



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2014/2015
Convocatoria: JULIO

RESPUESTA PENAL A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS ATENTADOS SIN TRATAMIENTO JURÍDICO ESPECÍFICO

PENAL RESPONSE TO CRIMES OF GENDER VIOLENCE. SPECIAL
CONSIDERATION TO THE ATTEMPTS WITHOUT SPECIFIC LEGAL
TREATMENT

Realizado por el alumno: YANIRA IZQUIERDO EXPÓSITO

Tutorizado por la Profesora Dña. FÁTIMA FLORES MENDOZA

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

ABSTRACT

Art. 1 of Law 1/2004 of 28 December on Comprehensive Protection Measures against Gender Violence defines domestic violence as follows:

1. This Act aims to act against violence as a manifestation of discrimination, the inequality and power relations of men over women, is exerted on them by those who are or have been their spouses or who are or have been linked to them by similar relationships of affection, even without cohabitation.
2. In this Act comprehensive protection measures which aim to prevent, punish and eradicate this violence and assist its victims are set.
3. The gender violence referred to in this Act includes all acts of physical and psychological violence, including attacks against sexual freedom, threats, coercion or arbitrary deprivation of liberty.

However, despite the art. 1.3 of the Act point out that gender violence defined therein refers to "any act of physical or psychological violence, including attacks against sexual freedom, threats, coercion or arbitrary deprivation of liberty," not all those crimes have It has been modified.

Indeed, crimes against sexual freedom, against the freedom of movement and the killing or murder have not been reformed, without it being clear why have not been included in Title IV of the Act.

My purpose with this study is to analyze the criminal response to domestic violence behaviors without specific legal treatment in the law through the implementation of the catalog of generic aggravating.

RESUMEN

El art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define la violencia de género de la siguiente forma:

1. *La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*
2. *Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.*
3. *La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*

No obstante, a pesar de que el art. 1.3 de la Ley señale que la violencia de género allí definida se refiere a "todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad", no todos esos delitos han sido modificados.

En efecto, los delitos contra la libertad sexual, contra la libertad ambulatoria y el homicidio o asesinato no han sido objeto de reforma, sin que quede claro el motivo por el cual no se han incluido en el Título IV de la Ley.

Mi propósito con el presente trabajo es el de analizar la respuesta penal a las conductas de violencia de género sin tratamiento jurídico específico en la Ley a través de la aplicación del catálogo de agravantes genéricas.

Sumario

1. **Aproximación al objeto de estudio: la violencia de género sin tratamiento específico en el CP**
2. **Evolución histórica del tratamiento jurídico-penal de la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja**
3. **Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género**
4. **Fundamento de los delitos de violencia de género**
5. **Respuesta penal a los delitos de violencia de género sin tratamiento específico. Especial consideración de la agravante de discriminación (art. 22.4 CP)**
 - 5.1. Contenido
 - 5.2. Fundamento
 - 5.2.1. La posición de la Doctrina
 - a) Un mayor reproche o culpabilidad
 - b) Un mayor injusto de la conducta
 - c) Unitaria
 - 5.2.2. La posición de la Jurisprudencia
 - 5.3. Discriminación por razones de género
 - 5.4. Discriminación por razón del sexo
 - 5.5. ¿Discriminación por razones de género o discriminación por razón de sexo?
6. **Conclusiones finales**

Bibliografía

Otros documentos jurídicos

1. AROXIMACIÓN AL OBJETO DE ESTUDIO: LA VIOLENCIA DE GÉNERO SIN TRATAMIENTO ESPECÍFICO EN EL CP

En 1995 se celebró en Beijing la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en la cual se propuso el cambio de la situación de las mujeres como un objetivo que afectaba (y afecta) al conjunto de la sociedad, compartiendo, por ello, un único fin: la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres, en todas partes. Producto de la mencionada Conferencia es la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, la cual define a la violencia de género como *“cualquier acto de violencia basada en el género que tiene como resultado o es probable que tenga como resultado unos daños o sufrimientos físicos, psíquicos o psicológicos para las mujeres, incluyendo las amenazas de los referidos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto la pública como la privada”*.

La misma establece que la violencia contra las mujeres *“es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana especialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se le asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad”*.

La violencia contra las mujeres tiene su origen, por tanto, en una forma de dominio y organización social que han compartido casi todas las sociedades conocidas históricamente y que sólo recientemente empieza a cuestionarse.

A tal efecto, para atender a la realidad social constituida por esta forma de violencia, al tiempo que se pretende cumplir con las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales, se aprueba la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG).

En concreto, emprender el estudio de los delitos de violencia de género es una tarea que puede llevarse a cabo en dos direcciones. La más rápida consistiría en acudir directamente a los tipos penales que fueron objeto de reforma a través de la mencionada Ley. No obstante, si se parte de que su art. 1, define qué se entiende por violencia de género, haciendo referencia expresa a un conjunto concreto de conductas que son constitutivas de delito, quizá sea conveniente comenzar por él. Inmediatamente se podrá comprobar que ni todos los delitos que han sido reformados se encuentran allí reflejados, ni todos los que allí se incluyen han sido objeto de desarrollo posterior en su

articulado; lo que en cierta medida no deja de sorprender, a la vez que pone de manifiesto que lo que tenía que haber sido objeto de la reforma, esto es, el concepto de violencia de género, no lo ha sido.

En efecto, es el art. 1. de la LOMPIVG el que define esta clase de violencia de la siguiente forma:

4. *La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*
5. *Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.*
6. *La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*

No obstante, a pesar de que el art. 1.3 de la Ley señale que la violencia de género allí definida se refiere a “*todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”, no todos esos delitos han sido modificados.

En efecto, los delitos contra la libertad sexual, contra la libertad ambulatoria y el homicidio o asesinato no han sido objeto de reforma, sin que quede claro el motivo por el cual no se han incluido en el Título IV de la Ley.

Debido a lo anterior, me propongo analizar la respuesta penal a las conductas de violencia de género sin tratamiento jurídico específico en la Ley a través de la aplicación del catálogo de agravantes genéricas.

Con dicha finalidad he dividido el presente trabajo de una estructura tal que me permita reflejar, en primer lugar, la evolución histórica de una realidad que siempre ha existido: la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Analizando, a continuación, la regulación actual de la violencia de género, introducida en el Código penal a través de la LOMPIVG, además del fundamento de aplicación del mencionado delito. Tras ello, realizaré un estudio de la respuesta penal a los delitos de violencia de género sin tratamiento jurídico específico, en especial consideración de la discriminación del art. 22.4 CP. En la misma línea realizaré un análisis pormenorizado

del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de esta última. Finalmente, apuntaré las conclusiones finales del trabajo.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LAS RELACIONES DE PAREJA

La respuesta penal respecto a situaciones en las que los sujetos intervinientes se encuentran ligados por razones de parentesco (de pareja) ha variado en función de las concepciones ético-sociales predominantes a lo largo de la historia, que son las que orientan al legislador para seleccionar aquéllas conductas penalmente intolerables. Como acertadamente declara CEREZO MIR, “las concepciones ético-sociales son cambiantes a lo largo de la historia y ello explica la diversa regulación de algunas figuras delictivas”¹.

Ello es evidente en nuestra legislación penal. Así, remontándonos al Código penal de 1944, la situación de la mujer era claramente discriminatoria, en sentido negativo, con respecto al hombre, quien tenía unos privilegios legales en algunos casos desmedidos. Así, en el caso del adulterio, tipificado como delito en el art. 449 del CP 1944 (como igualmente lo estuvo en los precedentes Códigos de 1822, 1848 y 1870, quedando, en cambio, despenalizado, en el de 1932), el mismo sólo podía cometerlo “*la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada*”. De este modo, la esposa que mantenía relaciones sexuales extramatrimoniales cometía, en todo caso, este delito, mientras que el marido sólo podía ser sujeto activo cuando dichas relaciones las mantuviera con una mujer, también casada, porque si fuese soltera o viuda, entonces la conducta sería atípica, pudiendo ser sancionado tan solo por delito de amancebamiento (art. 452), siempre que tal conducta la realizara “*en la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella*”. El trato discriminatorio a favor del hombre era, pues, evidente, en tanto la posibilidad de cometer adulterio quedaba limitada a los casos en los que la mujer con la que mantenía las relaciones sexuales estuviese también casada, y respecto a la posibilidad de ser condenado por amancebamiento, ello precisaba que la conducta se realizara, bien en el hogar conyugal, o bien fuera del mismo pero siempre que fuese notorio, por lo que las relaciones extramatrimoniales mantenidas de modo discreto y a extramuros del hogar conyugal eran atípicas.

Por otra parte, mientras el adulterio precisaba que se hubiera mantenido una sola relación sexual, el amancebamiento requeriría una permanencia en las relaciones sexuales del varón casado con mujer extraña, por lo que los contactos sexuales

¹ CEREZO MIR, JOSÉ. Curso de Derecho penal español. Parte general. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2004, pág. 17.

esporádicos que el esposo mantuviera con diversas mujeres quedaba igualmente fuera de la órbita penal.

Pero mucho más llamativa era la previsión contenida en el art. 428 del citado CP, en virtud del cual, cuando el marido sorprendiere en adulterio a su mujer y matara en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causara lesiones graves, quedaba sometido a la pena de destierro, mientras que si las lesiones fuesen de otro tipo quedaba exento de pena², lo que era extensible a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, siempre que aquéllas vivieren en la casa paterna³. Esta circunstancia, que permitía al hombre matar o lesionar a su esposa o hija menor de veintitrés años, así como al varón que con ellas estuviese manteniendo relaciones sexuales, suponía una auténtica excusa absolutoria o semiabsolutoria⁴, en tanto eximía por completo de pena cuando se tratara de lesiones menos graves, y conminaba con pena de destierro el homicidio o asesinato de aquéllas, conductas que, en condiciones normales, estaban sancionadas con penas que oscilaban entre los doce años de prisión y la muerte.

Si bien el tipo exigía que la respuesta agresiva del marido se produjera en el acto, el precepto era totalmente criticable por su objetividad, ya que venía a otorgar una especie de patente de corso al marido que sorprendía a su mujer en adulterio, haciendo abstracción de las concretas circunstancias anímicas y personales del esposo ofendido. La referida excusa absolutoria o semiabsolutoria podría justificarse en la obnubilación y alteración mental que puede sufrir quien sorprende a su esposa yaciendo con otro, pero dichas circunstancias tendrán que ser probadas no pudiéndolas presumir, *iuris et de iure*, el legislador. Al respecto, QUINTANO RIPOLLÉS escribía que tal y como estaba redactado el precepto, el mismo venía a establecer “más que una excusa, una verdadera *potestas necandi* inaceptable”. El Derecho penal no debe operar a base de presunciones. Por muy fuerte que sea la de que el padre o el marido que se halle en la trágica situación a que el artículo alude, pierda por ella su capacidad de discernimiento, esta apreciación debe hacerla el juez y no la Ley.

Esta regulación que responde a una concepción ético-social claramente patriarcal, propia de la época, que considera a la mujer con menos derechos que el hombre, va evolucionando progresivamente en el sentido de superar esta situación⁵. De este modo,

² Ver ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2006, págs. 34 y ss.

³ En cambio, la mujer que matase a su marido o su padre en circunstancias similares era imputada por un delito de parricidio.

