

# IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PENAL: EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

*SILVIA VALMAÑA OCHAÍTA*

*Profesora Titular de Derecho Penal*

*Universidad de Castilla La Mancha*

**Resumen:** En los últimos años se han sucedido en España medidas legislativas sobre la violencia contra las mujeres que, con mayor o menor fortuna, han contribuido a poner de manifiesto un problema social de enormes dimensiones. No obstante, la irrupción de las denominadas políticas de género ha introducido un amplio debate sobre las distorsiones que las mismas plantean en relación con el principio de igualdad. En este artículo se establecen las claves que han centrado la discusión, la toma de postura sobre la misma, y las propuestas para superarla. Esta es la manera de conciliar eficazmente las medidas de protección de los bienes jurídicos con el principio constitucional de igualdad.

**Palabras clave:** Igualdad, Discriminación, Violencia contra las Mujeres.

**Abstract:** In the last years, many legislative measures against gender-based violence, more or less effective, have been developed in Spain and were aimed to show the dimensions of this social problem. However, the inrush of the so-called gender politics has brought in a wide debate about the distortions caused for these measures in relation with the equality principle. In this paper, the keys for discussion are settled, as well as the position adopted about and many proposals in order to overcome that discussion. That is the better way to conciliate the protective measures of legal rights with the constitutional principle of equality.

**Keywords:** Equality, Discrimination, Violence against Women.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRATAMIENTO PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. III. LA CUESTIÓN DE LOS SUJETOS EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la irrupción del principio de igualdad dentro del catálogo de Derechos humanos positivizados, la concreción y desarrollo del mismo no ha estado exenta de cuestiones complejas y elaboraciones problemáticas. En algunos casos, porque la propia existencia del mismo supone la limitación de otro de los grandes principios clásicos, el de libertad<sup>1</sup>; en otros, porque la misma definición

---

<sup>1</sup> LABRADA (1998): 80-81.

del principio de igualdad tiene contenidos difusos. La evolución histórica del concepto parte del liberalismo, con un contenido concreto referido a una igualdad formal<sup>2</sup>, que evoluciona hacia una perspectiva de igualdad material a partir de la República de Weimar y que tras la Segunda Guerra Mundial se desarrolla como “precepto fundamental”<sup>3</sup> en el Constitucionalismo europeo. De esta manera, el principio de igualdad no sólo funciona en el plano teórico de igualdad de todos ante la Ley en abstracto, sino que ello obliga a los poderes públicos para realizar una actuación que posibilite la igualdad fáctica.

Para la vigencia real del principio de igualdad es necesario en ocasiones corregir situaciones de ventaja fáctica a través de instrumentos jurídicos consistentes en la introducción de criterios de discriminación positiva. Así se ha realizado, por ejemplo, en los casos de integración de personas con discapacidad, en el ámbito laboral, en el acceso a la enseñanza o incluso a través de beneficios fiscales. Es lo que se conoce como la paradoja de la igualdad, que supone que “quien desee igualdades de hecho tiene que aceptar desigualdades *de iure*”<sup>4</sup>.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ha sucedido en otros países<sup>5</sup>, en España alguno de los instrumentos de llevar a la práctica un principio de igualdad reforzado precisamente por un criterio de discriminación positiva ha venido de la mano de las llamadas políticas de género<sup>6</sup> -y la metodología que les es propia<sup>7</sup>- que se han sucedido en los diferentes campos del ordenamiento jurídico.

Este hecho ha determinado una contestación inédita en la materia<sup>8</sup>. La cuestión de la posibilidad de establecer tales acciones positivas venía establecida desde casi los orígenes del debate constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las acciones positivas en el Derecho se concreta en la interdicción de toda “discriminación en la ley o en la aplicación de la ley; y que existe discriminación cuando dos supuestos de hecho iguales reciben un tratamiento diferente sin una justificación objetiva y razonable” (STC 39/1989, de 16 de febrero), “cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada [...] debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [...]” (STC 75/1983).

