

Trabajo Fin de Máster

Reflexiones político criminales sobre la legislación penal en materia de violencia de género: un estudio de los artículos 153.1 y 171.4 CP desde la perspectiva de su encaje constitucional, del Derecho penal de autor y del Derecho penal del enemigo.

Autor/es

José Rodríguez Peregrina

Director/es

Dr. Asier Urruela Mora.

Facultad de Derecho
2015

Contenido

1.- INTRODUCCIÓN	1
2.- CONSIDERACIONES SOCIALES Y CRIMINOÓLOGICAS PREVIAS:	3
3.- EL ENFOQUE JURÍDICO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:	12
3.1.- EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO PENAL APLICABLE A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES:	14
3.1.1.- La evolución de la norma desde 1989 hasta 2004:	14
3.1.2.- La nueva redacción del artículo 153 CP dada por la LO 1/2004:	19
3.1.3.- Principales modificaciones introducidas por la LO 1/2015:	22
3.2.- EL CONTRASTE CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 153.1 Y 171.4 CP: ADECUACIÓN DE LOS MISMOS A LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE CULPABILIDAD PENAL.	23
3.2.1.- Introducción:	23
3.2.2.- Adecuación de los artículos 153.1 y 171.4 CP al principio de igualdad:	24
3.2.3.- Adecuación de los artículos 153.1 y 171.4 CP al principio de culpabilidad penal:	31
4.- TOMA DE POSICIÓN:	33
4.1.- Introducción:	33
4.2.- La perspectiva de género en la LO 1/2004:	34
4.3.- La quiebra del principio de culpabilidad penal desde la perspectiva de género:	35
4.4.- El paradigma penal inspirador de la reforma y la afección de la dignidad individual:	38
4.5.- La quiebra del principio de taxatividad penal:	41
4.6.- La introducción del derecho penal de autor en nuestro ordenamiento: La construcción de categorías de enemigos.	43
4.7.- Análisis de las normas estudiadas desde la perspectiva del derecho penal del enemigo: ...	48
5.- CONCLUSIONES:	59
BIBLIOGRAFÍA:	67

1.- INTRODUCCIÓN

Con el presente estudio se pretende, por un lado, sin entrar de lleno en el campo de la psicología social, prestar atención a las causas originadoras de este fenómeno, estableciendo un común denominador entre los casos que desgraciadamente han acabado en homicidios, así como los perfiles de autores y víctimas de estos delitos. Tomaremos para ello los datos ofrecidos por la memoria anual de la fiscalía general del Estado. Creo que es de sumo interés este punto puesto que las únicas medidas idóneas para la erradicación de este fenómeno han de surgir necesariamente, tal y como expresa en su exposición de motivos la propia L.O. 1/2004, más allá de la respuesta punitiva, *“de un cambio de enfoque tanto en los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como en la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como en el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas”*.

En este sentido, junto con las consideraciones previas de política criminal, que necesariamente habrá que efectuar, considero que es de sumo interés analizar los principales mecanismos de control social que operan como límites del comportamiento humano así como, más concretamente, las funciones que la doctrina y nuestro propio derecho positivo otorgan tanto a la pena como al propio Derecho Penal, si bien centrándonos en este concreto ámbito, para dilucidar de este modo qué función cumplen las referidas normas penales y, más específicamente, las diversas penas y medidas de seguridad previstas para los responsables penales de violencia de género. En el fondo de este planteamiento previo subyace la necesidad de plantearse si la protección penal otorgada a las mujeres es realmente efectiva sirviendo de este modo para la evitación de futuros delitos o si bien, por el contrario, lejos de mostrar esa utilidad, la finalidad de esta concreta parcela del ordenamiento penal, fuera otra distinta.

En segundo lugar, se pretende ofrecer una visión actualizada, tras la promulgación de la L.O. 1/2015, de reforma del Código Penal, de todos aquellos preceptos penales que, alojados en nuestro Código Penal, tienen por objeto directa o indirectamente a la violencia de género. La importancia de la reforma es evidente y así se pone de manifiesto en la propia exposición de motivos de esta ley, la cual le dedica un

epígrafe, el número XXII, en su preámbulo. Para ello partiremos de un examen conjunto de la evolución de este sector normativo a lo largo de toda su vigencia y de la realidad social en que se insertó desde su introducción en nuestro Derecho penal hasta su última reforma para, a partir de ese estudio, prestar atención a las principales aristas o zonas de fricción que presenta. Esto es, la impugnación constitucional de los artículos 153.1 y 171.4 CP, así como, a la doctrina generada en este punto por el Tribunal Constitucional, hasta llegar algún aspecto introducido por la reforma de la citada L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este sentido se analizará la posible introducción en nuestro Ordenamiento jurídico de un nuevo derecho penal de autor, por la redacción dada a estos los dos primeros preceptos y se llevará a cabo un juicio crítico de todo este sector bajo el prisma del denominado derecho penal del enemigo. Concretamente, en este último punto de nuestro análisis interesa determinar si, a la luz de esta construcción doctrinal, por medio de las reformas citadas, se ha configurado una categoría de enemigo en el sentido expresado por JAKOBS y CANCIO MELIÁ¹, con la consiguiente contaminación de nuestro derecho penal con elementos propios de este tipo de Derecho.

Es de señalar en este punto que los preceptos que vamos a analizar no son precisamente aquellos que tipifican las lesiones más graves a los bienes jurídicos fundamentales, esto es, vida, integridad física y libertad personal. Sobre estos preceptos obviamente no existe posibilidad de discusión alguna más allá de las consecuencias penales que deben llevar aparejadas para los autores y la finalidad que se persiga con dichas penas. Este es un debate que no es objeto de nuestro estudio. Hemos de centrarnos por el contrario en los tipos penales que tipifican las conductas en las que la violencia de género se manifiesta de forma más temprana y más leve por cuanto ello supone precisamente la expresión de una corriente punitivista en la que convergen factores psicológicos, sociológicos, de política criminal y doctrinales sumamente interesantes y que, en mi opinión, representan una producción paradójica del Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho y que podría representar, en consecuencia, una quiebra de los fines y límites a los que debe orientarse y estar sometido un Derecho penal semejante.

Pasemos pues, al análisis de las distintas cuestiones que acabamos de plantear.

¹ JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO.

2.- CONSIDERACIONES SOCIALES Y CRIMINOÓLOGICAS PREVIAS:

Creo que es lógico pensar que en toda sociedad democrática se produce un constante diálogo entre los medios de comunicación, la ciudadanía, sus diferentes actores políticos y consecuentemente el Poder Legislativo, de tal manera que, inevitablemente, la labor de creación normativa viene determinada en buena medida por este diálogo. En este sentido, el asesinato de Ana Orantes² marcó un punto de inflexión en los criterios de selección de las noticias y en el propio tratamiento informativo que este tipo de violencia recibía hasta aquel momento, viniendo a constituir un nuevo “prototipo de información” en el sentido que, en el campo de la psicología cognitiva y de la lingüística cognitiva, señalan los profesores Kepplinger y Habermeier³. Los prototipos constituyen modelos de categorización distinta de la tradicional basada en la lógica aristotélica. Frente a ésta, en la que las categorías son clases homogéneas y discretas, aquélla considera que las categorías son heterogéneas y no discretas, y dentro de las mismas existirían algunos miembros más caracterizados de éstas y, por tanto, más representativos que otros⁴. Este fue precisamente el caso de Ana Orantes, que dotó de rostro a este problema, teniendo una enorme repercusión mediática y creando un estado de opinión muy proclive que determinó la consolidación de un tratamiento informativo en este sentido y que llevó aparejado, en consecuencia, un profundo cambio en el lenguaje. Así pues, tanto en el discurso científico como en el cotidiano, la expresión "crímenes pasionales" (ver en este sentido CLAUS ROXIN⁵) decayó en favor de las más modernas y ajustadas a la realidad

² ANA ORANTES, asesinada en 1997 por su ex marido tras haber denunciado públicamente en la televisión pública andaluza los continuos malos tratos a los que había sido sometida durante toda su vida en común por aquél, la desprotección y desamparo que sufría por parte de las autoridades y el temor que tenía por su vida. Se dio la circunstancia de que tras el divorcio, en la sentencia en la que se acordaba, entre otras medidas el uso del domicilio hasta entonces común, se acordó el uso simultáneo del mismo por ambos ex cónyuges. La víctima fue quemada viva una semana después de su aparición en televisión.

³ KEPPLINGER H.M., y HABERMEIER, J. The Impact of Key Events on the Presentation of Reality, European Journal of Communication September 1995 vol. 10 no. 3 371-390.

⁴ BERGANZA CONDE, M^a Rosa: “La construcción mediática de la violencia contra las mujeres desde la Teoría del Enfoque”.

⁵ ROXIN, Claus, CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN EN DERECHO PENAL, Instituto Editorial de Reus S.A., Madrid 1981, págs.167 y ss, al tratar el tema de la culpabilidad emplea esta expresión, pero como concepto comprensivo de una situación alterada de la conciencia del autor dentro de la que estaría englobada junto con otros fenómenos lo que hoy conocemos como Violencia de Género. Esta terminología constituye una revictimización de la mujer por parte del sistema penal, en este sentido vid. ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal”, pág. 28.

subyacente de este fenómeno, esto es, "violencia doméstica" y "de género"⁶.

La concienciación en torno a este problema ha sido tal desde entonces que se ha constituido en una cuestión fundamental y de principio sobre la que el consenso, tanto en la necesidad de su erradicación y como en la repulsa del mismo, es total y generalizado. La crueldad de los medios empleados para acabar con la vida de las víctimas y la frecuencia recurrente de casos, han generado una actitud en la conciencia ciudadana de "tolerancia cero" frente a todo tipo de maltrato contra las mujeres. El caso de Ana Orantes, el cambio en el paradigma informativo en el sentido de la teoría de los prototipos, cambió la Ley. Sin embargo, desde entonces, y más concretamente centrándonos en la década 2003-2013, objeto de nuestro estudio preliminar, este problema se ha cobrado setecientas doce víctimas mortales.

