – estadística y estructuralmente - crean, ejercen o mantienen la discriminación, encontrándose las mujeres en clara desventaja reveladora de su situación de vulnerabilidad; todo ello explicaría las atenuantes previstas en todos los nuevos tipos penales que permite rebajar la pena en uno o dos grados en atención a las circunstancias del hecho y a las personales del autor.

Por todo ello entiendo que, para salvar la tacha de constitucionalidad, podría llevarse a cabo una interpretación teleológica de los nuevos preceptos penales<sup>52</sup> conforme a la cual, si resulta claro, en el caso concreto, que la lesión, maltrato ocasional, amenaza o coacción no es manifestación de violencia de género en el sentido anteriormente precisado, el varón no podrá ser perseguido como autor de un delito de violencia de género<sup>53</sup>, sin perjuicio de ser castigado

---

<sup>52</sup> Así lo manifesté anteriormente en Cruz, 2007: 205-207. También González Rus considera que la única solución para salvar la constitucionalidad de los tipos penales pasa por hacer una Interpretación teleológica que lleve a aplicar el tratamiento penal únicamente a los casos en los que concurra verdaderamente los elementos de discriminación, subordinación y dominación que caracterizan la violencia de género tal y como la define el art. 1 de la Ley; donde no concurren esos presupuestos no podrán aplicarse las agravantes (González, 2006: 500).

<sup>53</sup> Lo que supone romper el automatismo y por tanto la presunción iuris et de iure de que todos los casos son violencia de género; por eso se comparte la postura de Faraldo Cabana, que entiende que deben preverse mecanismos para contradecir esa presunción (Faraldo, 2006: 82); compartiendo esta afirmación González Rus, quien añade que, fuera de la perspectiva de género que sigue la ley Integral la protección específica de la mujer no debería provocar dudas de constitucionalidad de la misma forma que no lo suscita la protección específica en otras figuras colectivas de determinados colectivos. El problema de esta perspectiva aplicada al Derecho penal que hace imperativo, no es sólo que el sujeto pasivo sea mujer, sino, mas allá de ello, que necesariamente el activo sea varón. El propósito, que puede resultar político-criminalmente oportuno, de prestar protección específica y más intensa a la mujer en el ámbito doméstico y de las relaciones afectivas, si bien puede hacer conveniente que sólo pueda ser sujeto pasivo la mujer, no tiene porque conducir necesariamente a la creación de delitos especiales cuyo sujeto activo sólo haya de ser el varón lo que sólo es posible desde la perspectiva de

por el delito común que halla cometido (art. 153.2; 172.....)<sup>54</sup>. Tal posición puede verse reforzada argumentalmente si se toma en consideración que una interpretación como la propuesta no es ajena a la Ley Integral que, en sede procesal penal, su art. 44 señala que los juzgados de violencia sobre la mujer deberán inhibirse a favor del órgano judicial competente cuando los hechos sometidos a su consideración no constituyan de forma notoria expresión de violencia de género. Es decir, unas diligencias incoadas por un delito del art. 153.1 CP en los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer, puede derivarse a un juzgado de instrucción incoándose diligencias por otros delitos distintos a los de género si, a pesar de afirmarse los elementos del tipo (hombre, mujer, relaciones afectivas y conductas), en el caso concreto no pueden afirmarse los elementos estructurales de la violencia de género, por “no ser de forma notoria violencia de género”.

Otra posibilidad interpretativa sería considerar posible incluir al varón maltratado por su pareja o expareja en las nuevas figuras penales en aquellos casos, probablemente excepcionales, en que pueda afirmarse que son víctimas “especialmente vulnerables”, pues al preverse la protección expresa de estas últimas en todos los tipos y tratarse de un concepto jurídico indeterminado, nada impediría afirmar, en algún caso, la especial vulnerabilidad del varón sobre la mujer siempre que se entienda que, en relación a los sujetos especialmente vulnerables, las mujeres pueden ser sujetos activos de las conductas lo que, de otro lado, no está vedado por el tenor literal de los llamados delitos de género.

Para concluir, es preciso señalar que el llamado Derecho penal de género, que no la Ley Integral en su conjunto, presenta deficiencias desde la óptica de los principios básicos del Derecho penal. No obstante, correctamente interpretado y aplicado, no debe vulnerar los derechos y garantías básicas de los varones autores de violencia contribuyendo, por el contrario, a afirmar el principio de igualdad en el ámbito penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

género. Si pudiese ser sujeto activo cualquiera, no encontraría inconveniente en la misma línea que los tipos que protegen especialmente a otros colectivos (González, 2006: 494-495).

<sup>54</sup> En contra, Maqueda Abreu, quien considera que “carece de sentido que deba probarse en cada caso concreto su posición de vulnerabilidad en cada caso concreto”, puesto que las definiciones que da la Ley Integral de la violencia de género “no son más que elementos definitorios de esa clase de violencia que llamamos de género y no criterios destinados a valorar ánimo específico alguno por parte de quien la ejerce” (Maqueda, 2006: 179). No obstante, la citada autora afirma en la página 180 que “otra cuestión es que resulte político-criminalmente aceptable reservar a la mujer, por el solo hecho de serlo, un régimen especial de tutela. Soy de la opinión de que la imagen de desvalimiento y debilidad que se transmite con esas medidas de tutela reforzada, no le hace bien a la causa de las mujeres”.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes (2008): “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 95, pp. 19 – 52.