⁴ QUINTANO RIPOLLÉS. Comentarios al Código Penal II. *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1946, pág. 261.

⁵ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit. pág. 34.

el referido art. 428 desaparece del texto punitivo mediante la reforma operada por Decreto 691/1963, de 28 de marzo, mientras que los delitos de adulterio y amancebamiento quedaron expulsados de la órbita penal por el Código penal de 1973⁶.

En 1978 se promulga la Constitución Española, en cuyo art. 14 se proclama, como derecho fundamental, el de la igualdad de todos ante la Ley sin que puedan establecerse diferencias por razón de sexo y, por su parte, también con el rango de fundamental, se establecía el derecho a la dignidad humana en el art. 15. De acuerdo con esta orientación, la reforma parcial y urgente del Código penal introducida por la LO 8/1983, de 25 de junio, eliminaba la circunstancia agravante de desprecio de sexo, contenida en el art. 10.16º del anterior texto punitivo⁷, de la cual me ocuparé más abajo⁸.

De este modo y desde la óptica jurídico-penal, se vislumbra una intención de equiparar al hombre y a la mujer en concordancia con el mandato constitucional, si bien, al mismo tiempo, el legislador no pierde de vista la necesidad de garantizar penalmente la protección de los miembros de la familia. Dicho con otras palabras, se procede a una eliminación de las desigualdades en el seno de la pareja, con claros privilegios para el marido, pero se persiste en el intento de disponer de medios legales que impidan las agresiones en el núcleo familiar sin especial atención a la esposa.

La primera manifestación de esta tendencia la encontramos en la reforma del Código penal que trajo consigo la LO 3/1989, de 21 de junio, en virtud de la cual se incluyó como delito, en el art. 425, la violencia habitual en el ámbito familiar, y en el que se sancionaba al 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 los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho”.

El referido tipo penal venía a sancionar, pues, la violencia física habitual en el ámbito familiar, sin efectuar discriminación alguna respecto del sujeto activo, que podía ser cualquiera de los esposos o progenitores, y que tenía como finalidad impedir conductas violentas habituales idóneas para afectar a la paz y armonía familiares. A pesar de que dicho precepto se incluye dentro de los delitos contra la integridad física, la redacción no exige que, como consecuencia de la conducta, se cause un concreto resultado lesivo, por lo que a pesar de lo que a primera vista pudiera deducirse, el bien jurídico protegido no parece ser la incolumidad física de la víctima sino más bien su integridad moral, su

⁶ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit. pág. 39.

⁷ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit. págs. 26-29.

⁸ Ver supra 5.4.

dignidad, entendidas como el derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante. El referido tipo penal tuvo una escasa aplicación práctica por parte de los tribunales, lo que es achacado a variadas razones, tales como la omisión a la violencia psíquica (tan frecuente en este tipo de comportamientos), la exclusión entre el círculo de sujetos protegidos a los no convivientes que, a pesar de ello, pueden encontrarse en situación de riesgo como sucede en los casos de ruptura conyugal o, en fin, por la indeterminación del criterio de la habitualidad⁹.

Con la promulgación del CP 1995, el citado tipo de violencia familiar habitual se mantuvo, en lo sustancial, en el art. 153¹⁰, también entre los delitos de lesiones. Las diferencias con respecto a la anterior regulación residen, por un lado, en la pena, que se agrava considerablemente, por cuanto en la anterior regulación el marco penal oscilaba entre un mes y un día y seis meses (el antiguo arresto mayor), mientras que en la nueva pasa de seis meses a tres años de prisión. Y, por otra parte, se amplía el ámbito de protección, en tanto se incluyen los actos de violencia ejercidos contra sus hijos por los padres privados de la patria potestad así como sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre los ascendientes. Se añade, también como novedad, en los casos de relaciones de afectividad análogas a las maritales el que las mismas sean “estables”, lo que hizo surgir la duda acerca de si es precisa la convivencia¹¹. Al respecto estimo que la estabilidad exigida por el precepto no requería, de modo necesario, convivencia, pues una consolidada relación de noviazgo aun sin convivencia colmaría las exigencias de estabilidad, no debiéndose olvidar que pese a su ubicación sistemática entre los delitos de lesiones, el bien jurídico protegido en el mencionado precepto es la integridad moral, la cual puede ser plenamente lesionada cuando, aun no existiendo convivencia, se constata una sólida relación afectiva¹².

El citado precepto fue modificado por la LO 14/1999, de 9 de junio, en el sentido de extender el ámbito de protección no sólo a las personas con las que el autor se

⁹ FARALDO CABANA, PATRICIA. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista penal*, 2006, nº 17, págs. 76 y 77.

¹⁰ Art. 153 (redacción original) : “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

¹¹ FARALDO CABANA, PATRICIA. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, cit., págs. 77 y 78.

¹² FARALDO CABANA, PATRICIA. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, ult. lug. cit.

encuentre, en el momento de los hechos, vinculado por relación de parentesco o afectividad, sino también cuando dicha relación se haya extinguido¹³. Asimismo, se incluyó, junto a la violencia física, la psíquica, y se establecieron los criterios para determinar cuándo debe apreciarse la habitualidad, consistentes en el número de actos de violencia que resulten acreditados y la proximidad temporal entre ellos, independientemente de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas y de que los actos de violencia hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. La eliminación del requisito de la convivencia, llevada a cabo por la citada reforma pone claramente de manifiesto que el interés protegido en este delito no podía ser la paz familiar o del hogar, sino que lo que se afectaba era algo ajeno a la lógica de la convivencia y sin embargo presente en las relaciones de afectividad, aspecto éste que parecía apuntar hacia la integridad moral o dignidad de determinadas personas próximas al círculo del autor¹⁴.

Un salto cualitativo en el citado panorama normativo lo imprimió, sin duda, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, a través de la cual se introduce una regulación novedosa sobre la materia¹⁵. En primer lugar, el tipo de maltrato habitual en el ámbito familiar pasa al art. 173.2, dentro de los delitos contra la integridad moral, siguiendo así la concepción antes aludida, defendida por amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia, que estiman que el bien jurídico protegido por el referido tipo penal, introducido por vez primera en 1989, no es la integridad física de los miembros de la familia sino la integridad moral, la dignidad, que se ven afectadas por comportamientos reiterados de maltrato que perturban la paz y tranquilidad que deben regir en el ámbito familiar, sin perjuicio de que, en caso de que a consecuencia de tales conductas se

¹³ Art. 153 CP 1995, redactado conforme a la LO 14/1999, de 8 de junio: “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 de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres 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.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

¹⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, cit., págs. 78 y 79.

¹⁵ FARALDO CABANA, PATRICIA. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, cit., pág. 79.

produzcan concretos resultados lesivos, éstos se castiguen de forma separada en régimen concursal¹⁶.

Además, el precepto amplía de modo considerable el círculo de sujetos pasivos, abarcando no solo al cónyuge o pareja (actuales o pasados) sino también a los hermanos, a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar y, finalmente, personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Por último, se despejan las dudas antes apuntadas sobre la necesidad de que existe convivencia, al eliminar expresamente dicho requisito.

El otro aspecto novedoso que introduce la reforma es la inclusión, dentro del art. 153 CP¹⁷, del maltrato ocasional y los menoscabos corporales o psíquicos no requirentes de tratamiento médico o quirúrgico, cuando tales conductas se proyecten sobre alguna de las personas enumeradas en el art. 173.2 CP, elevándose con ello a la categoría de delito lo que, objetivamente, son conductas constitutivas de falta, cuando exista relación de parentesco o afectiva entre el sujeto activo y pasivo. Sin embargo, el citado precepto no hace distinción sobre los autores, conminando con la misma pena independientemente del sexo de aquéllos, con lo cual la agresión de un hombre a su pareja femenina venía amenazada con la misma pena que a la inversa.

En consecuencia, se puede afirmar que el espíritu que movió la reforma introducida por la mencionada LO 11/2003 no era otro que ampliar la protección de los miembros del núcleo familiar y prevenir la violencia en el mismo, no vislumbrándose por el contrario intención de proteger en mayor medida a la mujer, y de hecho, en su Exposición de Motivos justifica la reforma en la necesidad de atajar las conductas violentas que se

¹⁶ Apartado III. A de la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

¹⁷ Art. 153, redactado conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre: “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 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 en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga 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 de la misma naturaleza”.

produzcan en el ámbito doméstico, sin referencia alguna a los supuestos en los que la víctima sea del sexo femenino¹⁸.

Como puede comprobarse fácilmente, este recorrido legislativo que se inicia con la reforma de 1989 no contempla el fenómeno de la violencia contra las mujeres como un problema de primer orden, pues las distintas reformas tienden a otorgar especial protección a los integrantes de la familia, sin especial referencia a las mujeres, de manera que para el legislador el primordial problema a atajar es la llamada “violencia doméstica”, es decir, la que se comete en el seno familiar, y en la que la mujer aparece al mismo nivel que otros miembros, como posible sujeto pasivo, evidenciándose de este modo una cierta falta de sensibilidad por parte del legislador hacia el fenómeno, evidente por otra parte, de la violencia contra las mujeres¹⁹.

3. LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La situación descrita experimenta un giro radical con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, a través de la cual se introducen, entre otros aspectos, modificaciones de cierta relevancia en el Código penal. La referida Ley hace una decidida apuesta por la protección de la mujer frente a las agresiones provenientes del hombre que sea, o haya sido, su cónyuge o pareja, y así lo declara de forma expresa el art. 1.1, en virtud del cual la citada Ley “*tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”. De esta forma, el legislador viene a otorgar rango normativo a la denominada “violencia de género”, con carácter unidireccional del hombre hacia la mujer al mismo tiempo que, de forma diferenciada, contempla la “violencia doméstica”, entendida como las restantes agresiones en el núcleo familiar que ya regulaba el art. 153 CP, según la redacción dada por la antes citada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que se mantuvo sin modificaciones dentro del apartado segundo del mencionado precepto.

¹⁸ Posteriormente, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el art. 57.2 del CP en el sentido de establecer, con carácter obligatorio, la pena de prohibición de acercamiento y comunicación entre autor y víctima en los casos de violencia de género y doméstica, lo que ha traído consigo numerosos problemas en los casos, muy frecuentes, de reconciliación, así como cuando el hecho ha sido aislado.

¹⁹ Así, LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal. Revista electrónica de ciencia penal y criminológica, 2005, nº 7, págs. 3-5.

La citada Ley 1/2004, de 28 de diciembre, como integral que se define, regula los diferentes aspectos que conciernen a la violencia de género, incluyendo previsiones de tutela institucional y social para las mujeres víctimas, creación de órganos judiciales específicos para dichas agresiones, denominados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y estableciendo asimismo una tutela penal, a través de la cual se incluyen modificaciones y aspectos novedosos en el Código Penal respecto a tales comportamientos.

Una contemplación global de la Ley nos lleva a poder afirmar que la misma nace con vocación de proteger, exclusivamente a las mujeres, en relación con las agresiones sufridas por los hombres. Así, del estudio de su Exposición de Motivos se puede deducir que el propósito de la misma es el de hacer frente a un problema que sobrepasa la esfera de lo privado, manifestándose la violencia regulada por esta Ley como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad y que se ejerce sobre las mujeres por su sola condición de tal. Se trata, en definitiva, de una violencia del varón frente a la mujer que refleja la superioridad física del primero y la consideración por éste de que aquélla carece de los derechos de libertad, respeto y capacidad de decisión²⁰.