Ante tales cifras cabe preguntarse qué ha ocurrido en cada caso concreto y qué mecanismos de protección han fallado. La reflexión a que inducen estas cifras, especialmente desde la entrada en vigor de la LO 1/2004, es la de evaluar si la víctima que sufre maltrato está recibiendo debidamente toda la información necesaria acerca de la tutela que la Ley preconiza. Esta tutela que pretende dotar a las víctimas de mayor protección contra las agresiones, debe estar orientada —entre otros extremos— a que la víctima esté perfectamente informada, de forma que pueda comprender eficazmente: cuáles son los derechos que le asisten; cómo puede ejercer esos derechos: ante qué personas, autoridades y organismo puede y debe ejercerlos; en qué consiste la asistencia integral (jurídica, social, psicológica, asistencial...), cuáles son o pueden ser las consecuencias de su denuncia; cuáles son o pueden ser las consecuencias de la situación procesal del agresor denunciado; cuáles son o pueden ser los efectos civiles y penales de la orden de protección, o cualesquiera otras cuestiones de su particular situación⁷. Sin

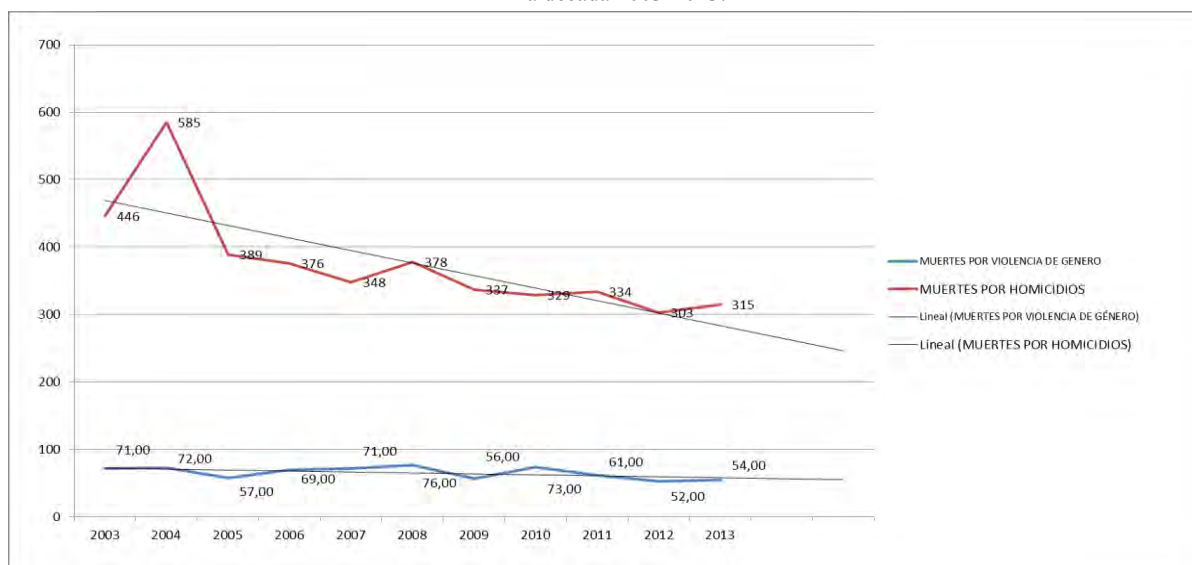
⁶ Sobre la discusión terminológica ver LÁZARO CARRETER, Fernando: "El nuevo dardo en la palabra" en nota al pie número 6 en BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coord.): "la reforma penal en tomo a la violencia de género y doméstica y de género" Pág. 19; sobre el debate social suscitado al respecto ACALE SÁNCHEZ, María: "La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal", pág.14. Sobre la distinción entre "violencia doméstica", "violencia por razón de sexo" y "violencia de género", se ofrece un análisis muy amplio esa misma obra, CAPÍTULO II: EL PRESUPUESTO: EL CONCEPTO DE VIOLENCIA POR RAZÓN DE GÉNERO HACIA LA MUJER DEL ART. 1 LOPIVG, pág. 63 y ss.

⁷ Sobre el conjunto de medidas de acción positiva de la LO 1/2004 Vid. ACALE SÁNCHEZ, María: "La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal", pág.97 y ss, y más concretamente sobre el Derecho a la asistencia integral en pág. 104 y ss.

embargo, no parece claro que esto sea así.

Un análisis de naturaleza estadística sobre la realidad criminológica de este problema lo ofrece, anualmente, la Memoria de la fiscal de sala delegada coordinadora contra la violencia sobre la mujer. Este documento viene prestando atención, entre otros factores, a los fallecimientos de mujeres por violencia de género acaecidos durante el año judicial. Por otro lado, el Observatorio estatal contra la violencia de Género, dependiente en la actualidad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, edita unas estadísticas similares y ofrece así mismo una valiosa herramienta web de análisis estadístico. Ambos documentos de trabajo ofrecen unos datos muy valiosos para comprender cuál es el impacto real de las medidas globales adoptadas para la erradicación de esta lacra, especialmente por lo que se refiere al número de fallecimientos violentos. El gráfico núm.1⁸ ofrece una comparativa entre el total de muertes acaecidas por homicidios y por violencia de género en España durante el período estudiado. Por su parte la tabla núm.2 ofrece los datos relativos a las muertes por violencia de género durante ese mismo período pero prestando atención a la existencia o no de denuncias previas por parte de las víctimas. La tabla núm.3 ofrece el dato de la convivencia o no previa al fallecimiento de víctima y agresor.

GRÁFICO Nº 1.- Evolución comparada de los homicidios por causas diversas y de los producidos por violencia de género durante la década 2003-2013.



⁸ Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; datos ofrecidos por el Observatorio contra la violencia de género actualizados a 10/08/2015.

Del análisis del GRÁFICO N° 1 se extrae una primera conclusión. Y es que, mientras que los homicidios muestran una tendencia claramente descendente durante el período de estudio, las muertes por violencia de género se comportan independientemente y muestran una tendencia plana, llegando incluso a mostrar un comportamiento anticíclico o contrario a la tendencia general descendente de los homicidios, como ocurre en los períodos comprendidos entre los años 2005 a 2007 y 2008 a 2010, en los que mientras la cifra de aquéllos desciende la de los fallecimientos por violencia de género aumenta. En todo caso parece encontrar la evolución de las muertes por violencia de género una resistencia en la cifra de los cincuenta fallecimientos por año de la cual no se ha conseguido bajar hasta la fecha. Ello nos lleva a identificar este tipo de violencia como una categoría autónoma del resto de los homicidios.

GRÁFICO N° 2.- Evolución de los homicidios por violencia de género durante la década 2003-2013.

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Víctimas	71	72	57	69	71	76	56	73	61	52	54
No denuncian				47	50	58	42	51	46	42	43
Sí denuncian				22	21	18	14	22	15	10	11

Una segunda conclusión podemos extraer del análisis de la GRÁFICO N° 2⁹. Si atendemos al período para el cual sí hay datos del número de víctimas que habían denunciado previamente a sus parejas, esto es, el período 2006-2013, se observa como de un total de 512 víctimas mortales, 379 nunca habían presentado denuncias previas por malos tratos, mientras que 133 sí lo habían hecho en al menos una ocasión. Es decir, el 74,19 % de las víctimas mortales nunca había denunciado haber sido víctima de malos tratos. Ello nos permite concluir que no denunciar multiplica por tres las posibilidades de que una mujer maltratada se convierta en una víctima mortal de la violencia de género y, en segundo lugar, que una vez que, por medio de la denuncia, se activan los mecanismos de protección previstos en nuestro ordenamiento, éstos tienen una influencia decisiva, aunque insuficiente, en la evitación de nuevas muertes. Del mismo modo, adelantándonos a lo que expondremos *infra* al tratar la ideología de género, este dato me convence acerca de la naturaleza de la violencia de género como un *continuum*¹⁰.

⁹ Fuente: Memoria del Fiscal General del Estado del año 2014. CAPÍTULO III.-FISCALES COORDINADORES Y DELEGADOS PARA MATERIAS ESPECÍFICAS.- 1. VIOLENCIA SOBRE LA MUJER Y VIOLENCIA DOMÉSTICA.

¹⁰ Ver apartado 2.- La perspectiva de género en la LO1/2004, pág.36.

**-REFLEXIONES POLÍTICO CRIMINALES SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE
VIOLENCIA DE GÉNERO.**

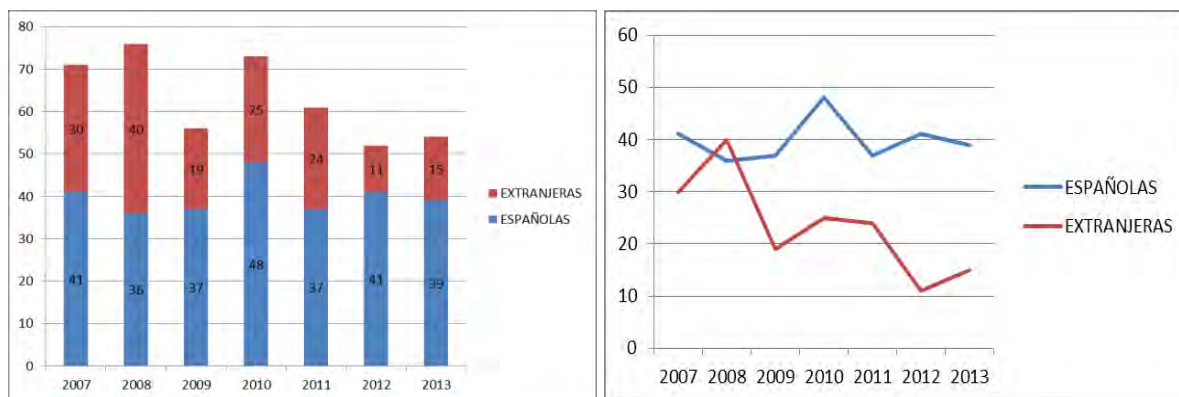
GRÁFICO Nº 3.- Cifra consolidada de homicidios por violencia de género durante la década 2003-2013 atendiendo al dato de la convivencia y tipo de relación al momento de ser cometidos.

Pareja - Expareja	Convivencia	Número de víctimas mortales
Expareja	Sí	1
	No	189
Pareja	Sí	512
	No	87
No consta	No consta	0

En este sentido, según podemos apreciar, la tabla de la figura núm.3 nos indica algo parecido, esto es, que mantener la relación de pareja y/o la convivencia tras los malos tratos habituales triplica el riesgo de muerte. Así pues puede observarse cómo las mujeres que mantenían el vínculo sentimental con sus agresores en el momento de su muerte representa un 75,92% (599 víctimas), frente a las 190 que murieron a manos de sus ex parejas (24,08%). En parecido sentido se pueden analizar estos datos atendiendo al mantenimiento o no de la convivencia, un 65,02% de las víctimas convivían con sus agresores frente al 38,98% que no lo hacía.