Por lo tanto estas acciones positivas no sólo estarían permitidas sino que serían una obligación que se deriva del hecho de que “la finalidad de promover la igualdad del individuo y los grupos en que se integra, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la igualdad ante la ley (STS 27/81, de 25 de junio), siendo los poderes públicos los que deben promover una política

---

<sup>2</sup> Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ (1986): 20. CARMONA (1999): 266 y ss.

<sup>3</sup> VILLACORTA (2006): 46.

<sup>4</sup> ALEXI (1993): 418.

<sup>5</sup> DÍEZ-PICAZO (2008): 12.

<sup>6</sup> Sobre el debate terminológico a favor de una interpretación cultural vid. MONTALBÁN (2004): 30-32; MAQUEDA (2006): 2-3; en contra, VALMAÑA (2011): 48, nota 5.

<sup>7</sup> VALMAÑA (2010): 5

<sup>8</sup> OLAIZOLA (2010): 270 y ss.

que promueva las “condiciones para que la igualdad sea real y efectiva” (STC 34/81, de 10 de noviembre).

Erigida la razonabilidad y la proporcionalidad en la medida de la constitucionalidad de la acción positiva, el hecho de la utilización de esta medida como un instrumento penal no es fácil de defender. Y mayor índice de dificultad se alcanza cuando las medidas de discriminación son indirectas o incluso falsamente protectoras, paternalistas, que encierran en sí mismas un trato perjudicial para el sujeto al que aparentan proteger<sup>9</sup>, como sucede también en los casos en que se pretende equiparación con los derechos de los hombres, en tanto que se toma a éstos como modelo y referencia de estatus a alcanzar por las mujeres<sup>10</sup>. Los instrumentos legales que se han utilizado en estos años y que desembocan en una legislación con pretensión de “ley de género” han supuesto un incremento “maximalista”<sup>11</sup> de la vía penal, que sin embargo no constituye una garantía para evitar precisamente tal discurso paternalista.

## II. EL TRATAMIENTO PENAL DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Son muy diferentes las manifestaciones que la discriminación presenta en el Código Penal en cuanto al bien jurídico protegido, así como la plasmación de la misma en los diferentes tipos penales. Las primeras hacen fundamentalmente referencia a las causas que determinan una discriminación penalmente relevante y que se refieren a la discriminación por razón de la ideología, religión o creencias, por la etnia o raza, por la nacionalidad, por razón del sexo u orientación sexual, situación familiar y por razón de la enfermedad o minusvalía<sup>12</sup>. No hay que perder de vista que la Exposición de Motivos del Código penal vigente inicia la vía del protagonismo penal a favor de la igualdad a través de los instrumentos que le son propios:

*“En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido,*

<sup>9</sup> DANÓS (2000): 131.

<sup>10</sup> ASTOLA (2008): 259-261.

<sup>11</sup> MAQUEDA (2009): 35.

<sup>12</sup> GARCÍA (2003): 61-76.

*que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto”.*

La utilización del Derecho penal como instrumento de erradicación de la desigualdad y la discriminación se concreta en la circunstancia agravante de motivos discriminatorios y la introducción, ampliación y revisión de diferentes tipos penales que han recibido diferentes clasificaciones doctrinales para su mejor entendimiento<sup>13</sup>. Además el estudio del proceso de tipificación de estas conductas constituye uno de los elementos más ilustrativos de las líneas político-criminales que han dado lugar a un bien jurídico de “carácter pluridimensional y valorativo”<sup>14</sup>.

Previamente a la revisión de los diferentes instrumentos penales, estimo conviene establecer, si quiera sea de forma somera, la cuestión de si las acciones positivas son propias del Derecho penal. Así, frente a la posición marcada desde el campo de la filosofía del derecho, la respuesta de los penalistas viene referida a los “fines y contenidos del Derecho penal y no con la pretendida concesión de ventajas a la mujer «a costa del varón»”<sup>15</sup>, a diferencia de lo que sucede en otros campos del Derecho, y que está más bien referido a la asignación de bienes escasos<sup>16</sup>. Estoy de acuerdo con esta afirmación. Sin embargo, no podemos perder de vista que los instrumentos para alcanzar los fines propios del Derecho penal pueden suponer, de facto, una reasignación de posiciones de poder que supongan una auténtica acción positiva. Esto mismo parece desprenderse de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que pretende, como se recoge en su propia Exposición de Motivos, establecer una serie de medidas positivas como parte del mandato constitucional:

*“Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, 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 nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.*

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ (2007-a): 69 y ss. También en RODRÍGUEZ (2007-b): *passim*.