Debido a lo anterior, esto es, a la posición de inferioridad en la que los hombres han situado históricamente a las mujeres, y en concordancia con el principio de igualdad ante la Ley proclamado por la Constitución Española, el Estado ha tenido que intervenir de cara a alcanzar la igualdad real del conjunto de la población. En este sentido, según la propia LOMPIVG, la violencia que viene a regular la misma constituye un ataque directo a los derechos fundamentales a la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación. Es por ello que el Estado ha estado obligado a adoptar las medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, con el fin último de obtener la igualdad plena y real en la sociedad²¹.

Como ya he indicado con anterioridad, queda reflejado en su art. 1 que su objeto es *“actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido su cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares a la afectividad, aun sin convivencia”*²².

²⁰ Apartado I, párrafo 1º de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG.

²¹ Apartado II, párrafo 1º de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG.

²² Ver supra apartado 1.

Se puede destacar, también que: 1) se trata de una ley de *género* pero, en realidad, no se protege a todas las mujeres frente a cualquier supuesto de agresión machista, sino sólo respecto de aquellas que se den en el contexto de una relación de pareja por entender que es en ésta donde se encuentra la situación de dominación que pretende resolverse²³; 2) como una de las cuestiones más problemáticas destaca la relativa a si la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres están implícitas en la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer que es o ha sido su pareja sentimental si, por el contrario, aquéllas son circunstancias cuya concurrencia habrá que comprobar en cada caso en particular²⁴.

Sin embargo, entiendo que existen lagunas en la mencionada Ley, ya que ni en la Exposición de Motivos, ni tampoco en su articulado se explica por qué, tratándose de una ley de género, se opta por proteger las agresiones que sufren las mujeres única y exclusivamente en el ámbito de las relaciones de pareja y no al resto de mujeres y sólo en determinados delitos y no en todas los comportamientos señalados en el art. 1.3 de la misma, es decir, se establece que la violencia de género *a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*. No obstante, y a pesar de que se habla de libertad sexual y ambulatoria, la Ley no lo desarrolla posteriormente en el Título IV.

En todo caso, la LOMPIVG está encaminada a proteger a las víctimas de la denominada violencia de género, concepto éste que se construye a partir de la definición que del mismo realiza la Asamblea de Naciones Unidas como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea en la vida pública o en la vida privada”²⁵. Partiendo de dicha base conceptual, la LOMPIVG determina que la violencia de género es la “que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1); comprendiendo dentro de dicho concepto todo

²³ Me planteo, en este sentido, las agresiones igualmente machistas que puede darse sobre la mujer en otras relaciones familiares, como por ejemplo, a manos de su padre o hermano. Me referiré a esta cuestión en el apartado 5.4.

²⁴ En el primer sentido se posiciona la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²⁵ Naciones Unidas (1993), Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. Documento oficial de la Asamblea General, 40º período de sesiones (A/47/38), secc. I.

acto de violencia física y/o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (art. 2)²⁶.

De la lectura de ambos artículos se deduce que la violencia de género: 1) Es cometida siempre por el hombre contra la mujer. En este sentido, en el concepto “mujer” ha de entenderse incluida la mujer transexual. Así, la Fiscalía General del Estado entiende que a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es el varón y la víctima la mujer, sería de aplicación la especial protección concedida por la LOMPIVG²⁷; 2) No abarca la violencia entre parejas homosexuales, es decir, no quedarían protegidas por los delitos relativos a la violencia de género en la medida en que, o bien no existirá una mujer en la persona del sujeto pasivo (relación hombre-hombre), o bien no se posicionará un hombre en el lugar del sujeto activo (relación mujer-mujer)²⁸. Se puede decir, por tanto que con la regulación actual, la protección con la que cuentan las parejas homosexuales no sería nunca la conferida por los tipos de violencia de género²⁹; 3) Es producto de la discriminación, de la desigualdad y las relaciones de poder que manifiesta el hombre sobre la mujer; 4) La víctima no es toda mujer, sino aquélla con quien el agresor mantiene o ha mantenido una relación de afectividad con convivencia o incluso sin ella.

Entiendo, por tanto, que el legislador, en un primer momento quiso proyectar lo establecido por la Asamblea de Naciones Unidas, pero con posterioridad, al tratar los delitos frente a los que protege la LOMPIVG en el Título IV, dejó fuera de su articulado los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, convirtiéndose con ello, la Ley, a mi entender, en un mecanismo de defensa frente a los delitos de violencia contra la mujer insuficiente, puesto que no protege a todas las mujeres, y tampoco a todos los bienes jurídicos, encontrándonos con ello ante supuestos atentados sin tratamiento jurídico expreso, cuyo tratamiento penal deberá realizarse a través de las circunstancias genéricas del art. 22 CP.

²⁶ Art. 2 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²⁷ Apartado III.-A de la Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²⁸ En este sentido opera la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

²⁹ A salvo de la posibilidad de que queden incluidos en ellos por la vía de lo que considero un tipo autónomo, siempre que se pruebe su especial vulnerabilidad y convivan con el autor. En este sentido, Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 20ª) núm. 246/2007 de 28 febrero: “(...) una agresión de un miembro de la pareja al otro (con el que se mantiene la relación afectiva análoga a la matrimonial), debe incardinarse en el art. 153.2º CP, los supuestos de violencia doméstica, es decir, de mujer a hombre, hombre a hombre, o mujer a mujer, además de a cualquier miembro de la unidad familiar de los previstos en el art. 173.2 CP, reservándose para el art. 153.1º CP los supuestos de violencia de género, es decir de hombre a mujer”.

Conviene ahora destacar algunos aspectos que denotan la insuficiencia de la Ley en cuanto a tutela penal se refiere. En todo caso, las novedades que se introducen en materia penal se circunscriben a las lesiones graves y leves, y ya en este aspecto llama la atención que no se hayan incluido otros ámbitos en los que, con frecuencia, la mujer sufre la violencia de su esposo o compañero como sucede, por ejemplo, en los casos de agresiones sexuales en el matrimonio o en las relaciones de pareja. Esta omisión sorprende porque la propia Ley, en su art. 1.3 incluye expresamente, como contenido de la violencia de género, las agresiones a la libertad sexual que, sin embargo, no son objeto de regulación expresa en el Título IV de la Ley. En este sentido, el art. 180.4 CP agrava de forma notoria la pena de las agresiones sexuales, imponiéndola en su grado superior, cuando el responsable se haya prevalido de una relación de parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano –por naturaleza o adopción-, o afines, con la víctima, no incluyéndose la relación marital. Por tanto, a una violación cometida en el matrimonio lo único que se le podría aplicar sería la circunstancia agravante genérica de parentesco, prevista en el art. 23 CP, con un alcance mucho más limitado que la agravación específica, prevista en el art. 180 para supuestos similares.

Tampoco se contemplan otras formas de ataque en las que las víctimas son mujeres, como sucede en la provocación de un aborto sin el consentimiento de la embarazada, el acoso sexual en el lugar de trabajo o la explotación y tráfico de mujeres. En definitiva, se puede ver cómo pese a la aparente pretensión de la Ley por lograr una tutela integral de la mujer, en lo que respecta a la vertiente penal no resulta aventurado afirmar que se queda corta, porque se ciñe a los supuestos de menor gravedad y, por el contrario, margina otras formas de ataque de mucha mayor envergadura que, además, suponen un atentado flagrante contra la dignidad de las víctimas.

En este punto, se ha apuntado que nuestra legislación no ha seguido las pautas establecidas en el ámbito internacional acerca de la definición de violencia de género³⁰, que abarca las agresiones a cualquier mujer sin necesidad de que exista vínculo afectivo con el autor, lo que podría dar a entender que el legislador ha considerado que sólo la

³⁰ Al respecto, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing de 1995 establece que la violencia contra las mujeres “es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana especialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se le asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad”. Entiende en todo caso que la violencia contra la mujer se refiere a todo acto de violencia sexual basado en el género, que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad.

violencia que se proyecta contra la mujer que es o ha sido pareja del agresor merece especial atención y no, en cambio, otras manifestaciones violentas contra las mujeres en las que está ausente dicho vínculo. Esta decisión no resulta acertada, puesto que las actuaciones violentas contra las mujeres que no forman parte del círculo familiar o afectivo de los agresores son muy frecuentes.

Por ello, como ya he mencionado, entiendo que la LOMPIVG plantea una serie de inconvenientes y es que, si bien protege la violencia de género en las relaciones de pareja, no lo hace en otros ámbitos, como puede ser el familiar, el laboral o el educativo; además, no toda violencia contra la mujer en la relación de pareja es violencia de género. Nos referimos, en este último supuesto, a los casos de violencia machista. Por último nos encontramos ante una serie de delitos que no han sido objeto de tratamiento jurídico específico en la mencionada Ley.

En efecto, a pesar de que el art. 1.3 de la LO 1/2004 señale que la violencia de género allí definida se refiere a *“todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*, no todos esos delitos han sido modificados.

Al respecto, en el Título IV la LOMPIVG se ocupa de unos concretos delitos de violencia de género, en su mayoría de conducta leves, asignándoles un tratamiento específico:

- El delito de lesiones leves y maltrato de obra del art. 153 CP.
- El delito de lesiones graves del art. 148.4 en relación con el art. 147 CP.
- El delito de amenazas leves del art. 171.4 CP.
- El delito de coacciones leves del art. 172.2 CP.

Sin embargo, y como he mencionado, no todos los delitos mencionados en el art. 1.3 de la Ley han sido modificados, encontrándonos, con ello, ante supuestos sin tratamiento jurídico específico en la Ley. En concreto no han sido objeto de reforma:

- El delito de homicidio o asesinato de los arts. 138 y 139 CP.
- Los delitos de lesiones de los arts. 149 y 150 CP.
- Los delitos contra la libertad ambulatoria de los arts. 163 y 164 CP.
- Los delitos contra la libertad sexual de los arts. 178, 179 y 181 CP.

Debido a lo anterior, me propongo determinar la respuesta penal a las conductas de violencia de género sin tratamiento penal específico en la Ley a través del catálogo de agravantes genéricas del art. 22 CP. En concreto habrá que acudir a la circunstancia mixta de parentesco con carácter agravante, aunque no va a ser posible agravar la pena en los casos de relaciones de noviazgo, ni cuando se trate de personas unidas por vínculos distintos al parentesco, lo que determinará, cuando concorra aquél, la imposición de la pena tipo en su mitad superior (art. 66 CP). También se podrá recurrir a la circunstancia prevista en el apartado 4 del art. 22, esto es, la agravante de discriminación por razones de género o sexo, siempre que se pruebe el móvil discriminatorio.

Además del análisis de las circunstancias que suelen rodear a los supuestos de violencia machista es fácil advertir que, además de parentesco y discriminación de género/sexo, en los mismos suelen concurrir las circunstancias de abuso de superioridad, ensañamiento, alevosía, incluso otras. En este sentido, se puede apreciar que las consecuencias a efectos de pena serían mucho más gravosas de aplicar estas últimas. Así, conforme a las reglas del art. 66, la concurrencia de tres circunstancias o más agravantes permite al juzgador subir la pena en un grado (art. 66.1.4ª).

4. FUNDAMENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El objetivo de este apartado es el de analizar el fundamento de los delitos de violencia de género, para así comprobar si el mismo coincide con el fundamento de aplicación de la agravante de discriminación por razones de género del art. 22.4 CP, que podría ser aplicable a los delitos de violencia de género objeto de este trabajo.

Así, como ya se ha mencionado, de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG se desprende que la finalidad de la misma es el de hacer frente a un problema que trasciende de la esfera privada, manifestándose como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad y que se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión³¹.

Muestra de lo anterior, esto es, la situación de subordinación y dominio a la que queda sometida la mujer respecto del hombre, y en consonancia con el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la CE, los poderes públicos no pueden ser ajenos a este tipo de violencia, ya que en la misma Exposición de Motivos queda reflejada que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en la CE. Es por ello

³¹ Apartado I, párrafo 1º de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG.

que el Estado ha estado obligado a adoptar las medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, con el fin último de obtener la igualdad plena y real en la sociedad³².

Como ya he indicado con anterioridad, queda reflejado en su art. 1 que su objeto es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido su cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares a la afectividad, aun sin convivencia”³³.

El fundamento específico que ha llevado al legislador a conceder una mayor protección a la mujer víctima de violencia de género y efectuar un mayor reproche penal al autor de ese tipo de delitos es el *abuso de poder* que, conforme al art. 1.3 de la mencionada Ley, ejerce el hombre en la relación de pareja con su mujer.

Así, en el análisis doctrinal se observan hasta tres líneas distintas en cuanto al *fundamento* de estos tipos penales. La primera sería la quien considera que no puede alcanzarse un fundamento sólido que sostenga la introducción de los tipos penales que constituyen la violencia de género³⁴.

Otro sector de la doctrina, que aporta la segunda posición al respecto, considera que el fundamento de los tipos de violencia de género se halla en la subordinación y dependencia de las mujeres, como colectivo, con respecto a los hombres³⁵, o bien en el aprovechamiento por parte del agresor de la superioridad conferida por la relación que comparte o ha compartido con la víctima, la cual coloca a esta última en una situación de inferioridad con respecto a aquél³⁶. Se trataría, por tanto, de un mayor desvalor de lo injusto.

Finalmente, la tercera posición doctrinal, y por la cual me decanto, está constituida por aquellos que entienden que la posición dominante del hombre sobre la mujer como único fundamento no sería suficiente, por cuanto el mismo es común al del resto de figuras delictivas en las que se relacionan como víctimas los sujetos del art. 173.2 CP. Y es que, además de la mayor gravedad de lo injusto, se observa que los comportamiento

³² Apartado II, párrafo 1º de la Exposición de Motivos de la LOMPIVG.

³³ Ver supra apartado 1.

³⁴ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., pág. 162.

³⁵ LAURENZO COPELLO, PATRICIA. *La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal*, cit., pág. 18.

³⁶ FARALDO CABANA, PATRICIA. *Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*, cit., pág. 90.

en que consiste la violencia de género presentan un mayor desvalor de la culpabilidad, al constituirse la discriminación por razón del sexo femenino como el motivo que impulsa al autor a cometer el delito, siendo éste un elemento subjetivo de la culpabilidad³⁷.

A este respecto, algunos autores entienden que la violencia de género es una especialidad respecto de la violencia doméstica, afectiva o similar³⁸, mientras que otros consideran que se trata de fenómenos diferentes, con causas distintas y que requieren respuestas penales autónomas³⁹.

Entiendo, por tanto, que es la realidad descrita, en definitiva, la que justifica que, con mayor o menor acierto, exista una diferencia punitiva en los delitos de violencia de género respecto a otras conductas que no presentan tal desvalor de lo injusto y de la culpabilidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha resuelto las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a la norma apuntando, entre otras razones, que la distinción en la penalidad se fundamenta en el mayor desvalor y reproche que merecen las agresiones constitutivas de violencia de género en comparación con otras, ya que aquéllas no son más que evidencias de la posición de subordinación que ocupa en una relación de pareja la mujer frente al hombre. De este modo, el alto Tribunal entiende que se trata de agresiones más graves y reprochables socialmente debido al contexto relacional en que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada⁴⁰.

³⁷ BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL y RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES. Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género. *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier, 2004, pág. 29.

³⁸ BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL y RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES. Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género, ult. lug. cit.

³⁹ Entre otros, LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal, cit., págs. 4, 5 y 6.

⁴⁰ Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7º.

5. RESPUESTA PENAL A LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO SIN TRATAMIENTO ESPECÍFICO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA AGRAVANTE DE DISCRIMINACIÓN (ART. 22.4 CP)

5.1. Contenido

El Código Penal de 1995, en coherencia con los principios del Estado social y democrático de derecho, y en concordancia con los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, recoge una amplia gama de instrumentos punitivos para reprobado desde las más graves conductas atentatorias contra las personas por motivos racistas o xenófobos.

Con todo el legislador ha asumido una férrea defensa de la igualdad, combatiendo penalmente la discriminación tanto de forma específica como de forma general, a través de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP.

Por un lado nos encontramos una serie de delitos específicos, destinados a concretar la mayor protección que el Estado puede proporcionar a la salvaguarda de las formas más graves de actos racistas o xenófobos, entre los que se sitúan las siguientes figuras delictivas: discriminación laboral (art. 314 CP); provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias (art. 510 CP); discriminación en servicios públicos (art. 511 CP); discriminación profesional o empresarial (art. 512 CP); amenazas dirigido a un grupo étnico (art. 170 CP); y finalmente asociación ilícita que promueva la discriminación (art. 515.4 CP).

Por otro lado, la agravante genérica recogida en el artículo 22.4 del Código penal que acude a una lista cerrada (*numerus clausus*) aplicable a todo aquél que delinque por motivos racistas, antisemitas o en base a otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, su etnia, raza o nación a la que pertenezca, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía que padezca.

La incorporación al texto legal de esta agravante es un ejemplo del refuerzo de la protección penal del derecho a la no discriminación del art. 14 de la CE que prohíbe la discriminación por razón de las circunstancias ya mencionadas. El motivo de su incorporación ha sido el aumento de los delitos de distinta naturaleza que ofrecen el denominador común de las motivaciones discriminatorias⁴¹, en especial los delitos contra la vida o la integridad física por motivos racistas o a causa de las tendencias sexuales de las víctimas.

⁴¹ BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*. Granada: Comares, 1998, pág. 59.

En cualquier caso, la expresión “discriminación” es frecuentemente utilizada para delimitar el ámbito de la intervención del legislador penal en la protección del derecho fundamental a la no discriminación. A estos efectos debe tomarse como punto de referencia el contenido esencial de ese derecho, pudiendo concretarse el concepto de “discriminación” en torno a dos elementos, uno objetivo, delimitado como una situación de diferenciación de trato que consista en la negación de derechos o en ataques bienes jurídicos personales reconocidos por el Ordenamiento y, por lo tanto, exigibles por sus titulares o por sus beneficiarios⁴². En concreto, el art. 22.4 CP exige que los motivos discriminatorios recaigan en las cualidades objetivas mencionadas del sujeto pasivo o de terceras personas: pertenecer a una raza, confesión religiosa, etc., pudiendo hablarse entonces de “motivaciones típicas”: motivos discriminatorios de raza, religión, etc. En torno a estos elementos objetivos se plantean diversas cuestiones. En primer lugar, al constituir el objeto de la discriminación se exige en el sujeto activo el conocimiento de esas cualidades, con las repercusiones que de ello se derivan en el tema del error. Conforme a la regulación del art. 14.2 CP, puede afirmarse sin duda alguna que el error sobre esas cualidades impide la apreciación de los motivos discriminatorios y, por lo tanto, no podrá aplicarse la agravante al delito cometido.

En segundo lugar, deberá concurrir un elemento subjetivo: intención o finalidad discriminatoria, que se concreta en que la persona que actúa impidiendo, negando o infringiendo un derecho, lo haga por alguno de los motivos ilegítimamente previstos en las normas legales. Es decir, debe determinarse el sujeto en quien deben concurrir los elementos objetivos de la agravante. En principio se tratará de cualidades que concurren en el sujeto que recibe la acción delictiva. Lo que interesa, en cualquier caso, es que esas cualidades den razón del comportamiento delictivo del sujeto, modulando su voluntad criminal⁴³.

5.2. Fundamento

No existe unanimidad a la hora de establecer el fundamento de la agravante de discriminación del art. 22.4 CP. Una primera posición la ubica en la culpabilidad⁴⁴ (posición mayoritaria); la segunda, la sitúa en el plano del injusto⁴⁵; y la tercera, de

⁴² BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*, cit., pág. 31.

⁴³ BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*, ult. lug. cit.

⁴⁴ Entre otros: CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho penal español. Parte general*, cit., pág. 161; BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*, cit., pág. 65; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO – GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 491.

⁴⁵ Destacan MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Argentina: Reppertor, 2008, pág. 630; LAURENZO COPELLO, PATRICIA. *La discriminación en el Código penal de 1995. Estudios penales y criminológicos*, 1996, n° 19, págs. 281 y ss.; ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. *Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante*. En MUÑOZ CUESTA,

carácter minoritario señala que las circunstancias modificativas toman participan de ambos elementos⁴⁶.

5.2.1. La posición de la Doctrina

a) *Un mayor reproche o culpabilidad*

Para la doctrina mayoritaria el fundamento de la agravante de discriminación es el mayor reproche o culpabilidad, postura a la que me adhiero.

En este caso el art. 22.4 CP configura la agravante de discriminación atendiendo a dos elementos, uno subjetivo: “los motivos discriminatorios”, y otro objetivo: la referencia a ciertas cualidades concretadas en el precepto que pertenecen al sujeto pasivo del delito cometido: pertenecer a una raza, sexo, profesar una religión, etc. La exigencia de los motivos discriminatorios permite atribuir a esta circunstancia una naturaleza subjetiva (culpabilidad), fundamentando esta consideración la presencia en el sujeto activo del delito de un móvil particularmente odioso⁴⁷.

Puede entenderse el concepto “motivos” como una característica de la actitud espiritual o racional de un sujeto: una actitud moral, personal o vital que consiste en un modo concreto de ver la vida, de abordar sus relaciones y de aceptar o rechazar los principios y valores éticos y jurídicos vigentes en una sociedad. No se trata por lo tanto de una actitud meramente psicológica, irracional o emocional, sino de una disposición permanente y consciente, que se materializa y refleja en los actos concretos de ese individuo.⁴⁸

Esta delimitación del concepto de motivo sitúa la agravante en el ámbito personal, como una cualidad del sujeto y además, podemos afirmar que cuando esa actitud personal del sujeto se concreta en la realización de cualquier delito produce una afectación real del derecho a la no discriminación (art. 14 de la CE).

La configuración de la circunstancia en el sentido indicado permite fundamentar la agravación en el ámbito del juicio personal de reproche. Al margen de lo mencionado, en el caso de los “motivos discriminatorios” lo que se produce es un mayor reproche del

JAVIER (coord.). *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*. Navarra: Aranzadi, 1997, pág. 112.

⁴⁶ SALINERO ECHEVARRÍA, SEBASTIÁN. La nueva agravante penal de discriminación: los delitos de odio. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, nº 41, págs. 263-308, pág. 280.