Una mención especial merece el peso de la inmigración en este capítulo. Según puede observarse en el gráfico número 4 el número de víctimas extranjeras es más que proporcional en relación a su peso demográfico, ya que, por poner un ejemplo de la serie histórica, para el año 2014 la población de mujeres extranjeras representaba el 9,79% del total de la población femenina de España, mientras que este sector de la población acaparó para ese mismo período el 27,27% del total de fallecimientos por violencia de género. Aún así puede observarse una tendencia descendente en este sector de la población mientras que la de las víctimas nacionales permanece estancada en la línea apuntada arriba.

GRÁFICO N° 5.- Evolución de los homicidios entre los años 2007 y 2013 comparando entre víctimas españolas y víctimas extranjeras.



El análisis de estos datos que acabamos de exponer nos permite inferir que las víctimas mortales son mayoritariamente mujeres que nunca han denunciado episodios previos de malos tratos, que conviven bajo un mismo techo con sus parejas y que no se han separado de ellas y, en buena parte de los casos, se trata además de mujeres extranjeras. El bajo nivel cultural y formativo y la consecuente falta de independencia económica tiene un efecto disuasorio a la hora de emprender acciones que podrían tener consecuencias penales¹¹ para sus agresores. A esta circunstancia se añade, tal y como se señala en el informe de la fiscalía, la dificultad que la especial incidencia de la dispensa de la obligación de declarar del artículo 416 LECrim, representa en este ámbito¹².

Una mención específica merece, igualmente, el fenómeno de las denuncias falsas. Frecuentemente se ha señalado que la ventajosa configuración legal para las víctimas del delito de este sector del ordenamiento y concretamente la vis atractiva que, una vez que se ha interpuesto una denuncia por violencia de género, los juzgados de violencia contra la mujer ejercen respecto de los procesos de familia, tiene por consecuencia la interposición de denuncias falsas para de este modo conseguir ventajas procesales por parte de la mujer en los procedimientos de divorcio. Esta circunstancia queda totalmente desacreditada por

¹¹ En este sentido, contrastar con la intención del legislador expresada en la exposición de motivos de la LO1/2015, epígrafe XXII, respecto de la reforma de los requisitos para la imposición de la pena de multa en los casos de violencia de género.

¹² Vid. Memoria del Fiscal General del Estado del año 2014. CAPÍTULO III.-FISCALES COORDINADORES Y DELEGADOS PARA MATERIAS ESPECÍFICAS, pág. 327 y ss.

las cifras que ofrece la fiscalía. Del total de denuncias presentadas a lo largo del año 2015, tan sólo se dedujo testimonio a un 0.0047% de los casos¹³.

En el otro lado de las relaciones de violencia de género se encuentra el maltratador el cual, a pesar de presentar muy diversos perfiles, tantos como maltratadores hay, tiene unos rasgos psicosociales comunes¹⁴ que varían en presencia e intensidad. De tal modo que nos encontramos ante autores con una baja autoestima, hipersensibles ante la frustración, con alteraciones del control de los impulsos, con fuertes distorsiones cognitivas especialmente acerca del papel de la mujer y de la justificación del uso de la violencia, con trastornos de la personalidad, celos patológicos y con un bajo grado de empatía y capacidad de comunicación. El alcoholismo y otras adicciones juegan un papel desencadenante en buena parte de las agresiones por el efecto desinhibidor de dichas sustancias¹⁵. Dentro de las peculiaridades y complejidades que rodean a este fenómeno violento, y a este perfil tan definido de autor, mucho se habla sobre una reacción que normalmente sólo acompaña a la violencia de género, esto es, una vez ocasionada la eliminación de la mujer suelen producirse las tentativas fallidas o los suicidios de los hombres o asesinos¹⁶.

El abordaje de este problema debe ser, como ya hemos adelantado y como volveremos a insistir más adelante, pluridisciplinar. Una realidad tan definida, con unas víctimas y unos autores tan perfilados, debería en principio permitir la planificación de estrategias que condujeran a su total erradicación. En ese sentido podemos identificar varios enfoques o aproximaciones existentes. El que es objeto de nuestro estudio es, evidentemente el legal y, dentro del mismo, el jurídico-penal. Ahora bien, la realidad

¹³ Vid. Memoria del Fiscal General del Estado del año 2014. CAPÍTULO III.-FISCALES COORDINADORES Y DELEGADOS PARA MATERIAS ESPECÍFICAS, pág. 310, la cual refiere que *“En el año 2012 se interpusieron 128.543 denuncias. De ello se puede concluir que, por resolución judicial a fecha de hoy (tercer bloque) que el 0,0047% de las denuncias interpuestas fueron falsas. Como hay 20 causas en tramitación, podría variar el resultado en un futuro, (para el caso de que respecto de ellas se dictara sentencia condenatoria), con un porcentaje de 0.020%”*.

¹⁴ SANTIAGO REDONDO ILLESCAS et AL., Perfil y tratamiento del maltratador familiar, UAB. Dossier. (Citando los trabajos de Aguilar et AL., 1995; Browne, 1989; Echeburúa et AL., 2001; O’Leary, 1988; Matud et AL., 2002)

¹⁵ Vid. Memoria del Fiscal General del Estado del año 2014. CAPÍTULO III.-FISCALES COORDINADORES Y DELEGADOS PARA MATERIAS ESPECÍFICAS, *Cuestiones criminológicas*. pág. 330 y ss.

¹⁶ Anexo (G) de la memoria anual de la Fiscalía General del Estado, año 2009.

estadística demuestra que la intervención del Derecho Penal en este concreto problema, en sus manifestaciones más graves, es tardía¹⁷ y por tanto inútil. Según la experiencia, constatada por la fiscalía, las medidas más eficaces y satisfactorias para la evitación de las muertes por violencia de género son precisamente las medidas cautelares que se solicitan y conceden al inicio de los procedimientos; aquellas que van dirigidas precisamente a anular los factores de riesgo estadístico a los que nos hemos referido arriba. A saber: No es que sea tardía, se produce cuando tiene que producirse, esto es una vez que se ha producido el hecho, esto es, la muerte de la mujer a manos de su pareja, ya que aquí también rige el principio de la responsabilidad por el hecho y el carácter retrospectivo de la intervención penal. Realmente no es esta la cuestión de la utilidad o inutilidad de la pena sino de qué finalidad perseguimos con ella. En este caso el daño al bien jurídico protegido, el homicidio, ya se ha producido y es irreparable. Por otro lado, la evidencia empírica demuestra que el maltratador, antes de llegar a la comisión del homicidio, por sus especiales características psicosociales, tiende a reincidir y reincide, con lo cual las funciones de prevención especial también se ven frustradas y al mismo tiempo parece ser impermeable a la finalidad preventivo-general negativa de la pena. Por el contrario la propia experiencia terapéutica y la práctica policial demuestran que impedir que el agresor se acerque a su víctima y que participe voluntariamente en programas de reeducación disminuye la peligrosidad criminal del mismo. En este sentido cabe destacar positivamente que de los autores controlados por medios telemáticos de localización ninguno protagonizó nuevos episodios de violencia de género contra sus víctimas. Quiero decir con esto que hay que adelantar la respuesta a la violencia de género todo lo posible ya que por su naturaleza de *continuum*, si no se la lamina *ab initio*, tiende a transitar desde las manifestaciones más leves hasta aquellas otras que acaban en muerte. La respuesta obviamente no tiene que ser penal ni individualizada en todos los estadios en los que se manifiesta esta violencia sino que ha de empezar por las medidas educativas y dirigidas a la colectividad, que tiendan a bloquear la transmisión generacional de este problema, medidas tendentes a promover la igualdad económica y social de los individuos y de los grupos en que se integran para evitar la exclusión social que propicia el silenciamiento de estos hechos bajo patrones culturales inaceptables, medidas de detección y control forense de aquellos malos tratos que sin tener entidad penal sí tengan la importancia suficiente como para controlar desde un punto de vista

¹⁷ Vid. Dentro de este mismo trabajo el punto 4.7.-Análisis de las normas estudiadas desde la perspectiva del derecho penal del enemigo: pág. 47 y ss.

psicoterapéutico a los maltratadores. Solamente este tipo de medidas podrán conseguir la finalidad que la Doctrina prescribe para el Derecho Penal, la salvaguarda de los bienes jurídicos por medio de la evitación de lesiones a los mismos, porque en el concreto caso de los homicidios fruto de la violencia de género, la única finalidad que puede tener la norma es precisamente la retribución y la afirmación simbólica de la vigencia de la norma primaria y de los valores de igualdad y de dignidad del ser humano, negados por los autores. Este último enfoque es el denominado de la intervención terapéutico-social.

3.- EL ENFOQUE JURÍDICO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:

La norma que ha marcado el punto de inflexión en nuestro ordenamiento en el tratamiento jurídico-penal del problema de los malos tratos del hombre contra la mujer ha sido, sin lugar a dudas, la LO 1/2004. El legislador, ya en la exposición de motivos de la LO 1/2004, para referirse a las conductas tipificadas en los preceptos objeto de este estudio hace suyo, dándole carta de naturaleza en nuestro derecho, el concepto de violencia de género¹⁸.

El miércoles 29 de diciembre de 2004, se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sancionada el 28 del mismo mes. El planteamiento inicial de este trabajo es, a partir de los dos preceptos que mayor número de cuestiones de inconstitucionalidad han determinado entre los órganos jurisdiccionales penales de toda España, los artículos 153.1 y 171.4 CP, introducidos en el Código penal por los artículos 37 y 38 de la LO 1/2004, ofrecer un análisis de la redacción de dichos preceptos desde la óptica de nuestro derecho vigente y de los distintos paradigmas de las teorías de la pena.

Frente al marco jurídico penal precedente, que lo denominaba como violencia doméstica, entendida como un fenómeno multiforme y que afectaba a diversos sujetos, cuyo estudio había de estar dotado de un alcance "ciertamente pluridisciplinar"¹⁹ el titular del poder legislativo tomó opción, desde la perspectiva de género presente en otras iniciativas legislativas adoptadas y llevadas a término durante la VIII y IX legislatura, por restringir el marco penal agravatorio de la violencia que se manifiesta en las relaciones familiares, exclusivamente al de las relaciones de pareja.