<sup>14</sup> BERNAL (1998): 49.

<sup>15</sup> LAURENZO (2005): 20.

<sup>16</sup> LARRAURI (2007): 112 y ss.

Esta discusión no es baladí, puesto que dependerá en buena medida cómo calificamos estos instrumentos para establecer el punto de partida en el debate sobre su constitucionalidad. Sólo como ejemplo de la importancia de esta cuestión es el hecho de que una acción positiva, por su propia naturaleza, no podría estar incluida en una norma que pretende cierta permanencia como es el Código penal. Este no es un instrumento coyuntural, como lo son las acciones positivas uno de cuyos elementos esenciales es la transitoriedad de las mismas, sin que “la cuota o preferencia pueda actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluida”<sup>17</sup>.

En cuanto a la protección que el Código penal dispensa en relación con la discriminación, los tipos penales que ofrecen una protección específica<sup>18</sup> como son los delitos de denegación discriminatoria de prestaciones, de los artículos 511 y 512 del Código penal<sup>19</sup>; la discriminación laboral del artículo 314<sup>20</sup>; la manipulación genética con la finalidad de selección de la raza del artículo 160.3<sup>21</sup>; las asociaciones discriminatorias del artículo 515.5<sup>22</sup>; y los que contienen agravaciones específicas, como el recientemente reenumerado delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.6<sup>23</sup> y las amenazas del artículo 170.1<sup>24</sup>. Junto a todos ellos, la importancia de los delitos de provocación a la discriminación (art. 510.1 CP.)<sup>25</sup>, asociaciones ilícitas por promover la discriminación (art. 515.1 CP.)<sup>26</sup> y los delitos de genocidio (art. 607 CP.)<sup>27</sup> completarían el catálogo de la parte especial de conductas discriminatorias expresamente tipificadas.

Además, la previsión contenida en el recientemente modificado<sup>28</sup> artículo 22,4 del Código penal<sup>29</sup>, establece que es circunstancia agravante “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

A todos estos supuestos se unen los diferentes tipos de delitos englobables bajo la categoría de delitos de “género”, que incluirían, por supuesto a los malos tratos, pero que podrían incluir, según las diferentes posiciones doctrinales, otros delitos diferentes<sup>30</sup>.

<sup>17</sup> REY (1995): 326.

<sup>18</sup> LAURENZO (1996): 227-230; MACHADO (2002): 117 y ss.

<sup>19</sup> Vid. ampliamente en RODRIGUEZ (2007-a): *passim*.

<sup>20</sup> DIAZ (Dir.), DURÁN, OLAIZOLA, JERICÓ (2007): 409 y ss.

<sup>21</sup> DE LA CUESTA (2007): 546 y ss. ROMEO (1996): 175-177.

<sup>22</sup> BERNAL (1998): 113-121.

<sup>23</sup> JORGE (2002): 129. BERNAL (1998) : 145 y ss.

<sup>24</sup> CORCOY (2001): *passim*.

<sup>25</sup> GARCÍA (2003): 221 y ss.

<sup>26</sup> BORJA (1999): 319 y ss.

<sup>27</sup> GARCÍA (2003): 303 y ss.

<sup>28</sup> L.O. 5/2010 de 22 de junio.

<sup>29</sup> Vid. ampliamente en RENART (2002): 1736 y ss.

<sup>30</sup> El de violación, por ejemplo. Vid. CUERDA (2010): *passim*.