⁴⁷ Mayor reprochabilidad que merece el móvil odioso que impulsa al autor a cometer el delito.

⁴⁸ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Valladolid, 1981, págs. 423 y ss. Según esta autora, se trata de “características del ánimo”, que indican una actitud moralmente reprochable de cierta permanencia.

autor de un delito en función de su actitud vital orientada en contra del valor del respecto a la dignidad igual de los demás. Pertenece, por lo tanto, a la culpabilidad.

El criterio subjetivo es defendido, entre otros, por CEREZO MIR, para quien la agravante tiene su fundamento en la mayor reprochabilidad que merece el móvil que impulsa al autor a cometer el delito⁴⁹.

En el mismo sentido BERNAL DEL CASTILLO, quien indica que la configuración de la circunstancia se centra “en la actitud personal contraria a valores”, lo que se produce es un mayor reproche del autor de un delito en función de su actitud vital, orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás⁵⁰.

b) Un mayor injusto de la conducta

Un sector minoritario defiende, en cambio, que el fundamento de la agravante de discriminación se halla en un mayor injusto⁵¹.

Este sector rechaza el mayor reproche o culpabilidad explicando esta agravante en la especial reprobación del fin último que lleva al sujeto a actuar, acentuando el aspecto intelectual del conflicto psíquico, puesto que “resultaría muy difícil de justificar un incremento de la reprobación penal únicamente por los impulsos desviados del autor”⁵².

El grupo de autores que atribuyen el mayor contenido de injusto que representa la conducta del autor, está compuesto, entre otros por MIR PUIG, quien defiende que la agravante de discriminación supone un mayor injusto, pero afirma que es un incremento subjetivo del hecho, afectándose el principio de igualdad consagrado en la Constitución española⁵³; es decir, para este autor, la agravante de discriminación aumenta el injusto subjetivo del hecho, añadiendo al injusto propio del delito la negación del principio de igualdad que consagra la CE. Esto haría que fuera un hecho más grave, merecedor de una mayor pena.

⁴⁹ CEREZO MIR, JOSÉ. Curso de Derecho penal español. Parte general, cit., pág. 161.

⁵⁰ BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*, cit., pág. 65.

⁵¹ Destacan MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 630; LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La discriminación en el Código penal de 1995, cit., págs. 281 y ss; ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante, cit., pág. 112.

⁵² LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La discriminación en el Código penal de 1995, cit., pág. 104.

⁵³ MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 630. En concreto, para éste, como consecuencia de la concepción que mantiene del concepto de imputación personal, toda la fundamentación de la gravedad del hecho corresponde al injusto penal, siguiéndose de ello que todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del hecho, sin que puedan elevar la imputación personal. Para este autor, la agravante de discriminación aumenta el injusto subjetivo del hecho, añadiendo al injusto propio del delito la negación del principio de igualdad que consagra el art. 14 de la CE.

En cambio, LAURENZO COPELLO y ARROYO DE LAS HERAS, si bien sitúan la agravante en el plano del injusto, la explican a partir de un desvalor adicional del resultado, dando preponderancia al efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo. Para la primera autora, el otro bien jurídico comprometido, además del lesionado por el delito cometido, es el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro⁵⁴.

c) *Unitaria*

La tercera posición considera que el fundamento de la agravante de discriminación participa de ambos elementos, es decir, por un lado toma elementos de un mayor reproche o culpabilidad y, por otro, tomará elementos de un mayor injusto de la conducta. Esta tercera postura se denomina “mixta objetivo-subjetiva”. Para ALONSO ÁLAMO de un lado se exigirá el móvil discriminatorio como principal elemento para apreciar su concurrencia, pero de otro se exigirá también, como criterio restrictivo para su aplicación, un *efecto* discriminatorio objetivamente considerado. Sería preciso que concurriera objetivamente el trato discriminatorio derivado del delito, discriminación cuya concurrencia habría de determinarse atendiendo a particulares rasgos diferenciales de la víctima. Si no concurrieran esos efectos discriminatorios, aunque sí lo hiciera el motivo discriminatorio, no se aplicaría el art. 22.4 CP. Del mismo modo, la producción de los efectos sin el motivo tampoco podría suponer su aplicación⁵⁵.

Sin perjuicio de las particularidades de esa propuesta, con carácter general, las interpretaciones mixtas entienden que, para que se aplique la agravante, es necesario que se produzca un efecto discriminatorio, sin negar que haya que probar también la concurrencia de la motivación discriminatoria. En todo caso, lo que sugieren estas propuestas es que esa condición de la víctima determine la existencia de un *efecto para su colectivo*, siendo necesaria la concurrencia de ese efecto *junto con la motivación* para que se aplique la agravante⁵⁶.

⁵⁴ LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La discriminación en el Código penal de 1995, cit., págs. 281 y ss. Esta autora sitúa el fundamento de esta agravante en el “desvalor adicional de resultado” como efecto que el delito realizado con esa motivación produce en el sujeto pasivo; este efecto sería la afectación objetiva de un bien adicional “el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”. ARROYO DE LAS HERAS afirma que el fundamento de la agravación reside en que el delincuente, además de lesionar el bien jurídico protegido por el delito de que se trate, afecta otros valores socialmente reconocidos y que el legislador ha pretendido tutelar, ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante, cit., pág. 112.

⁵⁵ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. La circunstancia agravante de discriminación, cit., págs. 533-549.

⁵⁶ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. La circunstancia agravante de discriminación, ult. lug. cit.

5.2.2. La posición de la Jurisprudencia

Por su parte, la Jurisprudencia sigue, por unanimidad, el fundamento de aplicación de la agravante de discriminación del art 22.4 CP en torno al mayor reproche de culpabilidad que sigue la doctrina mayoritaria, basándose en los “motivos discriminatorios”.

Así lo establece la STS núm. 713/2002, de 24 de abril en su FJ 4 (única sentencia encontrada): “...aunque no se ha librado de críticas doctrinales por referirse al *aspecto motivacional* de la conducta y la dificultad de su apreciación en caso en que esté dudosa esa motivación, resulta claramente aplicable en el presente caso, una vez que, de forma clara e inequívoca, se ha puesto de relieve en el relato de hechos la real existencia de una palpable y evidente *motivación ideológica* en los agentes del mismo que actuaban en ocasión de los hechos en un grupo que exteriorizó su oposición al de los que resultaron amenazados y agredidos, de tendencia contraria”⁵⁷.

En el mismo sentido se pronuncian las audiencias provinciales en relación con diferentes delitos xenófobos⁵⁸.

5.3. Discriminación por razones de género

La LO 1/2015, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio de 2015), modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que incorpora el *género* como motivo

⁵⁷ Ver por todas STS núm. 713/2002, de 24 de abril.

⁵⁸ SAP de Castellón núm. 5/2005, de 25 de abril, FJ 6: “... en el caso enjuiciado entendemos que la aplicación de la agravante resulta plenamente justificada ya que el agresor no conocía a su víctima, días antes reconoció haber quemado el bar que regentaba una persona de nacionalidad marroquí, con pintadas y panfletos en contra de la misma y quien no solamente tenía abundante propaganda en su domicilio de carácter racista o xenófobo, sino que además tiene tatuados al menos tres símbolos nazis. Entendemos que tan sólo el hecho de ser el agredido marroquí, no europeo por tanto y trabajar en un bar regentado por un compatriota, fue el motivo por el que disparó contra el mismo. No desvirtúa esta conclusión la circunstancia de que durante el tiempo que ha durado la prisión preventiva del Sr. Juan Enrique éste no haya tenido ningún incidente con personas que pertenecen a lo que podemos denominar comunidad inmigrante, hecho que resaltó su letrado, lo que entendemos por el contrario que no es relevante, dada la abundante prueba existente que denota sus inclinaciones hacia las ideas racistas; habiendo además informado el Educador del Centro Penitenciario que se trata de una persona muy fría y reservada lo que le lleva a mantener escasos contactos personales con el resto de internos, reduciéndose, las posibilidades de conflicto, añadiendo el informe que por su propia personalidad, caracterizada por importantes restricciones autoimpuestas, evita los contactos con todas aquellas personas que él considera alejadas de su norma”; SAP de Badajoz núm. 114/2004, de 18 de mayo, FJ 2: “...dicha agravante responde al propósito de evitar, en la medida de lo posible, toda conducta que entrañe injusta discriminación de las personas con base en una serie de motivos, discriminación que pugna con el derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la CE. La aplicación de la agravante demandará la prueba plena tanto del hecho y la participación del acusado, como de la condición de la víctima y la intencionalidad del autor, elemento este último de carácter subjetivo relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia”.

de discriminación en la agravante de comisión del delito, quedando con ello, la circunstancia 4ª del art. 22 como sigue:

4ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la étnica, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

La discriminación por razones de género alcanza solo a los delitos de violencia de género sin tratamiento jurídico específico en la Ley, puesto que, claramente, este tipo de discriminación no es de aplicación a los delitos de violencia de género que cuentan con regulación expresa en la LOMPIVG⁵⁹, puesto que son delitos específicos en los que la discriminación por razones de género ya forma parte de la figura delictiva, lo que conllevaría una vulneración del principio *non bis in idem*.

En mi opinión, la razón de esta incorporación puede estar en que para el legislador los actos de violencia de género constituyen actos de discriminación diferentes a los de discriminación por razón de sexo. Sin embargo ha sido una inclusión en el Código penal superflua puesto que ya contábamos con la agravante de discriminación por razón del sexo que podía ser de aplicación a los supuestos de violencia de género sin tratamiento específico en la Ley (homicidios, agresiones sexuales, etc.), objeto de este trabajo.

Ya menciona la propia Ley, en su Exposición de Motivos que la finalidad de tal incorporación es reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código penal para las víctimas de violencia de género⁶⁰.

Asimismo, el legislador entiende que el género, entendido, de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁶¹, como “los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”, puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferentes del que abarca la referencia al sexo⁶².

⁵⁹ En concreto: delitos de lesiones leves y maltrato de obra del art. 153 CP, lesiones graves del art. 147.1 CP (en virtud de lo previsto en el art. 148.4), amenazas leves del art. 171.4 CP, y coacciones leves del art. 172.2 CP.

⁶⁰ En concreto, párrafo XXII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

⁶¹ Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011.

⁶² Según se define en el Párrafo XXII del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, con objeto de justificar esta novedosa alusión a razones de género para motivar el agravamiento de la pena.

En todo caso, entiende el legislador que la alusión al género que efectúa la mencionada Ley no puede entenderse como inclusiva de la noción de sexo⁶³ y que, en sentido contrario, tampoco dentro de la noción de sexo del art. 22.4 CP se puede entender subsumida la de género. En definitiva, entiende que no es lo mismo un delito machista cometido en el ámbito de la pareja que un delito motivado por el odio discriminatorio por razón del sexo del art. 22.4 CP.

Sin embargo no comparto la posición anterior puesto que entiendo que sexo y género son conceptos idénticos, es decir, considero que el sexo biológico en sí mismo y el rol que desempeñan las mujeres van unidos constituyendo un todo. Debemos considerar, por ello, a las parejas homosexuales como posibles sujetos pasivos de los delitos de violencia de género y violencia machista en general, donde una de las partes ejerce el rol femenino y a las que la LOMPIVG deja de lado por entender que no se manifiestan los tres aspectos para poder entrar a valorar la existencia de violencia de género: 1) la condición de mujer de la víctima⁶⁴; 2) la condición de hombre del sujeto activo; y 3) la existencia de una relación conyugal o de análoga afectividad entre ellos, pasada o presente, aun sin convivencia.