¹⁸ Si bien es cierto, como apunta ACALE SÁNCHEZ, que ya en la exposición de motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, se identificaba su objetivo con la lucha frente a "la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género". ACALE SÁNCHEZ, María: "La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal", pág.14.

¹⁹ Exposición de motivos de la LO 11/2003.

Como ya quedó patente en el epígrafe anterior la realidad de este fenómeno es incontestable. En palabras del propio legislador, *no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia*, continúa la exposición de motivos, *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, respeto y capacidad de decisión*. Es, en definitiva, un ataque intolerable a la Dignidad del ser humano.

Esta violencia ha sido hasta tiempo atrás una lacra silenciosa y silenciada socialmente²⁰, pero de un tiempo a esta parte la labor de diversos colectivos, especialmente de las organizaciones de mujeres, ha hecho que esta realidad aflore, dejando de ser invisible y generando su rechazo colectivo y la consiguiente alarma social.

Esta manifestación violenta, pues, necesita ser combatida con nuevas y mejoradas armas. Por tanto, el problema es afrontado por el legislador surtiendo de un conjunto de medidas de diversa naturaleza, entre las que se encuentra la respuesta punitiva. La finalidad de la LO 1/2004 es hacer efectivo el mandato constitucional a los poderes públicos, contenido en el artículo 9.2 CE, de remover todas las barreras que impidan o dificulten la igualdad y los derechos de los individuos y de los grupos en que estos se integran. Desde esta perspectiva, como más adelante analizaremos, es obvio que el legislador imprime a la LO1/2004 un marcado carácter promocional para la mujer. La pregunta que cabe plantearse, a la vista de los bienes jurídicos en juego, es ¿puede tener cabida la discriminación positiva en un ámbito como el del Derecho penal?²¹

²⁰ En ese sentido vid. ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal”, pág. 34 y ss, al referir el *ius corrigendi* -presente en los artículos 57 y 58 CC hasta 1975- del marido a la mujer o en su caso, la figura del *uxoricidio*, constitutiva «de una auténtica patente de corso para el marido».

²¹ Vid. Dentro de este mismo trabajo el apartado 5.- CONCLUSIONES: página 61 y ss. Sobre este particular y, más concretamente, sobre las exigencias adicionales de fundamentación ver ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal” pág.89 y ss. Esta autora concluye en este punto que «más que de discriminación positiva, la LOPIVG ha incorporado al ordenamiento jurídico acciones positivas para que la mujer víctima de esta clase de violencia pueda superarla colectivamente –y como efecto, individualmente–». Sin embargo autores como DURÁN FERRER consideran no sólo que sí tiene cabida sino que además es una exigencia, ya que «así se le devuelve a la mujer víctima de la violencia de género su estatuto de ciudadanía» cit. en ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal” pág. 110.

3.1.- EVOLUCIÓN DEL MARCO JURÍDICO PENAL APLICABLE A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES:

3.1.1.- La evolución de la norma desde 1989 hasta 2004:

En este punto hemos de diferenciar entre los delitos contra la vida e integridad física, ya penados en los tipos de homicidio y lesiones, y lo que hasta 1989 fue considerado violencia de baja intensidad. Es la que a nosotros nos interesa por constituir la regulación más novedosa y controvertida de la Ley Orgánica 1/2004.

La progresiva agudización del sentimiento de inadecuación social de las distintas manifestaciones de esta conducta, que las hacen migrar del ámbito de los conflictos domésticos, estrictamente privados, hasta el de los conflictos públicos, culmina en el año 1989 con la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio y la introducción en el entonces CP vigente, del artículo 425, relativo a la violencia doméstica física habitual.

Este precepto, sucesivamente reformado, perduró hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el nuevo Código Penal. En lo fundamental, la norma contenida en el artículo 425 pervive, de manera estable, en el artículo 153 del nuevo código, con las ampliaciones de los elementos del tipo operadas por la LO 13/1999 de 9 de junio. La reforma de mayor calado que la norma penal referida había de sufrir hasta la entrada en vigor de la nueva redacción dada por la LO 1/2004, fue la que introdujo la LO 11/2003 de 29 de septiembre. La LO 1/2015 ha venido a reforzar, con las medidas que detallaremos más adelante, la especial protección otorgada hasta entonces por el CP a las víctimas de violencia de género.

Desde una perspectiva de la evolución material de la norma conviene analizar desde su génesis, su fundamento ontológico, su configuración típica, y las sucesivas mutaciones de los elementos del tipo. Así pues, inicialmente, la finalidad de dicha norma, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, fue "responder a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo". En este punto equiparaba el legislador a los sujetos pasivos del tipo, esto es,

menores, incapaces y cónyuge, bajo la categoría de "sujetos físicamente más débiles", que como veremos más adelante, se corresponde con la actual categoría de "especialmente vulnerables" del 153.1 y 171.4 CP vigente.

Para conseguir una eficaz protección se tipificaron como delito los malos tratos ejercidos de modo habitual a pesar de que, individualmente considerados, no integraran más que una sucesión de faltas. La norma contenida en el artículo 425 del CP de 1973, preveía una pena de 1 a 6 meses de arresto mayor para "el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho".

Esta norma evolucionó, con la entrada en vigor del CP del 95, en el sentido de que se amplió el círculo de sujetos pasivos de la conducta típica y se estableció la exigencia de convivencia para algunos de ellos. Se amplió así dicho círculo de protección a los ascendientes, a los descendientes respecto de los cuales se estuviera privado de la patria potestad y a los hijos del cónyuge o conviviente. Posteriormente, con la reforma operada en el año 1999, se amplió aún más el círculo de protección incluyendo así mismo a quienes hubieran sido cónyuges o hubieran estado ligados por análoga relación de afectividad al autor.

La conducta típica, que hasta entonces había permanecido invariada, en esta última reforma se amplió incluyéndose junto a la violencia física, la violencia psicológica y se incluyó, igualmente, como elemento del tipo, una definición de habitualidad. Hasta este momento, el bien jurídico presente en esta norma fue la integridad física.

Con la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, como adelantamos, se operó la metamorfosis más pronunciada hasta el momento de la norma. El precepto que la alojaba, hasta ahora unitario, se escindió desde el artículo 153 en dos conductas típicas distintas en atención a un bien jurídico diferenciado, esto es, la integridad moral cuyos titulares son ahora un círculo de sujetos pasivos aún más amplio relacionados en el artículo 173.2 CP. De esta manera, el injusto será por un lado la

violencia física o psíquica habitual ejercida sobre aquéllos (173.2 CP). Y por otro lado, respecto del mismo círculo de sujetos pasivos, la violencia física o psíquica no habitual no constitutiva de lesiones tipificadas en otros preceptos del código, así como las amenazas leves con armas y otros medios peligrosos, que se sustrajo del extinto ámbito de las faltas, del antiguo artículo 617.2.2º y pasó a considerarse en todo caso como delito (153.1 CP).

Durante toda esta evolución la configuración del sujeto activo del tipo se ha enunciado en términos neutros, por medio de la desinencia "el que"; la acción típica, a su vez, ha evolucionado incluyendo sucesivamente, por un lado, junto con el carácter habitual el carácter ocasional de la conducta típica y, por otro lado, junto con el ejercicio de la pura violencia física, el de la psíquica, hasta llegar posteriormente al de las amenazas leves con armas y medios peligrosos; el bien jurídico protegido también ha evolucionado y, junto con la integridad física – bien jurídico inicialmente protegido-, la integridad moral, íntimamente ligada a la dignidad del individuo, se perfila como el valor más seriamente comprometido²²; por lo que respecta al círculo de los sujetos pasivos, se cierra el cerco en torno a la conducta típica para que no quede ningún resquicio por el que se pueda producir la desprotección, de tal modo que aquél se ve definitivamente ampliado a los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente y finalmente, se establece una cláusula genérica de protección, al incluir el precepto a todas aquellas personas que estén amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del autor. Pero es más, se incluyen a sujetos que están más allá de los contornos difusos del concepto más amplio de familia o núcleo de convivencia, como en el caso de las personas internadas en hospitales, asilos, residencias de ancianos, guarderías, etc. al incluir el artículo 173.2 CP a las "personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

Para finalizar esta primera aproximación a la norma señalar que se amplió igualmente la gama de instrumentos punitivos en manos de los jueces y el marco penal en el que dichas medidas operarán. Con la modificación operada por la LO 10/1995, se previó una pena de seis meses a tres años de prisión. Posteriormente con reforma introducida por la LO 11/2003 quedó castigada esta conducta con prisión de tres meses a

²² Vid. Cit. Pág. 47, nota núm. 66.

un año, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor, por un período de hasta cinco años, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Por su parte la LO 1/2015, como adelantamos anteriormente, ha venido a reforzar y a racionalizar la protección otorgada a las víctimas y los instrumentos punitivos al servicio de este fin, en diversos aspectos. Se ha incorporado el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22 CP. Se ha ampliado el ámbito de la medida de libertad vigilada. Se exime del requisito de la denuncia previa en los delitos leves relacionados con la violencia de género. La pena de multa se obvia en aquellos casos en los que existe una relación de dependencia económica entre el autor y la víctima. Y finalmente se tipifica expresamente, dentro de los delitos de quebrantamiento, la alteración o manipulación de los dispositivos de control telemático que permiten controlar el cumplimiento de las medidas cautelares y de las penas de alejamiento.

Así pues, tras la reforma del 2003 el artículo 153 CP quedó redactado como sigue:

«Artículo 153.

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.»

Por su parte, el artículo 173 CP quedó redactado de la siguiente manera:

«Artículo 173.

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años.

2. el que habitualmente ejerza violencia física p sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos o naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centro público o privado será castigado con la pena de prisión de seis meses o privación del derecho de tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estimen al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de hasta cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

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

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado 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 vio lentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. >>

3.1.2.- La nueva redacción del artículo 153 CP dada por la LO 1/2004:

La reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, como ya hemos dicho, insertó en la redacción de los artículos 153 y 171 CP, un nuevo elemento objetivo del tipo basado en la cualidad relacional de los sujetos activo y pasivo de la conducta típica, y en el sexo del sujeto pasivo, cual es que aquélla se dirija contra quien "sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...". Finalmente, el artículo 83 de la LO 1/2015, que modifica el apartado 1 del artículo 153, ha dado esta redacción definitiva al artículo que estamos estudiando. Concretamente, los citados preceptos penales rezan como sigue:

«153.1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y,

en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán 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.