### III. LA CUESTIÓN DE LOS SUJETOS EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Una de las cuestiones más controvertidas en relación con los delitos de violencia contra las mujeres ha venido dado por el sexo de los sujetos intervinientes en la relación violenta y no tanto por el parentesco, tal y como se establece en el artículo 153,1 *-la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor-*, y que determinan la transformación de una falta de lesiones (artículo 617 CP) en una infracción que lleva aparejadas penas de “prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

El legislador establece la protección de la mujer que tenga o haya tenido una relación matrimonial o análoga<sup>31</sup>, “frente al resto de las relaciones familiares en las que, para que la conversión de la falta en delito se produzca, habrá de determinarse la *especial vulnerabilidad* del sujeto pasivo”<sup>32</sup>. Es por tanto el sujeto pasivo del delito, mujer, y el activo, hombre, el elemento de desigualdad que de forma tan polémica ha aglutinado la mayor parte de las observaciones realizadas a la regulación de este delito.

Sin duda la mayor crítica que ha suscitado ha sido la que venía determinada por la puesta en duda de la propia constitucionalidad del artículo 153,1 CP, vinculando precisamente este hecho con la infracción del principio de igualdad.

El gran hito en esta controversia lo determina la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por el Juzgado de lo penal nº 4 de Murcia, al entender que la específica protección para la mujer que la LO. 1/2004 introducía en materia penal suponía la lesión del artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad ante la ley. A partir ésta, se ha sucedido una relativamente importante avalancha de cuestiones y recursos fundamentados en idénticos planteamientos, que el Tribunal Constitucional ha ido resolviendo en las diferentes sentencias: TC (Pleno), sentencia núm. 59/2008, de 14 de mayo. TC (Pleno), sentencia núm. 95/2008 de 24 julio. RTC 2008\95. TC (Pleno), sentencia núm. 96/2008 de 24 julio. RTC 2008\96. TC (Pleno), sentencia núm. 97/2008 de 24 julio. RTC 2008\97. TC (Pleno), sentencia núm. 98/2008 de 24 julio. RTC 2008\98. TC (Pleno), sentencia núm. 100/2008 de 24 julio. RTC 2008\100. TC (Pleno), sentencia núm. 99/2008 de 24 julio. RTC 2008\99. (Pleno), sentencia núm. 82/2008 de 17 julio. RTC 2008\82. TC (Pleno), sentencia núm. 81/2008 de 17 julio. RTC 2008\81. TC (Pleno), sentencia núm. 83/2008 de

<sup>31</sup> En este sentido, vid. CALDERÓN, A. y CHOCLÁN, J.A.: “Manual de Derecho Penal II”, Ed. Deusto Jurídico, Barcelona, 2005, pág.59.

<sup>32</sup> VALMAÑA (2011): 55.

17 julio. RTC 2008\83. TC (Pleno), sentencia núm. 76/2008 de 3 julio. RTC 2008\76. TC, sentencia núm. 202/2009 de 27 octubre. RTC 2009\202.

La respuesta de los Tribunales ha sido unitaria, si bien con votos particulares (abundantes) y voces discrepantes. El Pleno del Tribunal Constitucional, en la Sentencia núm. 59/2008 de 14 mayo, desestima la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del mandato de igualdad en relación a la discriminación por razón de sexo que contempla el artículo 153.1 del Código Penal, en su redacción dada por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:

*“Nuestro punto de partida en relación con el sexo del sujeto activo ha de ser, en suma, el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de «explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución» (SSTC 76/1996, de 30 de abril [ RTC 1996, 76], F. 5; 138/2005 [ RTC 2005, 138], F. 5; 233/1999, de 16 de diciembre [ RTC 1999, 233], F. 18; 202/2003, de 17 de noviembre [ RTC 2003, 202], F. 6; 273/2005, de 27 de octubre [ RTC 2005, 273], F. 8; 131/2006, de 21 de abril [ RTC 2006, 131], F. 2; 235/2007 [ RTC 2007, 235], F. 7).*

b) La segunda precisión en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es, o haya sido, su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Así, si respecto de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (la pena del art. 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión”.