ARROYO ZAPATERO, Luis (2007): “El Derecho penal español y la violencia de género en la pareja”, en memoria de María del Mar Díaz Pita, Ciudad Real, marzo de 2007, en curso de publicación por Tirant lo Blanc en el libro homenaje a María del Mar Díaz Pita, [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/violenciadgenero.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/violenciadgenero.pdf)

BERGALLI, Roberto/BODELÓN, Encarna (1992): “La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, pp. 43-73.

BIRGIN, Haydée (2000): *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, María Ángeles (2004): “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *La Ley*, 5/2004, pp. 1574-1580.

BOLEA BARDÓN, Carolina (2007): “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02, 2007, pp. 1-26.

CRUZ BLANCA, María José (2002): “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, pp. 19-51.

CRUZ BLANCA, María José (2007): “La incorporación de la perspectiva de género en el Ordenamiento jurídico español. Especial mención al Derecho penal”, en: Fernández Pantoja, Pilar/Cruz Blanca, María José (coords.): *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Jaén, pp. 195-208.

CRUZ BLANCA, María José (2009): “De un Derecho penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho penal de género”, en: Jiménez Díaz, María José (coord): *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Madrid, pp. 265-295.

DE BEAUVOIR, Simone (1949): *Le Deuxième Sexe*, Gallimard, París, édition renouvelée en 1976.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2005): “La política criminal contra la violencia doméstica. Alguien da más?”, en: Carbonell Mateu, Juan Carlos (coord.): *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, pp. 327-349.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María (2007): “Principio de igualdad y aspectos penales de la Ley Integral contra la violencia de género”, en Fernández Pantoja, Pilar/Cruz Blanca, María José (coords.): *Igualdad de oportunidades y conciliación: una visión multidisciplinar*, Jaén, pp. 209-234.

FACIO, Alda (1996): *Criminología crítica y enfoques de género*, Cladem, Lima, Perú.

FARALDO CABANA, Patricia (2006): “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal*, núm 17, pp. 72-94.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores: “Condición femenina y represión”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1993, pp. 7 - 42.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990): “La mujer y el Código penal español”, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid.

GONZÁLEZ RUS, Juan José (2005): “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, pp. 483-502.

LAURENZO COPELLO, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la Legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, nº 34, 1999, pp. 16 – 23.

LAURENZO COPELLO, Patricia: “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, pp. 1-23.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (2006): “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, *Revista Penal*, nº 18, pp. 176-187.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007): “Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres”. *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (www.indret.com), Barcelona, octubre, pp. 1-43.

MATA Y MARTÍN, Ricardo Manuel (2006): “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 15, pp. 39-58.

MIRALLES, Teresa (1983): “La mujer: el control informal” y “La mujer: el control formal”, en Bustos Ramírez, Juan José; Bergalli, Roberto (coords.): *El pensamiento criminológico II. Estado y control*, Península, Barcelona, pp. 121-178, pp. 149 – 178, respectivamente.

PACHECO, Joaquín Francisco (2000): *El Código penal comentado y concordado*, estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera, Madrid, Edisofer.

QUERALT I JIMÉNEZ, Joan: “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley* núm. 1, 2006, refª. D-39, pp. 1423-1435.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio (1946): *Comentarios al Código penal*, volumen II, Madrid.

REY MARTÍNEZ, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid.

REY MARTÍNEZ, Fernando (2004): “Comentarios a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, *Teoría y realidad constitucional* 14/2004, pp. 505 – 526.

SÁNCHEZ TEJERINA, Isaías (1948): *Código penal anotado*, Reus, Madrid, 1948

VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen (2007): “El principio de igualdad entre hombres y mujeres y el Derecho Civil”, en Fernández Pantoja, Pilar/Cruz Blanca, María José (coords.): *Igualdad de oportunidades y Conciliación: una visión multidisciplinar*, Jaén, pp. 303-335.

ZAFFARONI, Raúl (1993): “La mujer y el poder punitivo”, en Vázquez, R (ed. lit), *Vigiladas y castigadas*, CLADEM, Lima, 1993, pp. 17-25.

## ANEXO LEGISLATIVO

### **Código Penal español: delitos relativos a la violencia de género (en negrita)**

#### **Delito de lesiones:**

##### **Artículo 147.**

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. (...)

##### **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:

1. (...)

4. Si 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.

5. Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

**Artículo 153.: Delito de maltrato ocasional.**

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios 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 la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2\*\*, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

(...)

---

**\*\*Artículo 173.2**

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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

(...)

#### **Delito de amenazas:**

1. (...)

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o 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 uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

### **Delito de coacciones:**

#### **Artículo 172.**

1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice

quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.