De lo anterior se deduce la necesidad de realizar una delimitación de aplicación entre agravante de discriminación por razón del sexo o por razones de género, delimitación que realizaré a continuación.

En mi opinión, era suficiente con las agravantes de discriminación por razón de sexo y de parentesco que ya contenía el Código penal. Personalmente me decanto por pensar que ha sido una novedad innecesaria, puesto que ya existían tales instrumentos punitivos en el Código penal, los cuales podrían haberse empleado para agravar las conductas relacionadas con la violencia contra las mujeres donde el comportamiento machista y la intención de cosificar a la mujer, sean claros. Ahora bien, tras su incorporación al Código penal, es necesaria una delimitación entre la discriminación por razones de género y la discriminación por razón del sexo, tal y como yo la entiendo.

⁶³ STC núm. 59/2008, de 14 de mayo: “Como el término género que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima por razones vinculadas a su propia biología”.

⁶⁴ En todo caso, las parejas homosexuales masculinas no quedarían protegidas por los delitos relativos a la violencia de género en la medida en que no existirá una mujer en la persona del sujeto pasivo (hombre-hombre), aun dándose el supuesto de que la víctima adopte el rol femenino o de sumisión en la pareja. En este sentido opera la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

5.4. Discriminación por razón del sexo

Hasta 1983 existió en el Código penal una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal conocida como la agravante de “desprecio de sexo”. Fue precisamente el Código penal de 1822 el que en su art. 106 señalaba que “*en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida*”⁶⁵.

Sin embargo, a partir del Código de 1848 (art. 10.20) se modifican los términos utilizados para definirla, y se sustituye aquella originaria redacción por esta otra: “*ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en morada cuando él no haya provocado el suceso*”⁶⁶. El hecho de que se guardara silencio en torno a la clase de sexo a la que se refería la circunstancia de agravación, no significaba que se hubiera igualado a efectos de pena uno y otro desprecio, sino que se sobreentendía que se refería al sexo femenino. De esta forma llegó hasta 1983, momento en el que fue derogada.

La jurisprudencia vino exigiendo para aplicar la agravación en el Código de 1944 la concurrencia de tres requisitos: sujeto activo de sexo masculino, sujeto pasivo mujer y que el primero actuara con el elemento subjetivo de “despreciar” a la mujer. El elemento negativo que excluía la aplicación de la agravación era la previa provocación por parte de la mujer (víctima).

El fundamento de la agravación parecía obedecer tanto a la inferioridad biológica de la mujer respecto al hombre, como a las funciones sociales encomendadas como madre, esposa y cuidadora de los valores familiares y encargada de transmitirlos de unas generaciones a otras⁶⁷.

No obstante, la aplicación de la circunstancia se excluía en los supuestos en los que existiera provocación por parte de la mujer, esto es, cuando su conducta sexual o moral no fuera la ajustada a los patrones de comportamiento vigentes en cada momento histórico, lo que ha dado respaldo legal durante su vigencia a que los jueces indagaran en la intimidad de las mujeres víctimas de delito. Y para los supuestos en los que existiera dicha provocación, no sólo se aplicaba la circunstancia de agravación, sino que

⁶⁵ En este sentido ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., págs. 26-29.

⁶⁶ En términos idénticos consagra la agravación el art. 10.20 del Código de 1850, art. 10.20 del Código de 1870, 66.10 del Código de 1870, 66.10 del Código de 1928, 10.15 del de 1932 y art. 10.16 del Código de 1944.

⁶⁷ DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO. *En El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4 CP*. Cizur Menor: Civitas, 2013, pág. 304.

además se recurría a la atenuación de la penal del hombre, cuando no a la exención total, en virtud del recurso al “crimen pasional”, etiqueta que comportaba la revictimización de la mujer, en la medida en que no sólo había sido víctima de un delito, sino que además se convertía en víctima del sistema penal, que al recurrir al crimen pasional, se olvidaba del hecho principal cometido por el autor del delito y reconducía su atención a analizar el comportamiento de la víctima, distorsionando los hechos reales al son de su vida privada⁶⁸.

El plus de pena que de la aplicación de la circunstancia de producía venía justificado pues en esa especial consideración del sexo femenino como conjunto, por la importancia social de las funciones llamadas a realizar.

Desde la aprobación de la CE de 1978 venía significando la doctrina la inoperatividad de la agravación, en la medida en que en su art. 14 consagra la igualdad por razón de sexo de forma que cuando se actúe con ese móvil del desprecio, tanto hacia hombres como hacia mujeres, bastaría con recurrir a otras circunstancias de agravación. Es la reforma del Código de 1983 la que elimina del articulado dicha agravación en base a que la consideración del desprecio de sexo como agravante entraña una tácita afirmación de inferioridad de la mujer frente al hombre.

Con ello llegamos a la que considero su sucesora, es decir, a la actual agravante de discriminación por razón del sexo del art. 22.4 CP, la cual acoge, en principio, a ambos sexos, masculino o femenino, siendo suficiente con que sea el sexo del afectado el que haya determinado su discriminación⁶⁹. Y como ha puesto ya de manifiesto el Tribunal Constitucional por sentencia 173/1994, de 7 de junio: “la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa o inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres” (FJ 2). Es decir, la discriminación por sexo engloba tanto la discriminación directamente referida al mismo, como a los caracteres diferenciales y circunstancias vinculadas

⁶⁸ Sólo se aplicaba esta agravante, conforme a una constante jurisprudencia del TS, si la mujer no había “provocado” el delito y el sexo no era inherente al delito cometido. DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO. En *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4 CP*, ult. lug. cit.

⁶⁹ Así lo indica, por ejemplo, ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante, cit., pág. 511.

indisolublemente al sexo. Deduzco de ello que la discriminación por sexo incluiría el rol o papel de la mujer, de la que habla la ONU más arriba⁷⁰.

En cualquier caso, ha de destacarse que aunque la referencia al sexo como factor discriminatorio incluya tanto al sexo femenino como al masculino, el colectivo que ocupa socialmente una posición inferior y el tradicionalmente discriminado en atención a este factor es el femenino. El hecho de que la mujer ocupe socialmente una posición inferior respecto al colectivo masculino hace que tenga pleno sentido que el sexo se recoja entre las causas de discriminación previstas en el art. 14 de la CE.

Así, en línea con RODRÍGUEZ MOURULLO, la nueva agravante nada tiene que ver con la antigua de desprecio de sexo, que suprimió la reforma de 1983, precisamente en aras de la igualdad entre hombres y mujeres⁷¹. El fundamento de la nueva agravación no se puede hacer radicar, como antaño, en el mayor respeto que el hombre debe a la mujer, puesto que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la CE). La agravación deriva ahora de que el móvil que, en definitiva, ha conducido al delito ha sido el sexo de la víctima⁷².

Además, su aplicación exige que haya una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación del hombre basada exclusivamente en motivos de sexo, lo cual se considera de difícil comprobación. Esto explicaría por qué algunas resoluciones en las que se ha invocado la agravante de discriminación por razón de sexo del art. 22.4 CP han declinado aplicar la misma, si bien los supuestos de hecho quizá podrían haberse catalogado objetivamente de “machistas” por el comportamiento del hombre sobre la mujer⁷³.

En definitiva, si bien, como mencioné anteriormente, el fundamento de aplicación de la agravante de discriminación por razón del sexo del art. 22.4 CP coincide en parte con el fundamento de aplicación de los delitos de violencia de género de la LOMPIVG, esto es, la mayor culpabilidad, actualmente no se aplica tal agravación en aquellos casos donde la violencia ejercida contra la mujer sea manifestación de la discriminación, la

⁷⁰ Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la 16ª sesión plenaria, celebrada el 15 de septiembre de 1995.

⁷¹ Esta circunstancia agravante de desprecio de sexo era una “agravante de tipo caballeresco, fundada en la delicadeza y debilidad de la mujer, que aspira a amparar ésta y a asegurarla las debidas consideraciones”. Y este fundamento no podía seguir operando en un Estado liberal-democrático, que se articula precisamente con base en el respeto al principio de igualdad con independencia del sexo, no en la desigualdad y desvalimiento biológico de la mujer. Siendo este principio de igualdad el fundamento del art. 22.4 CP, difieren la actual agravante de discriminación por razón de sexo y aquella de desprecio de sexo.

⁷² RODRÍGUEZ MOURULLO. Comentario al artículo 22.4 CP. En *Comentarios al Código penal*. Madrid: Civitas, 1997, pág. 138.

⁷³ Sentencia de la AP de Cuenca núm. 49/1998, de 7 de julio.

situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, en todo caso, en aquellos delitos donde el comportamiento machista y la intención de cosificar a la mujer son claros.

Considero además que la aplicación de la mencionada agravante resultaría más efectiva que la de discriminación por razones de género, pues podría ser aplicada en todos los supuestos de machismo, y no solo, en el ámbito de las relaciones de pareja. Es decir, con la actual LOMPIVG se protege única y exclusivamente a aquellas mujeres con quien el agresor mantiene o ha mantenido una relación de afectividad con convivencia o sin ella, olvidándose de comportamientos igualmente machistas que se dan en otros contextos, como es la violencia sufrida por la mujer, igualmente por el mero hecho de serlo, por parte de su padre, tío, hermano, o cualquier otro varón perteneciente a su entorno social.

En este sentido destaca la STC núm. 59/2008, de 14 de mayo, sentencia que desestima la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del mandato de igualdad del art. 14 de la CE en relación a la discriminación por razón de sexo que contempla el art. 153.1 del CP, en su redacción dada por el art. 37 de la LOMPIVG. En todo caso, entiende que la alusión al género que efectúa la mencionada Ley no puede entenderse como inclusiva de la noción de sexo⁷⁴ y que, en sentido contrario, tampoco dentro de la noción de sexo del art. 22.4 CP se puede entender subsumida la de género. En definitiva, entiende que no es lo mismo un delito machista cometido en el ámbito de la pareja que un delito motivado por el odio discriminatorio por razón del sexo del art. 22.4 CP.

Se puede decir, por ello, que no se aplicará la circunstancia agravante de discriminación por razón del sexo cuando el sujeto *solamente* pretenda perpetuar unos determinados roles de género, sino cuando actúe motivado por su deseo de causar un mal a su víctima por el solo hecho de ser biológicamente mujer. Lo anterior podría explicar por qué algunas resoluciones en las que se ha invocado el odio discriminatorio por razón de sexo del art. 22.4 CP han declinado aplicar la agravante, al no probarse la concurrencia de móviles misóginos⁷⁵.

⁷⁴ STC núm. 59/2008, de 14 de mayo: “*Como el término género que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima por razones vinculadas a su propia biología*”.