Esta sentencia es calificada de interpretativa por ACALE<sup>33</sup>, en el sentido de que, declarando la constitucionalidad de la norma, establece los criterios de interpretación de la misma para tener tal consideración de constitucional.

Además establece, en clara coherencia con la tradicional doctrina constitucional acerca de la discriminación positiva<sup>34</sup>, lo siguiente:

*“[...] a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, 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 subordinada”.*

También ALONSO y LAMARCA<sup>35</sup> comparten con esta sentencia que “las medidas penales previstas por la Ley Integral para combatir la violencia de género son, [...], en general legítimas y conformes a nuestra norma superior”; para estas autoras el problema no es la constitucionalidad de la norma, sino la dudosa eficacia del recurso al derecho penal para resolver estas situaciones.

Asimismo manifiesta dudas sobre la protección real y efectiva de las mujeres FARALDO<sup>36</sup> aunque por motivos diferentes; para ella el problema radica en que “el legislador seguía eludiendo una delimitación de la especificidad del fenómeno de la violencia contra la mujer en la pareja, situándolo junto a manifestaciones de maltrato a menores, incapaces u otras personas especialmente vulnerables en ámbitos domésticos o cuasi-familiares. Se invisibilizan las necesidades e intereses de la mujer utilizando mecanismos de aparente neutralidad en cuanto al sexo”. O dicho en otras palabras, no se ha ahondado suficientemente en la “desigualdad” como para evitar la discriminación.

Lo curioso del caso es que si observamos el contenido del artículo 153,2, pudiera darse la situación de que la respuesta a una denuncia por malos tratos interpuesta por una mujer (art. 153,1 CP) fuera la contradenuncia del marido o

<sup>33</sup> ACALE (2009): 39.

<sup>34</sup> Por todos, vid. ampliamente en ARAGONESES, CUBILLO, JAEN, MANJÓN-CABEZA, NUÑEZ, REQUEJO, (2006): 40 y ss.

<sup>35</sup> ALONSO, LAMARCA (2008): 21

<sup>36</sup> FARALDO (2006): 83



pareja de (art. 153,2 CP), lo que supondría, de facto, una identidad en las penas entre una y otro<sup>37</sup>, al menos en cuanto a los aspectos esenciales de la misma<sup>38</sup>.

Asimismo merece una breve consideración la cuestión de las mutuas agresiones entre los cónyuges como uno de los supuestos más llamativos de la problemática aplicación del artículo 153,1º del Código Penal en relación con la vigencia del principio de igualdad en el tratamiento de estos temas.

Los tribunales han dado diferentes soluciones a esta cuestión, que van desde la aplicación del artículo 153 a los dos miembros de la pareja de manera indiferenciada y con exclusión de la legítima defensa (Sentencias números 620/06, de 21 de septiembre, de la Sección. 27ª de la A.P. de Madrid; 494/06, de 7 de septiembre, de la Sección 1ª de la A.P. de Sevilla; 290/06, de 10 de mayo, de la Sección. 3ª de la A.P. de Girona; 347/05, de 18 de julio, de la Sección 2ª de la A.P. de Madrid; 569/04, de 25 de octubre, de la Sección 4ª de la A.P. de Sevilla), hasta el requerimiento del elemento subjetivo “violencia machista” (Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª) Sentencia núm. 258/2005 de 15 marzo), o al menos una situación fáctica de dominación entre los miembros del grupo familiar (Sentencias números 291/07, de 21 de marzo, de la Sección 20ª de la A.P. de Barcelona; 251/07, de 9 de marzo, de la Sección 20ª de la A.P. de Barcelona; 144/06, de 23 de noviembre, de la Sección 4ª de la A.P. de Pontevedra; 271/06, de 8 de noviembre, de la Sección 3ª de la A.P. de Cádiz; 428/06, de 3 de abril, de la Sección 7ª de la A.P. de Barcelona; 200/06, de 29 de septiembre, de la Sección 6ª de la A.P. de Barcelona; 193/06, de 13 de marzo, de la Sección 20ª de Barcelona; 60/06, de 30 de enero, de la Sección 2ª de la A.P. de Tarragona; 87/06, de 11 de octubre, de la Sección 2ª de la A.P. de Ciudad Real; 415/05, de 9 de diciembre, de la Sección 2ª de la A.P. de Castellón; 1110/05, de 27 de octubre, de la Sección 8ª de la A.P. de Barcelona; 1044/05, de 20 de octubre, de la Sección 2ª de la A.P. de Barcelona; 901/04, de 1 de septiembre, de la Sección 3ª de la A.P. de Barcelona; 535/05, de 4 de octubre, de la Sección 2ª de la A.P. de Valencia; 515/05, 9 de junio, de la Sección 5ª de la A.P. de Barcelona; 535/05, de 17 de mayo, de la Sección 2ª de la A.P. de Barcelona; 121/05, de 18 de marzo, de la Sección 7ª de A.P. de Sevilla; 38/05, de 17 de marzo, de la Sección 3ª de la A.P. de Navarra; 1222/04, de 14 de diciembre, de la Sección 2ª de la A.P. de Barcelona ; 1054/04, de 15 de noviembre, de la Sección 6ª de la A.P. de Barcelona)