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

La LO 1/2004 añadió tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, al artículo 171 del Código Penal, mientras que el artículo 88 de la LO 1/2015, le ha añadido un séptimo apartado, quedando este precepto redactado de la siguiente manera:

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

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

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo

173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en 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 uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

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

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

7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a la que se refiere el apartado anterior.

3.1.3.- Principales modificaciones introducidas por la LO 1/2015:

Por último hay que señalar, en la línea de la introducción de los motivos de género de la agravante 4ª del artículo 22, que se han introducido esas mismas razones dentro del Capítulo IV, de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Aquí el género ha sido incluido como concepto diferenciado e independiente del sexo, haciendo suyas el legislador las conclusiones del Convenio 210 del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul, al entender que el género como constructo social puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

Concretamente se incluyen las razones de género, junto con otros muchos factores, como límite al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. El artículo 235 de la LO 1/2015 ha venido a modificar y actualizar, en el sentido que acabamos de expresar, el artículo 510 CP, refundiendo en su texto, al mismo tiempo, el contenido del antiguo artículo 607.7 CP. De tal manera, que las conductas típicas de apología y de incitación al odio y a la violencia quedan reunidas en el nuevo artículo 510 CP. Así pues, las libertades de expresión, de producción literaria, artística o científica, de información, de empresa, así como el ejercicio de la función pública, no podrán ejercerse con el ánimo de fomentar, promover o incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra colectivos o contra personas determinadas por razones de género. Estas conductas podrán verse castigadas con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses o de seis meses a dos años de prisión según la gravedad de los hechos. Igualmente, dentro del ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas, se prevén penas de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para cargo o empleo público, a los particulares encargados de la gestión de un servicio público y a los funcionarios públicos que denieguen prestaciones a las que se tenga derecho los individuos o los grupos en que estos se integran. En el caso de los funcionarios la pena privativa de libertad se impondrá en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público se aumentará en un año en sus límites mínimo y máximo. Se podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los hechos se perpetren utilizando internet o medios análogos que tengan un efecto multiplicador del mensaje. Se podrá imponer la pena superior en grado cuando los hechos resulten idóneos para alterar la paz pública o creen un sentimiento de

inseguridad o temor entre los integrantes del grupo objeto de esta conducta. Estas penas llevan aparejadas otras accesorias de inhabilitación especial de tres a diez años para el ejercicio de profesión u oficios docentes o formativos.

3.2.- EL CONTRASTE CONSTITUCIONAL DE LOS ARTÍCULOS 153.1 Y 171.4 CP: ADECUACIÓN DE LOS MISMOS A LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE CULPABILIDAD PENAL.

3.2.1.- Introducción:

Las reformas legales operadas en este precepto introducen un cambio de rumbo evidente en la orientación político-criminal del legislador español y desde luego su recepción no había de ser pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia²³. Las preguntas que cabe plantearse ante estos preceptos son muy variadas y afectan, en lo esencial, a la misma definición constitucional de España como de estado de Derecho²⁴. De este modo cabe preguntarse si es posible acoger en nuestro ordenamiento jurídico-penal, criterios de discriminación positiva, sin vulnerar el ordenamiento constitucional, y la definición misma de igualdad, consagrada por la jurisprudencia constitucional. Abundando más en esta cuestión también cabe preguntarse si la promoción de la mujer es dable diferenciando a las víctimas de hechos violentos en función de su sexo. Y finalmente responder si acaso se repara en algo la histórica situación de discriminación de la mujer y su posición de subordinación con respecto al hombre por adoptar estas medidas penales.

²³ En ese sentido Vid. las posturas contrarias a la reforma de MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, C., POLAINO NAVARRETE y GIMBERNAT en ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal”. Aquél último afirmaba al tiempo de la tramitación parlamentaria de la reforma que «La creación del nuevo delito de violencia masculina supondría no ya sólo la inclusión de una norma anticonstitucional en nuestro Ordenamiento, sino algo mucho peor todavía, un precepto que constituiría una auténtica aberración jurídica, carente de legitimidad con arreglo a los fines del Derecho penal propio del Estado de Derecho, y que supondría un retroceso de doscientos años en el pensamiento jurídico penal o, en su caso, el regreso a más recientes de la Historia de la legislación penal que los penalistas creíamos superados para siempre». Opuestas a éstas DURAN FERRER, vid. nota núm.21 pág. 13.

²⁴ Vid. Artículo 1.1 CE. En este mismo sentido nota núm.93 de la página 62.

La situación de perplejidad de cualquier profano, que la redacción de estas normas plantea, no ha de ser menor que la de cualquier operador jurídico al enfrentarse a un caso concreto, pues exige una redefinición de los conceptos y categorías jurídicas acuñadas a lo largo de nuestra Historia por la doctrina penal y decantadas por la práctica jurisprudencial, como acervo intelectual común, para adaptarlas a una nueva formulación jurídica de la realidad, que pretende dar así una respuesta políticamente eficaz a las consecuencias indeseables de las relaciones más disfuncionales y conflictivas entre géneros.

Este cambio en el medio jurídico penal sitúa al jurista ante la disyuntiva de o bien adaptar los conceptos de igualdad, legalidad penal, presunción de inocencia y culpabilidad, a la nueva concepción impuesta por la LO 1/2004 o bien reaccionar contra ella. Y así, por la jurisdicción penal, desde la entrada en vigor de la ley hasta la fecha, 170 cuestiones de inconstitucionalidad²⁵, se han planteado contra la referida reforma. Sin ánimo de ser exhaustivo, baste señalar que, de todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, tan sólo dos han llegado a ser examinadas en cuanto al fondo del asunto, siendo el resto inadmitidas por distintos defectos procesales en cuanto a su tramitación y a la concesión de la audiencia a las partes.

Así pues, la doctrina que el Tribunal Constitucional fijó al respecto se expresa en las Sentencias 59/2008 de 29 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero, en relación con la redacción dada a los artículos 153.1 y 171.4 CP respectivamente. Ambas sentencias se configuran sinópticamente en sus argumentos, pues vienen a abordar las posibles causas de inconstitucionalidad expresadas por los cuestionantes, desde la perspectiva de los principios de igualdad y de legalidad y culpabilidad penal. Pasemos pues a analizar cada uno de estos aspectos.

3.2.2.- Adecuación de los artículos 153.1 y 171.4 CP al principio de igualdad:

Así, a la hora de aplicar los preceptos objeto de nuestro estudio, la primera duda

²⁵ En este sentido es de sumo interés la obra de BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles (coords.): "La reforma penal en tomo a la violencia doméstica y de género" [Consideraciones político-criminales Barcelona 2006, en tanto que fijó doctrinalmente la discusión sobre la reforma introducida por la LO 1/2004 y anticipó el argumentario que habría de nutrir las cuestiones de inconstitucionalidad referidas *supra*.

que se puede plantear es la adecuación de los mismos a la luz de los principios constitucionales contenidos en los artículos 10, 14 y 25.1 CE. Surge pues la duda razonable de si se está consagrando por medio de esta ley una discriminación por razón de sexo dimanante por un lado de la definición de los sujetos activo y pasivo de la conducta típica y, por otro lado, de la diferencia de trato punitivo que restringe el marco penal en sentido agravatorio. Para llevar a cabo el análisis de los preceptos cuestionados el TC partirá de los planteamientos de la Titular del Juzgado de lo Penal número 4 de Murcia, respecto de la autoría necesariamente masculina que exige el Art.153.1 CP, puesto que considera que es la que más incidencia tendría respecto del principio de igualdad.

Para la Magistrada cuestionante, el tipo del 153.1 CP tan sólo puede aplicarse respecto de varones que agredan a mujeres que sean o hayan sido bien cónyuges bien personas unidas a ellos por análoga relación de afectividad. Descarta la magistrada cuestionante otras posibles autorías, por medio de una interpretación auténtica basada en criterios literales y sistemáticos de los artículos 1.1 LO 1/2004 y 153.1 CP. Así pues, si bien el artículo 153.1 configura inicialmente el círculo de sujetos activos en términos neutros al utilizar la desinencia "el que", y definir a la víctima como "esposa, o mujer... que haya estado unida a él (al autor)...", éste ha de ser, a juicio de la magistrada, necesariamente una persona de sexo masculino. Sobre todo si tenemos en cuenta que la finalidad de la ley que genera la norma es *“combatir 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” (Art. 1.1 Ley Orgánica 1/2004)* STC 59/2008 FJ 5. Para la magistrada es preocupante que dicho propósito de discriminar -que como tal debería aparecer en la nueva redacción del artículo 153.1 CP, como un elemento del tipo, del mismo modo que se acogió una tipificación de la habitualidad en la reforma de 2003— deba ser apreciado por los jueces al aplicar el precepto. Ello debería partir de una interpretación no literal y arriesgada y para su justificación exigiría que o bien en el ámbito de la culpabilidad, esto es, exigiendo la prueba del móvil discriminatorio, o bien en el de la antijuridicidad, por entender que la conducta entraña un desvalor adicional del resultado del maltrato por pertenecer la víctima a un colectivo oprimido, estuviera

presente en dicha conducta y así fuera apreciado por los jueces. Sólo de esta manera se podría evitar que la existencia de dicho móvil discriminatorio se convirtiera en un automatismo que en el peor de los casos establecería una presunción *iuris et de iure*, en el sentido de que siempre que una persona de sexo masculino realice cualquiera de las conductas típicas de los artículos 153.1 o 171.4, respecto de su pareja de sexo femenino actual o pretérita, estará actuando con un ánimo discriminatorio. Pero esta interpretación nos acerca peligrosamente a la creación judicial de la norma que quiebra el principio de taxatividad penal consagrado en el artículo 25.1 CE. Y en este punto es donde se realiza la segunda crítica a la ley, pero esto lo veremos *infra* ²⁶.

Por motivos de claridad expositiva y para mejor ilustrar la doctrina que el tribunal constitucional ha fijado en este respecto, resumiremos el contenido de las dos principales sentencias que han resuelto las cuestiones de inconstitucionalidad que fueron admitidas a trámite. Como quiera que los juicios de constitucionalidad han girado en torno a los principios de igualdad y al de legalidad y culpabilidad penal, trataremos cada uno de ellos en sendos subepígrafes y a continuación, una vez expuestos, nos postularemos sobre la cuestión, haciéndonos eco de la doctrina expresada en los votos particulares al fallo de las sentencias.

Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto de estos preceptos han hecho recaer el peso del juicio de constitucionalidad de la norma, fundamentalmente sobre el principio de igualdad. El principio de igualdad se configura en la actualidad, frente a su original formalización liberal, como igualdad en la ley y no solamente ante la ley, esto es, como un derecho subjetivo de los ciudadanos y como un límite a la actuación de los poderes públicos. De este modo, los poderes públicos en su actuación normativa podrán establecer las diferenciaciones que estimen convenientes para la consecución de sus objetivos políticos, pero tendrán que razonar dicha diferenciación pues de no hacerlo estarían incurriendo en arbitrariedad constitucionalmente prohibida, y correlativamente, los ciudadanos podrían reaccionar frente a dicha discriminación. Pero al estar dicho derecho dotado de una sustancia material corresponderá a los poderes públicos articular las políticas legislativas y las medidas necesarias para que dicha igualdad en la ley, de los individuos y de los

²⁶ Vid. Pág. 41 y ss. de este mismo trabajo: sobre “4.5.-La quiebra del principio de taxatividad penal:”.

colectivos en que se integren, sea real y efectiva²⁷.

Antes de llevar a cabo su juicio, el Tribunal Constitucional fija los límites del problema por medio de dos precisiones conceptuales y reconociendo que la duda planteada por el juzgado de lo penal número 4 de Murcia "conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho Juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los jueces y los tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal"²⁸. La primera de las precisiones consiste en que la autoría necesariamente masculina del tipo cuestionado es sólo una de las múltiples posibles y que sí cabe entender la autoría femenina. La segunda de ellas es que el propio artículo 153.1 CP, en su segundo inciso, incluye un sujeto pasivo alternativo, descrito como "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

El Tribunal constitucional parte de un somero análisis de su doctrina acerca de este principio para, posteriormente, formular el juicio de adecuación al texto constitucional de la norma cuestionada, desde la perspectiva del principio de igualdad. De acuerdo con la propia doctrina del TC sobre el artículo 14 CE, éste contiene dos cláusulas o contenidos diferenciados: el principio de igualdad y la prohibición de la discriminación. El principio de igualdad se articula como una dualidad de identidades: identidad de supuestos de hecho e identidad de consecuencias jurídicas. Como es bien sabido, dicho principio no impone la igualdad absoluta. Así pues, a idénticas circunstancias o supuestos de hecho han de corresponderles idénticas consecuencias jurídicas. Como hemos adelantado *supra*, cualquier diferencia de trato habrá de ser motivada para no incurrir en un trato discriminatorio y arbitrario. La diferenciación exige

²⁷ GARCÍA MORILLO, Joaquín: "Derecho constitucional Volumen I. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos", Págs.159 y ss. «Esta situación es la que justifica las diferentes acepciones que de la expresión «igualdad» realiza el texto constitucional, y la que obliga a interrelacionar todas ellas. La igualdad como valor (artículo 1.1.CE.) implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; la igualdad promocional (artículo 9.2 CE) señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos; la igualdad en la ley y ante la ley (artículo 14 CE) –complementada con la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) – fija un límite para la actuación promocional de los poderes públicos. De esta forma, la expresión «igualdad» pierde el sentido unívoco, exclusivamente formal, que tenía en los ordenamientos liberales, y se complementa con un contenido material. » Sobre la argumentación conjunta de los artículos 14CE y 9.2 CE vid. ACALE SÁNCHEZ, María: "La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal" pág.90 y ss.

²⁸ Vid. Cit. Ops. Pág. 43 nota núm.56.

una justificación suficiente, fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas²⁹. O lo que es lo mismo, que se encuentre ante distintas situaciones de hecho y que la finalidad, la razonabilidad, la congruencia y la proporcionalidad queden acreditadas. Y así, siempre que se verifiquen estas condiciones de coherencia constitucional, interna y externa, podrá subsistir en el ordenamiento jurídico cualquier medida normativa diferenciadora respecto de aquellos grupos adscritos a las categorías susceptibles de discriminación³⁰. Pero para ello, tal como establece la STC 200/2001, en estos casos "el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación" (FJ 4).

Así pues, en primer lugar, atendiendo a los parámetros expresados en el párrafo anterior, la razonabilidad objetiva de la norma es amparada por el Tribunal Constitucional, señalando que, por la legitimidad para la configuración de los tipos penales, corresponde al legislador y sólo a él la determinación de las conductas

²⁹ GARCÍA MORILLO, Joaquín: "Derecho constitucional Volumen I. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos", Págs.159 y ss. «La cláusula de la igualdad ante la ley no impide, pues, otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos siempre que se den las siguientes condiciones: en primer lugar, que esos ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho — esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y trato desigual que se otorga— sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una adecuación interna; en quinto lugar, en fin, que esa relación sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en otro caso, el otorgar un trato desigual resultará una discriminación vetada por la Constitución». Ver también FJ 5, par.2º STC 5912008 de 14 de mayo.

³⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín: "Derecho constitucional Volumen I. El Ordenamiento Constitucional. Derechos y Deberes de los Ciudadanos", Págs.159 y ss. «Parece claro que la intención del constituyente es evitar cualquier tipo de discriminación por cualquier circunstancia personal o social: dicho de otra forma, ha pretendido excluir cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. Pero aun siendo su voluntad proscribir cualquier clase de trato desigual no justificado objetiva y razonablemente, ha mencionado expresamente algunos supuestos que se distinguen o bien por su carácter particularmente odioso y atentatorio contra la dignidad humana, o bien porque, históricamente, han sido con frecuencia causa de discriminación, o bien porque su arraigo social les hace particularmente susceptibles de constituir, aún hoy en día, un motivo de discriminación o bien, en fin, porque los sectores en él mencionados se encuentren en una situación fáctica de inferioridad en la vida social. La específica mención de estas causas no implica, sin embargo una lista cerrada de supuestos de discriminación» (STC 75/83, caso Interventores del Ayto. de Barcelona).»

punibles. Los bienes jurídicos —sólo ellos son susceptibles de protección penal³¹— son seleccionados "dentro de los límites establecidos por la constitución" con "un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional [la del legislador] y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática" (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Y añade la STC 59/2008, que "Es al legislador al que compete "la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo" (STC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

En segundo lugar, desde un punto de vista de la objetividad material de la norma, el TC refiere que "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, más reprochables socialmente, a partir del contexto relacional en el que se producen y también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonara, 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".

Completado el examen sobre la objetividad de la justificación, pasa a continuación el Tribunal Constitucional a analizar la razonabilidad de la diferenciación en aras de su finalidad. Así declara la sentencia que la LO1/2004 "tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo

31 En este sentido: MIR PUIG. «Derecho penal». Cit., pág. 100. La doctrina admite de forma unánime que el «principio del bien jurídico» es rector y limitador del poder punitivo del Estado. Por todos: BUSTOS Ramírez. «Manual de Derecho Penal español». Cit., págs. 50 y ss.

con distintas clases de medidas, entre ellas las penales.”(STC 59/2008, de 19 de mayo, FJ 8).

Completado el examen sobre la finalidad de la ley, pasa a continuación el TC a analizarla desde el punto de vista de la coherencia, de su adecuación a la misma. En este punto plantea una necesidad el TC, como es “que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora”. Esto es, que la diferenciación entre sujetos activos y pasivos sea adecuada a la finalidad que persigue la norma. En este sentido estos son los argumentos que ofrece el TC a favor de la coherencia de la norma. Respecto de la diferenciación de sujetos pasivos, esto es, de la mayor protección penal de las mujeres frente a los hombres, afirma el TC que “la selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en tono a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es, o fue, su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de tal estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena”.

Con respecto a la diferenciación de sujetos activos el TC la considera legítima por cuanto “sí cabe apreciar que estas agresiones tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena. Esto último, como se ha mencionado ya, es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que no podemos calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Y añade que “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así, consciente y objetivamente, a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto”.

En resumen, respecto de la razonabilidad de la norma cuestionada, “la sanción no

se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

En cuanto al análisis de la proporcionalidad de la medida éste arroja para el TC un resultado afirmativo y en ese sentido expresa que “tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada. Es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Tal protección es protección de la libertad y de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las que sus parejas o exparejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación.” Reforzando esta idea de proporcionalidad están los argumentos en parte ya esbozados respecto del segundo inciso del artículo 153.1 CP que incluye una tipología adicional de sujeto pasivo “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, y el hecho de que la pena diferenciada en su límite mínimo tenga como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad con el mismo marco penal que la prevista para las conductas del 153.2 CP.

3.2.3.- Adecuación de los artículos 153.1 y 171.4 CP al principio de culpabilidad penal:

Por tanto, para el Tribunal Constitucional según vemos el balance final del análisis de los incisos cuestionados de los artículos 153.1 y 171.4 CP, desde la óptica de la adecuación constitucional al principio de igualdad, es positivo. Con respecto a la duda planteada sobre la adecuación de dichos preceptos al principio de culpabilidad penal, y en definitiva, al de taxatividad penal consagrado por el artículo 25.1 CE, también resolverá el TC declarando su plena constitucionalidad. Recordemos antes de referir los argumentos a favor de esta constitucionalidad que las principales dudas planteadas por los autos de cuestionamiento giraron en torno al establecimiento, por mor de esta ley,

de una presunción de voluntad discriminatoria presente en las conductas típicas y por otro lado, de un concepto colectivo de la culpabilidad, en tanto que el autor responde por su concreta agresión pero también por la situación de subordinación de la mujer respecto del varón en nuestra sociedad.

Respecto de la primera objeción no la considera el TC acertada. Y ello porque la configuración de los preceptos en los términos expresados no implica que el legislador establezca presunción legal alguna de mayor antijuridicidad o culpabilidad del autor, ya que "Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y (la) mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja." (STC 59/2008, de 19 de mayo, FJ 11).

Respecto de la segunda objeción, esto es, la posibilidad de introducción en nuestro derecho penal de un modelo responsabilidad penal colectiva, tampoco la considera el TC correcta. Puesto que tal como afirma en la sentencia, "Que en los casos cuestionados que tipifica el Art.153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente en desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones³², sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción." (STC 59/2008, de 19 de mayo, FJ 11).

³² En este sentido Vid. Martín de Hijas, Voto particular a la STC 59/2004, afirme que la "Pauta cultural de desigualdad en el ámbito de la pareja, es expresión que se usa en la misma línea discursiva (FJ 9, apartado a, párrafo 4), y que, de poder ser atendible, supone el riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima".