⁷⁵ Así, SSAP de Cuenca núm. 49/1998, de 7 de julio; o de Madrid núm. 215/2005, de 5 de mayo. La SAP de Tarragona núm. 74/2000, de 9 de junio, aunque tampoco aplicó la agravante debido a que no se consideró probado que se cometiera el delito por motivación discriminatoria, ofrece una definición del

Así entiende la jurisprudencia que para que pudiera aplicarse el art. 22.4 CP, por ejemplo, a un hombre que comete una agresión sexual contra una mujer, debería tratarse de un sujeto cuya única motivación al cometer el delito fuera expresar ese odio, concretar el deseo de un mal hacia el sexo femenino que detesta a través de ese delito⁷⁶. Se trataría de un sujeto para el cual el placer no derivaría del acto sexual: cometió el delito de agresión sexual como pudo cometer un homicidio o un delito de daños. Su motivación era el odio hacia el sexo femenino, no la obtención de placer sexual ni la prolongación de roles de dominación en la pareja. No significa ello que deba rechazarse de pleno la aplicación del art. 22.4 CP a supuestos de agresiones contra la libertad sexual, sino que serán casos raros. Así se pronunciaba ya BERNAL DEL CASTILLO⁷⁷.

En virtud de lo anterior considero necesario realizar una interpretación extensiva de la discriminación por razón de sexo, pues en mi opinión no debería consistir solo en misoginia (odio a las mujeres o sexo femenino), sino también en mero machismo (cosificación y voluntad de dominio) contra la mujer, puesto que, como he mencionado anteriormente, se trata de una actitud personal contraria al respeto debido a la dignidad e igualdad del otro sin necesidad de que constituya odio al otro como se viene exigiendo⁷⁸.

odio discriminatorio por razón de sexo. Es decir, no se trata de un supuesto de machismo, sino de misoginia, como en la hipótesis del caso de autor: haber quemado una vivienda debido al odio hacia el sexo femenino (a todas las mujeres, no a una en concreto). Por otro lado, en el supuesto de hecho que dio lugar a la SAP de Valencia núm. 237/2001, de 15 de octubre, los responsables de una cofradía de pescadores fueron condenados como autores de un delito de desobediencia, ya que no admitieron a unas mujeres como miembros tras requerimiento judicial. Finalmente, no se aplicó el art. 22.4 CP. Evidentemente, ello resulta irrelevante si el motivo por el que no la cumplieron fue debido a un odio discriminatorio por razón del sexo de las mujeres que querían ingresar en la cofradía. Sin embargo, el razonamiento muestra que no basta con el simple machismo, en tanto que promoción de desigualdad de género en el ámbito de la pareja, para que pueda entenderse que concurre el art. 22.4 CP: “*Que se sepa ningún varón ha tenido que recorrer ese largo camino. Es por ello que en el actuar de los recurrentes se aprecian elementos ideológicos y conductuales especialmente repugnantes en una sociedad moderna democrática, basada en los principios de igualdad y de dignidad personal. Lo hecho por los apelantes pone de manifiesto un indolente sexismo, una injustificable ideología de dominación hacia la mujer, gravemente negadora de su dignidad como persona, que les lleva a una postura absolutamente incomprensible y además delictiva, pues no se intuye otra razón que la sexual para explicar la cavernaria postura de la Comunidad y sus gestores*”. Es decir, les hubiera dado igual que fueran esas mujeres (sus esposas, sus hermanas, etc.) u otras las que pretendieran haber accedido a la cofradía: nunca habrían permitido la admisión de ninguna por razón de su sexo.

⁷⁶ Ver por todas SSAP de Cuenca núm. 49/1998, de 7 de julio.

⁷⁷ BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*, cit., pág. 70.

⁷⁸ En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*, cit., pág. 65.

En este sentido cabe señalar los supuestos de discriminación por razones de enfermedad o discapacidad donde, al contrario de lo que sucede con la de sexo, no se exige ese odio, por ejemplo, a los tetrapléjicos o diabéticos para apreciar la misma⁷⁹.

Como tal, la jurisprudencia se refiere al machismo que evidencia el varón al agredir a su mujer, pero se olvida de comportamientos igualmente machistas que se dan, por desgracia con bastante frecuencia, en el ámbito de la familia. Me refiero con ello a la violencia sufrida por la mujer, igualmente por el mero hecho de serlo, por parte de su padre, tío, hermano, o cualquier otro varón perteneciente a su entorno familiar.

Así, tras el recorrido realizado por la jurisprudencia en lo que a la agravante de discriminación por razón del sexo del art. 22.4 CP se refiere, concluir diciendo que la misma no se aplica en aquellos delitos de violencia contra la mujer donde el comportamiento machista y la intención de cosificar a la mujer son claros, a pesar de que esto último se desprende de los hechos de las mencionadas sentencias, ya sea en el ámbito de la pareja o fuera de ella.

Y ¿por qué no se aplica este artículo en los casos mencionados? Porque su aplicación exige que haya una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos de sexo, además de exigir la prueba de que ese determinado delito se ha cometido en base a un sentimiento discriminatorio hacia el sexo femenino, prueba que en la práctica resulta de difícil comprobación, lo que ha conllevado una aplicación muy marginal de este precepto⁸⁰. No solo eso, sino también porque se realiza una interpretación muy restrictiva de la gravante (solo se admite si hay odio, no bastando una injustificable ideología de dominación repugnante en una sociedad moderna, como señala la SAP de Valencia núm. 237/2001, de 15 de octubre ya citada⁸¹).

5.5. ¿Discriminación por razones de género o discriminación por razón de sexo?

Una vez analizadas por separadas las agravantes de discriminación por razón del sexo y por razones de género, considero necesario delimitar ambas agravantes, o lo que es lo mismo, qué delitos irían por la agravante de discriminación por razones de género y cuáles por razón de sexo.

⁷⁹ DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO. En *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4 CP*, cit., págs. 324 a 327.

⁸⁰ SAP de Cuenca de Cuenca núm. 49/1998, de 7 de julio, FJ 4: “que para su apreciación es preciso que el autor del ilícito penal haya delinquirido por motivos discriminatorios, de decir, precisamente en atención al sexo de la víctima, no siendo apreciable la agravación cuando el móvil de los hechos resulta otro diverso”.

⁸¹ Ver nota al pie 75.

Como ya ha dejado claro la LO 1/2015, de 30 de marzo en su Exposición de Motivos, con la agravante de discriminación por razones de género se pretende reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código penal para las víctimas de violencia de género. Es por ello que entiendo que con la misma circunstancia se agravarían solo aquellas agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad (secuestro o detención ilegal), siempre y cuando las mismas sean ejercidas sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1 y 3 de la LOMPIVG). Por tanto se aplicaría tal circunstancia agravante a los delitos de violencia de género sin tratamiento jurídico específico en la Ley⁸².

Esto último es así ya que esta nueva circunstancia agravante no podría aplicarse a los delitos de violencia de género con regulación expresa en la Ley, es decir, a los desarrollados en el Título IV de la misma y, en todo caso, a los delitos de delitos de lesiones leves y maltrato de obra del art. 153 CP; lesiones graves del art. 147.1 CP (e virtud de lo previsto en el art. 148.4); amenazas leves del art. 171.4 CP; y coacciones leves del art. 172.2 CP, puesto que consisten en supuestos agravados y, como tal, su aplicación en los mencionados delitos supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*.

¿Y qué pasa con el resto de los delitos de violencia contra la mujer dónde el comportamiento machista y la intención de cosificar a la mujer son claros? En este caso resultaría de aplicación la agravante de discriminación por razón del sexo del mencionado art. 22.4 CP. Es decir, entiendo y considero, que debieran de agravarse con tal circunstancia aquellos delitos que atenten contra la vida, la libertad sexual, y la integridad de las mujeres, además de aquellos que atenten contra la libertad en sí misma, aún fuera de las relaciones de pareja que, por tanto, no necesiten de convivencia entre víctima y agresor. Me refiero, en este caso, a los delitos de homicidio, asesinato, violación, abusos sexuales y detenciones, entre otros contra cualquier mujer. Recordar que en este sentido definiendo una interpretación extensiva de la discriminación por razón de sexo, pues en mi opinión no debería consistir solo en misoginia (odio a las mujeres o sexo femenino), sino también en mero machismo (cosificación y voluntad de dominio) contra la mujer, puesto que se trata de una actitud contraria a valores orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás.

⁸² Como he mencionado con anterioridad, delitos de asesinato del art. 139 CP; violación de los arts. 178 y 179 CP; abusos sexuales del art. 181 CP; detenciones ilegales y secuestros de los arts. 163 y 164 CP; y lesiones de los arts. 149 y 150 CP.

Destacar que la agravante de discriminación por razón del sexo, de acuerdo con mi interpretación extensiva, sería de aplicación para los casos de violencia de género sin tratamiento jurídico específico cometidos, en todo caso, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2005, de 30 de marzo (en vigor desde el 1 de julio)⁸³.

6. CONCLUSIONES FINALES

Del estudio realizado se cae en la cuenta de los problemas jurídicos que suscita la LOMPIVG, con lo que parece idónea una mejor regulación que se adapte al problema que nos ocupa: los delitos de violencia de género sin tratamiento jurídico expreso. Así:

Primera. Como quedó reflejado en el apartado relativo a la evolución histórica, el recorrido legislativo que se inicia con la reforma de 1989 no contempla el fenómeno de la violencia contra las mujeres como un problema de primer orden, pues las distintas reformas tienden a otorgar especial protección a los integrantes de la familia, sin especial referencia a las mujeres, de manera que para el legislador el primordial problema ha sido atajar la llamada “violencia doméstica”, es decir, la que se comete en el seno familiar, y en la que la mujer aparece al mismo nivel que otros miembros, como posible sujeto pasivo, evidenciándose de este modo una cierta falta de sensibilidad por parte del legislador hacia el fenómeno, evidente por otra parte, de la violencia contra las mujeres.

Segunda. Con la regulación actual, se recoge un concepto muy limitado de violencia de género, al circunscribirla a la que tiene lugar en el seno de la pareja y cuya víctima es la mujer. La LOMPIVG se aleja así del concepto defendido en el contexto internacional, en el que la violencia de género es la dirigida a una mujer por el mero hecho de serlo. En todo caso, el art. 1.1 de la mencionada Ley define la violencia objeto de la misma como la que *“como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*.

De lo anterior se deduce que las circunstancias que determinan la aplicación de los tipos delictivos de violencia contra la mujer son: 1) la existencia de un hombre en la posición de sujeto activo; 2) la condición de mujer en el sujeto pasivo; y 3) la existencia de una relación de afectividad, aun sin convivencia, entre ambos.

Tercera. Por su parte, a pesar de que el art. 1.3 de la Ley señale que la violencia de género allí definida se refiere a *“todo acto de violencia física o psicológica, incluidas*

⁸³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”, no todos esos delitos han sido modificados.

En efecto, los delitos contra la libertad sexual, contra la libertad ambulatoria y el homicidio o asesinato no han sido objeto de reforma, sin que quede claro el motivo por el cual no se han incluido en el Título IV de la Ley, delitos todos ellos a los que he denominado delitos de violencia de género sin tratamiento jurídico expreso en la Ley.

Cuarta. A la vista del alcance de la violencia de género en el Código penal tras la reforma operada por la LOMPIVG, entiendo que la regulación conferida por la misma debió prever otros muchos supuestos que igualmente son manifestación de *la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, como son los casos de violencia contra la mujer donde el comportamiento machista y la intención de cosificar a la mujer, son claros y son ocasionados. Es decir, si bien se refiere al machismo que evidencia el varón al agredir a su mujer, se olvida de comportamientos igualmente machistas que se dan en otros contextos, como es la violencia sufrida por la mujer, igualmente por el mero hecho de serlo, por parte de su padre, tío, hermano, o cualquier otro varón perteneciente a su entorno social.