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª) núm. 384/2007 de 20 septiembre, diferencia los conceptos de "violencia doméstica" y de "violencia de género" con la argumentación que reproduzco a continuación:

*«[...] no se puede prescindir de los conceptos de violencia de género y de violencia doméstica, piedras angulares motivadoras e inspiradoras de toda la normativa sobre la materia, para interpretar e integrar los*

<sup>37</sup> DIAZ (2008): 226 y 227.

<sup>38</sup> VALMAÑA (2011): 58.

*tipos penales sobre los malos tratos familiares contenidos en los arts. 153.1 y 2 del CP. Es necesario, por tanto, que, tratándose de las mujeres a las que como sujetos pasivos del delito se refiere el art. 153.1 del CP, la conducta descrita en el tipo penal sea una manifestación "de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", que caracteriza o es propia de la violencia de género. O sea, ni la violencia de género aparece por el mero hecho de que la víctima del maltrato sea una mujer; ni tampoco resulta automáticamente aplicable el art. 153.1 del CP, siempre y en todo caso, cuando la víctima del maltrato sea una mujer. En la aplicación del art. 153.1 del CP existe un plus, un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Es este contexto o situación de abuso de poder o de dominación por razón del género femenino, o más exactamente con respecto a los miembros del género femenino de la relación (actual o pasada) conyugal o more uxorio, lo que justifica la mayor gravedad que se asigna a una conducta que, fuera de este contexto o situación, sería una simple falta. Con respecto al otro posible sujeto pasivo y víctima del delito de maltrato tipificado en el art. 153.1 del CP (además de la esposa, o persona que haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad), esto es, "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor", la nota de especial vulnerabilidad viene a ser plasmación de esa exigencia de concurrencia de la situación de dominación o de poder del sujeto activo sobre sujeto pasivo propia de la violencia de género y de la violencia doméstica (según que se admita o no que ese otro sujeto pasivo al que se refiere el art. 153.1 del CP [...] pueda no ser una mujer")».*

Consecuentemente cabe afirmar que “la riña mutuamente aceptada por dos sujetos en un plano de igualdad, no implica una posición de dominio que pueda o deba fundamentar una mayor penalidad para uno de los intervinientes en la misma”<sup>39</sup>.

En los demás casos en que un hombre agrede a una mujer con la que tenga o haya tenido un relación, la jurisprudencia ha tenido que ir perfilando una posición, que tiene su punto de inflexión con la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 41/2010 de 22 julio, al exigir que, además de las características propias de los sujetos activo y pasivo “los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado”.

<sup>39</sup> VALMAÑA (2011): 60.

