

El Código Penal y la Violencia de Género desde 2015

Resumen: Este breve artículo que ve la luz el Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 2018 pretende explorar si existe alguna vía en el código penal vigente para agravar la violencia contra el sexo femenino, fuera de los pocos casos recogidos en la Ley contra la Violencia de Género de 2004, precisamente referidos a las formas de agresión machistas más leves. A mi parecer, aunque no sustituye una clarificadora reforma legislativa, la vía puede estar abierta desde 2015 en las normas rectoras de la parte general del código penal.

Agradezco al IDHC que me ceda su web para esta publicación y en este día. Especialmente, porque sin el curso de DDHH que cada año organiza y un poco de casualidad, no se habría dado la anécdota que cierra el texto y que me convenció de escribirlo.

Palabras Clave: Violencia de Género, Femicidio, Machismo, Objetualización, Ley Orgánica 1/2015, Código Penal, art. 22.4, Convenio de Estambul

Quien ojee a la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la jueza del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia contra la LO 1/2004 se sentirá más que decepcionado si espera encontrar un cúmulo de argumentos retrógrados. Como dice el Voto Particular a la STC 59/2008 del Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, la cuestión “está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos”. Hasta tal punto es así, que, si bien el Alto Tribunal avaló la constitucionalidad del art. 153.1 CP, redactado según esa Ley Orgánica, condicionó su interpretación de tal modo que vino a compensar muchas de las carencias constitucionales del legislador consignadas por la jueza.

Con gran condescendencia con las Cortes, el fallo afirma, entre otras cosas, que el sujeto activo del precepto también puede ser una mujer, y el sujeto pasivo puede ser un hombre si este es “especialmente vulnerable” [FJ 4º]. Añade que “no se trata de una presunción normativa de lesividad [para el varón]” no se sanciona al autor “por las agresiones cometidas por otros cónyuges” sino por concurrir en él la concreta manifestación de una conducta reproductora “de un arraigado modelo agresivo [...] contra la mujer [...] en el ámbito de la pareja” [FJ 11º]. Ojalá un legislador más taxativo no impusiera al TC tan extenuante uso del principio de conservación de la ley.

Pero no pretendo criticar hoy a la STC 59/2008, sino traer a colofón uno de los cuestionamientos más reivindicativos que la jueza que presentó la cuestión de inconstitucionalidad. Comparando la LO 1/2004 con la legislación penal sueca, única que contemplaba entonces en Europa la violencia de género, esta afeó al legislador

español “[haber hecho] una selección arbitraria de infracciones”, a diferencia de su homólogo escandinavo que agravó “un elenco mucho más amplio de conductas” [AH 3º] delictivas machistas. Así, desde 2004, en España estuvo vigente la siguiente incoherencia: por razón de género, se agravaron unas lesiones leves a la esposa, pareja, ex esposa o ex pareja, pero no un homicidio, una agresión sexual –no precisamente ajenas al matrimonio–, unas lesiones graves o un aborto –causado, pongamos por caso, por una paliza.

¿Ha cambiado esto desde 2015? Pues bien, en mi opinión, cabe interpretarlo así. La polémica LO 1/2015, más demonizada que criticada, podría ser mucho más feminista de lo que parece en este punto. A ella debemos la incorporación de “razones de género” entre los llamados “móviles de odio” del art. 22.4 CP, que, en su condición de agravantes genéricas, son aplicables a cualquier delito y no se circunscribe exclusivamente al ámbito marital o de noviazgo.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica el legislador consignó su vocación de introducir con esta agravante "algunas modificaciones para reforzar la protección especial" a las víctimas "de violencia de género y doméstica" (EM XXII). El término "protección" de la víctima, que, en la práctica, pretende una mayor "punición" del culpable, como toda agravante, debe interpretarse desde la óptica de la llamada prevención general negativa, o capacidad intimidatoria del derecho penal. Quizás también, haya algo de prevención general positiva, o identificación moral de la sociedad con la norma penal, si bien, en una sociedad donde el machismo sigue tan presente, esto es a día de hoy incierto. Para mayor claridad conceptual, se cita el *Convenio nº 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, aprobado en Estambul el 7 de abril de 2011. El art. 3.c del mismo asume una definición social y no biológica de género, como "los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones sociablemente construidos que una sociedad concreta propios de mujeres o de hombres" que el legislador español hace suya.

En consecuencia la expresión "razones de género" del nuevo art. 22.4 CP debe entenderse referida al mayor desvalor de la conducta de quien realiza un delito motivado por la interiorización de convicciones sociales que le inculcan un sentimiento de superioridad como varón respecto a la mujer a quien le es lícito castigar, y/o que reducen a la mujer a una condición instrumental para satisfacción del propio placer, la conocida como *objetualización*. No bastaría la simple condición de varón, pues se incriminaría a cada agresor por una especie de culpa colectiva de su género conduciéndonos al Derecho Penal de autor, planteamientos inadmisibles en el Estado social y democrático de Derecho. La agravante exige pues la concurrencia en el concreto sujeto activo del convencimiento de un rol social machista.