Tampoco se contemplan otras formas de ataque como sucede, por ejemplo, en la provocación de un aborto sin el consentimiento de la embarazada, el acoso sexual en el lugar de trabajo o la explotación y tráfico de mujeres. En definitiva no resulta aventurado afirmar que la Ley se queda corta, porque se ciñe a los supuestos de menor gravedad y, por el contrario, margina otras formas de ataque de mucha mayor envergadura que, además, suponen un atentado flagrante contra la dignidad de las víctimas.

Quinta. Teniendo en cuenta lo expuesto, podremos distinguir, en primer lugar, los delitos de violencia de género con regulación expresa en la LOMPIVG, que serán, en todo caso, los desarrollados en el articulado de la Ley, concretamente en el Título IV de la misma y, por otro, los atentados sin tratamiento jurídico expreso, cuyo tratamiento penal deberá realizarse a través del catálogo de agravantes genéricas del art. 22 CP. En concreto se podrá recurrir a la circunstancia prevista en el apartado 4 del art. 22, esto es, la agravante de discriminación por razones de género o sexo, siempre que se pruebe el móvil discriminatorio.

Además del análisis de las circunstancias que suelen rodear a los supuestos de violencia machista es fácil advertir que, además de parentesco y discriminación de género/sexo, en los mismos suelen concurrir las circunstancias de abuso de superioridad, ensañamiento, alevosía, incluso otras. En este sentido, se puede apreciar que las

consecuencias a efectos de pena serían mucho más gravosas de aplicar estas últimas. Así, conforme a las reglas del art. 66, la concurrencia de tres circunstancias o más agravantes permite al juzgador subir la pena en un grado (art. 66.1.4ª).

Sexta. Considero que el fundamento de los delitos de violencia de género es doble. Así, siguiendo a los autores referidos en el epígrafe relativo a esta cuestión, entiendo que las conductas constitutivas de este tipo de violencia presentan un mayor reproche o culpabilidad (el ánimo de discriminar a la mujer por su sola condición de tal) y un mayor desvalor injusto de la conducta (concretado en el abuso de poder por parte del varón sobre la mujer). Sin embargo, el mayor reproche o culpabilidad no se manifiesta ni en el tipo objetivo ni en el subjetivo de la LOMPIVG.

Séptima. Llegados a este punto conviene recordar la nueva incorporación al Código penal: la circunstancia agravante de discriminación por razones de género. Y es que, el legislador ha considerado que los actos de violencia de género pueden constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferentes de las que abarca la referencia al sexo, razonamiento e incorporación, a mi entender, superfluos porque, si bien existía con anterioridad la agravante de discriminación por razón del sexo, la misma no se aplicaba a los delitos de violencia contra la mujer, ya se tratara de un delito machista o de un delito de violencia de género sin tratamiento jurídico expreso en la Ley. Sin embargo esto ha sido así debido a la interpretación restringida que se ha hecho de la discriminación por razón de sexo, al entender que la misma consistiría en todo caso en misoginia (odio a las mujeres o sexo femenino), postura que no comparto puesto que, como ya he mencionado, la misma viene a consistir, también, en mero machismo (cosificación y voluntad de dominio) contra la mujer, puesto que se trata de una actitud contraria a valores orientada en contra del valor del respeto a la dignidad igual de los demás.

En todo caso, esta nueva incorporación sería de aplicación a los atentados sin tratamiento jurídico expreso en la Ley puesto que, en caso contrario, supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*, ya que los delitos de violencia de género con regulación expresa en la misma son supuestos ya agravados.

Octava. Teniendo en cuenta lo expuesto, llego a la conclusión de que la circunstancia agravante de discriminación por razones de género se aplicará a los delitos de violencia de género sin tratamiento jurídico expreso en la LOMPIVG, siempre y cuando medie entre el agresor y la víctima una relación sentimental. Por su parte sería de aplicación al resto de delitos de violencia contra la mujer donde el comportamiento machista y la intención de cosificar a la mujer sean claros, la agravante de discriminación por razón

del sexo del art. 22.4 CP, con independencia de que medie entre los sujetos una relación de pareja.

Por todo, y debido a que el machismo es una lacra social que ha de ser erradicada, considero que la solución a dicha realidad se encuentra en manos del legislador que, en todo caso, debe intervenir de una forma que permita castigar severamente toda conducta que evidencie la pretensión del varón de someter a la mujer a su voluntad.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, MARÍA. Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 2009, nº 7, págs. 37-73.

- *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*. 1ª ed. Madrid: Reus, 2006.

ALONSO ÁLAMO, MERCEDES. La circunstancia agravante de discriminación. En DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (coord.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Tecnos, 2002, págs. 533-542.

- *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Valladolid, 1981.

ARROYO DE LAS HERAS, ALFONSO. Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante. En MUÑOZ CUESTA, JAVIER (coord.) *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*. Navarra: Aranzadi, 1997, págs. 107-124.

BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS. *La discriminación en el derecho penal*. Granada: Comares, 1998.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL. Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género. En RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES y BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL (coords.). *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier, 2004, págs. 13-34.

- 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. *Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2004, nº 15, págs. 65-73.

CEREZO MIR, JOSÉ. Curso de Derecho penal español. Parte general. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2001.

DÍAZ LÓPEZ, JUAN ALBERTO. *El odio discriminatorio como agravante penal: sentido y alcance del artículo 22.4 CP*. Cizur Menor: Civitas, 2013.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO. La agravante de discriminación. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, JULIO (dir.). *Estudios sobre las reformas del Código*

Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero. Civitas, 2001, págs. 51-64.

FARALDO CABANA, PATRICIA. Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista penal*, 2006, nº 17, págs. 72-94.

GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA. *El derecho penal y la discriminación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GLOVER, HELEN. Violencia doméstica. Nuevas medidas para ayuda a las víctimas. *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, 2003, nº 75, págs. 16-24.

HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS. La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art.22.4 CP). *Cuadernos de política criminal*, 2012, nº 108, págs. 31-66.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA. La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2005, nº 7.

- La discriminación por razón de sexo en la legislación penal. *Jueces para la democracia*, 1999, nº 34, págs. 16-23.
- La discriminación en el Código penal de 1995. *Estudios penales y criminológicos*, 1996, nº 19, págs. 219-288.

MAYORDOMO RODRIGO, VIRGINIA. *La violencia contra la mujer: un estudio de derecho comparado*. Paracuellos del Jarama: Dilex, 2005.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Argentina: Reppertor, 2008.

MORILLAS CUEVA, LORENZO. Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2002, nº 4.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Derecho penal. Parte general*. 8ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PÉREZ MACHÍO, ANA ISABEL. La perspectiva de género en el Código Penal: especial consideración del artículo 153 del Código Penal. *Estudios penales y criminológicos*, 2010, nº 30, págs. 317-355.

RAMÓN RIBAS, EDUARDO. Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual. *Estudios penales y criminológicos*, 2013, nº 33, págs. 401-464.

REBOLLO VARGAS, RAFAEL. Los delitos de discriminación cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2006, vol. 2, nº27, págs. 223-242.

SALINERO ECHEVARRÍA, SEBASTIÁN. La nueva agravante penal de discriminación: los delitos de odio. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, nº 41, págs. 263-308.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ. La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdicciones penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2010, nº 12.

VALMAÑA OCHAÍTA, SILVIA. Igualdad y no discriminación en el derecho penal: el tratamiento de la violencia contra la mujer. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, nº 4, págs. 49-62.

VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA. El maltrato singular cualificado por razón de género: debate acerca de su constitucionalidad. *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, 2007, nº 09.

OTROS DOCUMENTOS JURÍDICOS

Relación de sentencias:

- Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo
- Auto del TS, de 27 de febrero de 2015
- Sentencia del TS núm. 1061/2015, de 4 de marzo
- Sentencia del TS núm. 841/2015, de 3 de marzo
- Sentencia del TS núm. 825/2015, de 2 de marzo
- Sentencia del TS núm. 677/2015, de 25 de febrero
- Sentencia del TS núm. 1062/2015, de 23 de febrero
- Sentencia del TS núm. 5442/2014, de 26 de diciembre
- Sentencia del TS núm. 5131/2011, de 31 de marzo
- Sentencia del TS núm. 2563/2010, de 14 de mayo
- Sentencia del TS núm. 241/2006, de 24 de febrero
- Sentencia del TS núm. 713/2002, de 24 de abril

- Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana núm. 648/2015, de 3 de febrero
- Sentencia del TSJ de Madrid núm. 1528/2015, de 18 de febrero
- Sentencia del TSJ de Navarra núm. 3/2005, de 14 de diciembre

- Sentencia de la AP de Almería núm. 62/2002, de 11 de marzo
- Sentencia de la AP de Badajoz núm. 114/2004, de 18 de mayo
- Sentencia de la AP de Barcelona núm. 12775/2014, de 4 de noviembre
- Sentencia de la AP de Barcelona núm. 32/2003, de 26 de octubre
- Sentencia de la AP de Barcelona núm. 3093-2011, de 31 de marzo
- Sentencia de la AP de Castellón núm. 1325/2014, de 28 de octubre
- Sentencia de la AP de Castellón núm. 5/2005, de 25 de abril
- Sentencia de la AP de Córdoba núm. 952/2014, de 7 de noviembre
- Sentencia de la AP de Córdoba núm. 2/2015, de 27 de febrero
- Sentencia de la AP de Cuenca núm. 49/1998, de 7 de julio
- Sentencia de la AP de Granada núm. 1988/2014, de 31 de octubre
- Sentencia de la AP de Huelva núm. 7/2005, de 18 de abril
- Sentencia de la AP de Jaén núm. 74/2015, de 30 de enero
- Sentencia de la AP de León núm. 1261/2014, de 22 de diciembre
- Sentencia de la AP de Logroño núm. 1/2015, de 8 de enero
- Sentencia de la AP de Madrid núm. 18763/2014, de 23 de diciembre
- Sentencia de la AP de Madrid núm. 136/2011, de 29 de noviembre
- Sentencia de la AP de Madrid núm. 14468/2014, de 23 de octubre

- Sentencia de la AP de Madrid núm. 3076/2015, de 10 de marzo
- Sentencia de la AP de Madrid núm. 1780/2015, de 18 de febrero
- Sentencia de la AP de Madrid núm. 164/2015, de 11 de febrero
- Sentencia de la AP de Murcia núm. 451/2015, de 27 de febrero
- Sentencia de la AP de Murcia núm. 299/2015, de 11 de febrero
- Sentencia de la AP de Palma de Mallorca núm. 2420/2014, de 31 de octubre
- Sentencia de la AP de Pontevedra núm. 184/2015, de 2 de febrero
- Sentencia de la AP de Salamanca núm. 105/2015, de 25 de febrero
- Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 85/2004, de 5 de marzo
- Sentencia de la AP de Tarragona núm. 1619/2014, de 15 de diciembre
- Sentencia de la AP de Toledo núm. 195/2015, de 3 de marzo
- Sentencia del Juzgado de lo penal de Valencia núm. 151/2005, de 21 de abril

Otros:

- Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género