Sin embargo el voto particular formulado por los Magistrados don Javier Delgado Barrio, y al que se adhieren don Vicente Conde Martín de Hijas, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodríguez Arribas, a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 45/2010 de 28 julio, señala que el tratamiento introducido por la nueva formulación legal acarrea problemas claros en cuanto a su conciliación, no tanto con el principio de igualdad como en relación con la presunción de inocencia:

*“[...] resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que todo maltrato cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada de los arts. 153.1 y 148.4º CP. A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplican los referidos preceptos a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que se exija la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación”.*

Todas estas son cuestiones problemáticas que han venido a alimentar el debate y a oscurecer, de alguna manera, los logros que la nueva legislación ha conseguido para la erradicación de las conductas de violencia machista. Pero lo cierto es que la respuesta que el Derecho penal ha venido dando a estas cuestiones es reciente y además, fruto de una hiperactividad legislativa, lo que ha podido influir en amplificar los aspectos negativos y diluir los positivos, dentro de los cuales destaca, sin ninguna duda el hecho de contribuir en gran medida a la apertura de un debate público sobre lo que hasta hace poco tiempo era un *asunto de familia*. Lo que sucede es que el mérito aquí apuntado no lo ha sido como consecuencia de una política criminal seria y coherente, sino que la concurrencia del interés de los medios, y la movilización social de lo que ha venido en llamarse “un nuevo pacifismo”<sup>40</sup>, han tenido una influencia directa y sustancial en la creación de “un clima de opinión pública que ha dejado de considerar dicho problema como algo privado, estableciendo una corriente de simpatía para la víctima correlativa al rechazo que suscita el agresor”<sup>41</sup>. Hay que tener en cuenta además que en este tema, en ocasiones como la presente, la forma en que el legislador procede a la protección de los bienes jurídicos puede crear graves dificultades, cayendo en incongruencias que se derivan de la creación de tipos específicos que no guardan un equilibrio respecto de otros que protegen bienes iguales o incluso superiores<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> IBARRA (2000): 13

<sup>41</sup> VALMAÑA (2011): 50

<sup>42</sup> LAURENZO (1996): 286.

Sin embargo comparto con ACALE<sup>43</sup> su conclusión de que es la desconfianza hacia la labor judicial el elemento subyacente en la situación legal creada tras las aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta y no otra es, desde mi punto de vista, la principal causa de la introducción de los elementos distorsionadores de la actual regulación del delito de malos tratos en nuestro ordenamiento jurídico.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE, M. (2006): *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. Madrid, Reus.
- ACALE, M. (2009): “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, REDUR*, Nº. 7, págs. 37 a 73.
- ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO, A. y LAMARCA, C. (2008): “Sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal”, *La Ley*, 28 de julio de 2008, págs. 21 a 23.
- ARAGONESES, S., CUBILLO, I.J., JAEN, M., MANJÓN-CABEZA, A., NUÑEZ, J., REQUEJO, M.T. (2006): *Tutela judicial frente a la violencia de género*. Madrid, Colex.
- ASTONE, J. (2008): “Las mujeres y el Estado constitucional: un repaso de los grandes contenidos de los conceptos del Derecho Constitucional”. En ASTONE, J., *Mujeres y Derecho. Pasado y presente*. Universidad del País Vasco, Facultad de Derecho, págs. 227 a 290. Disponible en [http://www.argitalpenak.ehu.es/p291-content/eu/contenidos/libro/se\\_ccsspdp/eu\\_ccsspdp/adjuntos/mujeres.pdf](http://www.argitalpenak.ehu.es/p291-content/eu/contenidos/libro/se_ccsspdp/eu_ccsspdp/adjuntos/mujeres.pdf) (última consulta, 4 de julio de 2011).
- BERNAL, J. (1998): *La discriminación en el derecho penal*. Granada, Comares.
- BORJA, E. (1999): *Violencia y Criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*. Granada, Comares.
- CORCOY, M. (2001): “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”. *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5, (Ejemplar dedicado a: La violencia en el ámbito familiar: aspectos sociológicos y jurídicos. COMÁS, M. (dir.)), págs. 151-200.
- CUERDA, M.L. (2010): “Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas”. *Revista General de Derecho penal*, nº 13, págs. 1 a 43.

<sup>43</sup> ACALE (2006): 409 y ss.