4.- TOMA DE POSICIÓN:

4.1.- Introducción:

Antes de nada me gustaría retomar una idea que apunté al inicio de esta exposición cual es la de la formulación de esta reforma legal desde la perspectiva de género. Pero ¿qué es la perspectiva de género? En una primera aproximación esta expresión se referiría a la necesidad de abordar los distintos conflictos sociales con una herramienta de análisis que incluyera y promoviera la igualdad de las mujeres, por situar el punto de análisis en el hemisferio femenino. Sin embargo, la perspectiva de género va mucho más allá. Hemos visto esta perspectiva inspiradora en otras iniciativas legislativas como por citar tan sólo un ejemplo coetáneo de la LO 1/2004, la ley orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo. Ciertamente este enfoque ha sido revolucionario.

Cierto es que el legislador goza de un amplio margen de maniobra para determinar los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas punibles y el catálogo de respuestas punitivas que les aparece³³. La titularidad de la determinación de los objetivos de la política criminal es por tanto indiscutida, pero a mi juicio donde sí cabe margen para la confrontación intelectual, abierta y plural, es sin duda en la identificación y determinación de los factores criminógenos. Por muy dignos de protección que sean los bienes jurídicos amenazados, por muy seria que sea la entidad de la amenaza o por muy reprochable que sea el desvalor de la acción, siempre tendrá el científico —jurista, sociólogo, criminólogo, etc. — que conservar su capacidad de juicio crítico para identificar las fuentes del conflicto social y elaborar de este modo una respuesta que sea, al mismo tiempo, funcional respecto del problema y coherente con el ordenamiento jurídico en que ha de insertarse. Y sin embargo, en la reforma objeto de nuestro análisis se cayó en una grosera generalización y se aceptaron desde distintas instancias —en las que no incluimos ni a la doctrina ni a la jurisprudencia- de forma acrítica las premisas de una construcción doctrinal discutible, por dogmática.

³³ En este sentido: ZUGALDÍA: Fundamentos de Derecho Penal, sobre la protección exclusiva de los bienes jurídicos ver nota núm. 49, pág. 40. Sobre el margen de apreciación del legislador ver también las STC 59/2008 FJ 11 y 45/2009 FJ 8.

Esta asunción plantea cuatro problemas a mi juicio. El primero de ellos está vinculado al principio de culpabilidad penal. El segundo está relacionado con el paradigma penal inspirador de la reforma y afecta a la dignidad individual de los sujetos activo y pasivo del tipo penal. El tercer problema viene dado por la falta de identidad entre la finalidad de la norma y la redacción del tipo penal. El cuarto y último problema es consecuencia del segundo y fuerza la introducción en nuestro derecho, tal como apuntamos más arriba, al estudiar la doctrina constitucional al respecto, de un nuevo derecho penal de autor, legitimador de la construcción de categorías de enemigos³⁴.

4.2.- La perspectiva de género en la LO 1/2004:

Hemos adelantado que el enfoque de la perspectiva de género es revolucionario. Esta afirmación no es gratuita. La perspectiva de género es, al mismo tiempo, una herramienta de análisis y de transformación de la realidad social. Esta herramienta parte de la premisa de que la estructura de la sociedad actual se sostiene sobre una serie de fuerzas violentas contra las mujeres. A partir de esta premisa la perspectiva de género denuncia que la sociedad patriarcal actual se basa "en la transmisión intergeneracional de los valores de dominación masculina sobre la mujer." Y que, es precisamente ahí, en el entramado de valores, ideas y prejuicios que amparan la desigualdad, la subordinación o la minusvaloración de la mujer, donde hunde sus raíces y extrae su legitimación la violencia de género. En opinión de Luis Bonino la LO 1/2004 es una ley valiente puesto que asume esta premisa como el factor criminógeno único de la violencia de género³⁵. Así pues, esta construcción dogmática asume que en la sociedad patriarcal existe una dicotomía entre el grupo sexual dominante, los hombres, y el grupo sexual dominado, las mujeres. La relación entre ambos grupos se articula por medio de la lucha por mantener y subvertir el orden sexual establecido³⁶. Pero para

³⁴En ese sentido Vid. GOMEZ MARTÍN, Víctor: El Derecho Penal de Autor, pág. 157, "Derecho penal despectivo con toda consideración del delito como hecho empírico- criminológico y del autor como unidad psico-física, cuyo principal objetivo consiste en legitimar la construcción de prototipos de enemigos (Feindbilder) del pueblo a partir de una valoración ética del sujeto, así como transportar al Derecho penal los prejuicios del pueblo"

³⁵ BONINO, Luis: Hombres y Violencia de Género: Más allá de los maltratadores y de los factores de riesgo, págs. 13 y ss.

³⁶ BONINO, Luis: Hombres y Violencia de Género: Más allá de los maltratadores y de los factores de riesgo, págs. 17 y ss. "La perspectiva de género nos ha mostrado sin duda que la violencia de género no es un problema «de» las mujeres sino un problema «para» ellas, un problema del que sufren sus efectos, un problema de una sociedad aun androcéntrica

la perspectiva de género el sexo biológico es un constructo social totalmente distinto del género. En este sentido, afirma el autor que no se pueden establecer conjuntos aislados de hombres que marquen una separación entre los comportamientos no violentos y aquellos que sí lo son. Por el contrario la violencia es un "continuum" y en esa continuidad los hombres se sitúan en distintos puntos que van, desde las actitudes escasamente violentas, hasta las que lo son en grado sumo y que ocupan la cúspide de la pirámide y se manifiestan con las agresiones más graves a los derechos de las mujeres. Esto es, homicidios y asesinatos³⁷.

El equilibrio a esta situación de enfrentamiento llegará por medio de la imposición de "una nueva lógica no androcéntrica que presida los modelos de relación y valoración de identidades que venga a terminar con los estereotipos sobre qué es ser hombre y lo que significa ser mujer." Para alcanzar este estado, que se identifica con el de plena ciudadanía de las mujeres, es necesario alcanzar previamente dos objetivos estratégicos: mejorar la reacción social frente a la violencia de género –bajo cuyo objetivo se incluye la reacción penal– y conseguir un cambio en el modelo de relación social, fundamentalmente a nivel afectivo.

4.3.- La quiebra del principio de culpabilidad penal desde la perspectiva de género:

Como apuntábamos al inicio de esta toma de posición, el primer problema que se planteaba por la asunción de las premisas de la perspectiva de género como principal, sino único, factor criminógeno de la violencia de género, era el compromiso en que se pone al principio de culpabilidad penal. Y es que, en este sentido, respecto del agente de la violencia de género este dogma considera que todos los hombres forman parte del

y patriarcal que las inferioriza y se resiste al cambio, y finalmente un problema de los hombres, que son quienes la ejercen para mantener el «orden de género», la toleran y la legitiman con mayor frecuencia. Son las normas de este tipo de sociedad las que la propician y toleran la violencia, y son generalmente ellos quienes la ejercen de diversos modos y en diferentes ámbitos. Sobre la justificación legal histórica de las agresiones a las mujeres por las transgresiones de los roles socialmente asignados vid. nota núm.25 de ACALE SÁNCHEZ, María: "La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal" pág. 25.

³⁷ Ver comentarios sobre JAKOBS y el Derecho Penal del enemigo nota 70 en páginas 50 y ss.

problema y son en distinto grado responsables del mismo³⁸. Como indicamos *supra*³⁹, estos postulados han sido defendidos en la propia exposición de motivos de la LO 1/2004, en su artículo 1.1, e increíblemente, con posterioridad, por el propio Tribunal Constitucional al enjuiciar las normas cuestionadas. El asumir que cuando una persona, si es de sexo masculino y realiza una de las conductas típicas del artículo 153.1 o del 171.4 CP, inserta su conducta en un patrón cultural semejante, y que objetivamente es responsable consciente, de un ánimo discriminatorio, constituye una generalización categórica y discriminatoria próxima a la configuración de una presunción iuris et de iure⁴⁰.

Como ya quedó expuesto en el epígrafe III, y como apunta el magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas en el punto 4 de su voto particular a la STC 59/2008,⁴¹ reiterado en el mismo sentido en la STC 45/2009, los argumentos del Constitucional en favor de la constitucionalidad de los preceptos cuestionados son altamente insatisfactorios por apodícticos. Y es que, la impresión que produce su estudio, es que el TC se subroga plenamente en los argumentos del legislador sin mayores matizaciones y que, dándolos por buenos, toma un atajo para lograr la justicia material. Ni el juicio de igualdad que se efectúa es satisfactorio, al menos en lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, como tampoco lo es la defensa de la adecuación constitucional de los preceptos al principio de culpabilidad penal.

Así, por lo que se refiere a la proporcionalidad de la medida, considero que es un sacrificio inaceptable, y en ello coincido plenamente con la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal Nº 4 de Murcia y con el Magistrado del TC Don Vicente Conde

³⁸ BONINO, Luis: Hombres y Violencia de Género: Más allá de los maltratadores y de los factores de riesgo, págs. 17 y ss. "En ese sentido, el campo de acción específico con los hombres debe ser mucho más amplio. No sólo tener en cuenta a los agresores delincuentes, sino especialmente a aquellos que no lo son. Es necesario dirigirse a todo el colectivo masculino, en tanto todos los hombres, de una u otra manera, por acción, omisión, complicidad, o indiferencia, son parte del problema de la existencia de la violencia de género, y por tanto, tienen que ser parte de la solución."

³⁹ Vid. • pág. 34 nota 35.

⁴⁰ Vid. Auto de 29 de julio de 2005, P. Abreviado Rápido número 305/05 del Juzgado de lo penal número 4 de Murcia.

⁴¹ STC 59/2008, de 19 de mayo, Voto Particular "4. Toda la Sentencia se apoya en una base conceptual que, a mi juicio, resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el apartado 1 del Art 153 CP tienen mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena. En otros términos: que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tienen mayor desvalor que las producidas en esa misma relación por la mujer al varón. Y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad."

Martín de Hijas, en aras de conseguir la finalidad de la ley, —prevención general positiva, para calmar la alarma social— sacrificar la coherencia interna del ordenamiento introduciendo un sistema de responsabilidad penal objetiva y un derecho penal de autor desconocido en nuestro ordenamiento jurídico desde los años 30 del pasado siglo⁴².