En este punto, la siempre compleja cuestión probatoria nos abre una discusión doctrinal casi bizantina, pues la aplicación art. 22.4 CP exige que la motivación para cometer el delito sea precisamente una agravante en él contenida. Ergo, en la

agresión a una persona homosexual motivado por una venganza particular, no apreciaríamos homofobia como agravante, ni siquiera aunque tal planteamiento concurrieran en el pensamiento del sujeto activo, pues legalmente no podemos penalizar ideas salvo que estas impulsen a una conducta criminal.

Nuestra dificultad estriba en que, si bien es relativamente sencillo identificar motivos antisemitas, racistas, homófonos o transfobos, el machismo podría resultar más complejo de probar. Así, si un judío es agredido por desconocidos al grito de "¡Judío de mierda!", de los elementos objetivos de la conducta se deduce nítidamente que su único móvil es el antisemitismo. Ahora bien, en la venganza homicida de un marido posesivo o el ánimo lúbrico de un violador ¿podemos considerar el machismo o razones de género como móvil último de la conducta? ¿O lo son sólo los celos o la libido respectivamente? A mi entender, la respuesta es positiva en función de la casuística concreta de los hechos.

No tendrá sentido apreciar la agravante de razones de género en delitos contra mujeres cuyo autor sufriera un trastorno mental en el momento de cometerlos. Tampoco se hallara en casos de *cortocircuito* o embriaguez -que afecte suficientemente a la comprensión de los hechos, no basta con pasarse de copas (!)-, o al menos, entonces, la agravante de razones de género se vería plausiblemente compensada por una atenuante. Fuera de estos supuestos, no debe verse como desencadenante último del delito a los celos o al deseo sexual del autor, sino al machismo. Cualquier hombre puede sentir celos de su pareja, o deseo sexual hacia una mujer que no le corresponda. En el momento en que pasa a imponerle reglas, la somete a un trato degradante, coarta su libertad sexual o atenta contra su vida, ya no estamos ante una cuestión psíquica, sino ante una inequívoca manifestación de un patrón machista en los términos descritos, con relevancia penal. De tal conducta se deduce que se considera habilitado para *castigar* o *poseer* -sexualmente- a la mujer despreciando su voluntad.

Si se niega esta interpretación, acorde con la realidad social en que la norma debe ser aplicada, la agravante de razones de género devendría inútil. Lo que a su vez impediría realizar la voluntad del legislador de proteger a las mujeres por medio de la prevención general.

Sobre esta premisa, nuestros Tribunales y quienes defienden a las víctimas de la violencia de género tienen la posibilidad de agravar las penas de las lesiones graves de matriz machista. A su vez, el homicidio y el asesinato serían compatibles con esta agravante, tipificándose así a través de la parte general del código penal una modalidad de "feminicidio", a falta del tipo expreso en la parte especial, como ocurre en México, Ecuador, Argentina o Bolivia.

Más relevante es, si cabe, la posibilidad de agravar todos los delitos contra la libertad sexual de las mujeres. Afortunadamente, hace mucho que superamos el complejo varonil de que el hombre pueda ser sujeto pasivo de una agresión sexual incluso con "acceso carnal" [véanse: Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de

25 de mayo de 2005 Asunto 2ª y SSTS (Sala 2ª) 476/2006, de 2 de mayo, FD 5º y 1295/2006, de 13 de diciembre, FD 4º]. A diferencia de lo que se pensaba no ha tantos años, las mujeres ya no son víctimas exclusivas de esta clase de delitos, si bien, en su caso, el machismo estructural de la sociedad es casi siempre el móvil del delito. Por ello, la aprehensión completa del desvalor de estas agresiones, fuera de los casos concretos en que no concurriera el machismo, requiere de apreciar esta agravante o cualquier otra modalidad de incremento de la punición que el legislador estime conveniente. De no proceder así, nos ubicamos peligrosamente cerca del incumplimiento del art. 14 CE, al tratar como iguales situaciones, como la agresión sexual, física u homicidio de un hombre y de una mujer, que, en realidad, son desiguales cuando en el caso de ellas irrumpe el machismo como móvil de odio, ausente en el primer caso.

No debo concluir sin expresar mi agradecimiento a la magistrada de la AP de Barcelona, Montserrat Comas con quien pude compartir esta hipótesis teórica el pasado abril en un breve intercambio de palabras después de una conferencia suya, en el marco del 36 curso de DDHH organizado por el IDHC. Como ella me indicó, nadie está pidiendo hoy esta agravante en delitos vinculados a la violencia de género, lo que impide su aplicación, aunque *a priori*, si llegaba a proponerse por la fiscalía o algún abogado, nada impediría a los tribunales estudiar su adecuación. La verdad es que se trata de un camino incierto, en que dependerá mucho el parecer interpretativo de cada tribunal, pero la justicia en favor de las víctimas del machismo constituye un poderoso motivo para intentarlo.

Eduard Ariza