- DANÓS, J.: “Los derechos a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en el Derecho Constitucional”. *Discriminación sexual y aplicación de la Ley, Volumen IV, Derecho Penal-Derecho Constitucional*. Lima, Defensoría del Pueblo, págs. 107 a 189.
- DE LA CUESTA, J.L. (2007): “Genética y Política Criminal”. *International Review of Penal Law, Vol. 78*, págs. 523 a 563.
- DIAZ, M. (Dir.), DURÁN, Isabel, OLAIZOLA, Inés, JERICÓ, Leticia (2007): *Protección y expulsión de extranjeros en derecho penal*. Las Rozas, La Ley-Wolters Kluwer.
- DIAZ, M.J. (2008): “La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género ante el hostigamiento del maltratador”, en SAN SEGUNDO, Teresa (Dir.), *Violencia de Género. Una visión multidisciplinar*. Madrid Ed. Universitaria Ramón Areces.
- DIEZ-PICAZO, L. (2008): “El principio de igualdad ante la ley”. En *Sistema de Derechos Fundamentales. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas)*. Cizur Menor, Editorial Aranzadi. Disponible en <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?docguid=1e4e6d66016fb11dfa59e01000000000&srguid=i0ad81815000001316244a594da8871bd#contador1> (última consulta, 4 de julio de 2011).
- FARALDO, P. (2006): “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*, nº 17, págs. 72 a 94
- GARCÍA, P. (2004): *El derecho penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*. Valencia, Tirant lo Blanch.
- IBARRA, E. (2000): “Hacia un nuevo pacifismo”. *Cuadernos de Análisis, nº 6*. Madrid. Instituto de la Juventud, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 5 a 15.
- JORGE, A. (2002): “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, págs. 99 a 131.
- LABRADA, V. (1998): “En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XV, págs. 79 a 94.
- LARRAURI, E. (2007): *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid, Trotta.
- LAURENZO, P. (1996): “La discriminación en el Código penal de 1995”. *Estudios penales y criminológicos*, XIX, págs. 221 a 288.
- LAURENZO, P. (2005): “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7-8, págs. 1-23.

- MACHADO, M.D. (2002): *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del artículo 511 CP*. Valencia, Tirant monografías.
- MAQUEDA, M.L. (2006): “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 8-2, págs.
- MAQUEDA, M.L. (2009): “1989-2009: Veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, págs. 25 a 35.
- MONTALBÁN, I. (2004): *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- OLAIZOLA, I. (2010): “Violencia de Género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria”. *Estudios Penales y Criminológicos, Volumen XXX*, págs. 269 a 316.
- RENART, F. (2002): “La agravación del delito por motivos discriminatorios: análisis del artículo 22.4 del Código Penal de 1995”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, págs. 1736-1752.
- REY, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid, Mc Graw Hill.
- RODRÍGUEZ, C. (2007-a): *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del CP*. Albacete, Bomarzo.
- RODRÍGUEZ, C. (2007-b): “Una propuesta de clasificación de los delitos de discriminación en el Código Penal español”. *Revista Dos mil-Tres mil*, nº 11, págs. 1 a 24.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ, M.F. (1986) *Igualdad y no discriminación*. Madrid, Tecnos.
- ROMEO, C.M. (1996) “Genética y Derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”. *Derecho y Salud*, vol. 4, págs.156 a 179.
- VALMAÑA, S. (2010): “Mujer y violencia: algunas cuestiones sobre el método, objeto y evolución político-criminal”. En *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*. Documento nº 6/2010. Edición on-line. Cuenca, Facultad de Ciencias Sociales (UCLM). Disponible en <http://www.uclm.es/cu/csociales/documentostrabajo> (última consulta, 7 de mayo de 2011).
- VALMAÑA, S. (2011): “La respuesta penal a la violencia contra las mujeres: el delito de malos tratos del artículo 153 del Código penal español”. En ZURILLA, M.A. y DOMÍNGUEZ, M.P. (Coords.), *Violencia contra las mujeres. Un enfoque jurídico*. Septem Ediciones, Oviedo, 2011.
- VILLACORTA, L. (2006): *Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática*. Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.