Y es que en mi opinión, en lo que se refiere al principio de culpabilidad penal, si damos por buena la premisa de la ley, tomada de la teoría de la perspectiva de género, esto es, el especial desvalor de la acción por la inserción de la conducta típica en un patrón cultural discriminatorio, dicho principio quiebra. Ello porque, tal como apunta BONINO, el hombre es parte del problema. Desde esta perspectiva el varón es verdugo, pero también es víctima. Nace y crece en una sociedad que es estructuralmente violenta contra las mujeres. Esto es, se inserta en una cultura patriarcal y de ella toma sus valores. Esos valores, esas creencias, esos mitos conforman su estructura moral de tal manera que aquél es acuñado con arreglo al patrón social imperante⁴³ y con arreglo al mismo interpreta la realidad que percibe. Su accesibilidad a la motivación racional por las normas viene determinada por esta circunstancia⁴⁴. En este sentido, tal como afirma BOLDOVA, «se estaría castigando no ya sólo por el hábito o inclinación del autor a lo injusto típico, sino por el hábito o inclinación del autor a una disposición de ánimo consustancial a sí mismo que afecta únicamente a la reprochabilidad de su conducta.»⁴⁵.

⁴² AMBOS al referirse a este tipo de medidas afirman que constituyen: Cit. STC 55/1996, de 28 de marzo.: "...un patente derroche inútil de coacción (que) convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho".

⁴³ SOUTO PAZ: "Comunidad política y libertad de creencias" págs. 19 y ss.

⁴⁴ MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal, Parte General" Págs. 61 y ss. "Según FREUD, en alguna parte de la psique humana se forma desde la niñez un órgano de control que vigila las propias emociones y rige la conducta del hombre conforme a las exigencias del mundo circundante. A este órgano de control lo llamó después superyó. El proceso de formación del superyó es bastante complicado. Empieza con la introyección del poder paterno en la niñez y continúa con la introyección de la autoridad social durante toda la vida. La autoridad en general y la autoridad estatal, que precisamente muestra en el Derecho penal su aspecto más dramático, se internalizan a través del superyó. De este modo se forma una instancia valorativa en el adulto que le impulsa a dirigir sus acciones conforme a las exigencias que de ella emanan. Esta instancia valorativa, conciencia ético-social o superyó, tiene su origen en factores determinantes de tipo religioso, económico, etc. — los llamados estereotipos—. Uno de estos factores determinantes es sin lugar a dudas el Derecho, la norma jurídica, cuya diferencia con los demás factores radica precisamente en la posibilidad de su imposición coactiva. Esta posibilidad existe también en los otros factores, pero en ninguno de ellos se presenta organizada e institucionalizada: la institucionalización de la coacción, la coacción organizada es el rasgo típico del Derecho."

⁴⁵ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles (coords.): "La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género" [Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género], Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2006.

Por tanto, cuando agrede a quien es o ha sido su compañera sentimental, el límite de su culpabilidad habrá que establecerlo, a nivel de presupuestos de la pena, en la concreta responsabilidad que respecto del resultado producido tenga. Esto es, el autor podrá conocer o no que con su conducta perpetra un acto discriminatorio contra la mujer. Y, respecto de ese plus de penalidad que los preceptos cuestionados establecen para el autor varón, responderá en mayor o menor medida según el grado de conocimiento y voluntad que respecto de ese resultado discriminatorio posea. Nadie es autor de un delito sin dolo o imprudencia⁴⁶. Afirmar lo contrario supone establecer una presunción de culpabilidad penal, atentatoria contra el principio constitucionalmente consagrado de la presunción de inocencia, en tanto que, según se desprende de la interpretación dada por el TC a las normas cuestionadas, frente a aquella no cabe prueba en contrario. El proceso penal, respecto de este particular extremo, no estará orientado a desvirtuar la presunción de inocencia sino a formalizar, por medio de la citada presunción penal, la imposición de un plus de pena inadecuado a su responsabilidad. Podremos afirmar entonces que, más allá del límite de su responsabilidad, la pena excedente, se estará imponiendo por todo el daño ocasionado a la causa de la igualdad de las mujeres por todos los varones que históricamente le han precedido⁴⁷.

4.4.- El paradigma penal inspirador de la reforma y la afección de la dignidad individual:

Pero es más, la principal razón de esta reforma obedece a una finalidad de **prevención general positiva**, esto es, "recordar y hacer presente constantemente la vigencia efectiva de las normas penales, en tanto que se contrapone al delito (expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho), la contrapartida "simbólica" de la pena. Este mecanismo, se afirma, refuerza la convicción colectiva en tomo a la vigencia de aquellas normas, fomenta y encauza los lazos de integración y de solidaridad social

⁴⁶ En este sentido, ZUGALDÍA: Fundamentos de derecho penal, págs. 244 y siguientes respecto de la responsabilidad como límite al ius puniendi.

⁴⁷ En este sentido, ver lo expuesto en este mismo trabajo en la nota a pie de página número 81, en el punto 4.7.- *Análisis de las normas estudiadas desde la perspectiva del derecho penal del enemigo*: pág.48 y ss, al establecer el plus de pena como un adelantamiento de la punición por el carácter prospectivo del derecho penal del enemigo, citando a JAKOBS

frente a los posibles infractores y afianza la confianza institucional en el sistema."⁴⁸ Una reacción contundente, en sintonía con la alarma social generada, contra el fenómeno del maltrato femenino que, desde mi punto de vista, adolece de dos importantes vicios. La instrumentalización del autor, que adquiere una entidad simbólica sobre la que volveremos más adelante, y dejar al arbitrio de los jueces la introducción de un elemento en el tipo penal del 153.1, con la consiguiente quiebra del principio de taxatividad legal.

Sin embargo, sí coincido con el legislador y con el TC, en que a nivel de criterios para la individualización judicial de la pena, la responsabilidad sí podrá operar como límite al *ius puniendi* habida cuenta, por un lado, de los tipos privilegiados de los artículos 153.4 y 171.6 CP y, por otro lado, de las penas alternativas previstas en ambos preceptos cuestionados, que coinciden con las prescritas respecto de las conductas no agravadas.

Respecto de la instrumentalización del autor me gustaría realizar algunas puntualizaciones que creo que son interesantes, antes de pasar a tratar en mayor profundidad los puntos de fricción que la norma presenta respecto del principio de taxatividad legal. No pretendo negar que, cuando en un caso concreto, las consecuencias jurídicas del delito se manifiestan implícitamente cualquier ciudadano medio puede identificar distintos elementos o distintas finalidades. No es tema de discusión y, con esto quiero decir que no descubro nada nuevo, el que en cada particular manifestación del Derecho penal, de nuestro concreto Derecho penal, se manifiesta una tensión entre las funciones instrumental y simbólica de la pena. Su instrumentalidad viene dada por la protección de bienes jurídicos y la evitación de nuevos delitos, mediante la prevención general negativa y la prevención especial (positiva y negativa). En este paradigma el autor es el sujeto pasivo de la pena a quien se le aplica ésta para conseguir los fines de resocialización previstos, siendo aquél por tanto, un fin en sí mismo, un individuo recuperable para la sociedad. Pero la sanción, la imposición de la pena, también tiene una función simbólica, ya lo apuntamos arriba. Ambos aspectos presentes en cualquier pena marcan los ejes de coordenadas que nos

⁴⁸ En este sentido: ZUGALDÍA: Fundamentos de derecho penal, págs. 72 y siguientes respecto de las teorías de la pena.

permiten calibrar indiciariamente el respeto de la norma al principio de dignidad del individuo. En las normas cuyo estudio nos ocupa el papel que juega el autor es distinto. Cuando el legislador opta por una redacción tan arriesgada y eleva el límite inferior del marco penal de tres a seis meses —,teniendo en cuenta que con una configuración neutra de los sujetos activo y pasivo de la norma, por pura estadística, hubieran sido penados con mayor frecuencia los maltratadores masculinos—, persigue una finalidad comunicativa. Esto es, trasladar a la opinión pública un mensaje que calme la alarma social y confirme la validez de las normas e integre a los ciudadanos conformes con la ley y sus principios inspiradores⁴⁹.

Posteriormente a nivel jurisdiccional, cuando las penas son efectivamente impuestas se reafirma la vigencia del ordenamiento y, en las memorias de la fiscalía o en las del observatorio de violencia de género, se presenta a la ciudadanía, junto con las víctimas de la violencia más grave, las estadísticas del número de condenas impuestas por los delitos leves. El autor se ve de este modo convertido en un medio, en un instrumento, la función instrumental no la cumple ya la norma, sino el individuo. Y esto atenta contra la dignidad del ser humano⁵⁰.

Pero es más, incluso respecto de las víctimas de la violencia de género, de las mujeres, ciertos sectores de la doctrina próximos al feminismo crítico han planteado que esta concepción normativa de la protección de las mismas, atenta contra su dignidad. En este sentido estos autores consideran que la ley no respeta a la mujer como una "persona libre para decidir sus actos y reivindicar sus propios intereses, capaz de formular y hacer prevalecer éstos en una confrontación con el agresor"⁵¹. Por un lado, inevitablemente, a pesar de los argumentos ofrecidos por el Tribunal Constitucional al respecto, la ley ofrece una concepción atentatoria contra la igual dignidad de la mujer, puesto que la equipara con un sujeto especialmente vulnerable y necesitado de protección respecto de sus bienes jurídicos. Por otro lado la minusvalora y, intentado combatir un modelo de

⁴⁹ ZUGALDÍA: Fundamentos de Derecho Penal, págs. 90 y ss. Cfr. Con amplitud a BARAITA, A. "Función instrumental versus función simbólica de la pena". Conferencia pronunciada en la Universidad de Granada el día 5 de mayo de 1992. Texto mecanografiado e inédito consultado por el profesor ZUGALDÍA por gentileza del autor. Págs. 2 y ss.

⁵⁰ Ver comentarios sobre 3.- La quiebra del principio de culpabilidad penal desde la perspectiva de género: nota 36 en páginas 35 y ss.

⁵¹ ESQUINAS VALVERDE, Patricia: Mediación entre víctima y agresor en Violencia de Género, Págs. 122 y ss.

sociedad patriarcal, adopta una actitud paternalista respecto de ella, gestionando sus intereses aún en contra de su voluntad. De este modo, en reformas legislativas anteriores se han introducido medidas como la pena de alejamiento del maltratador o la orden de protección de la víctima, de obligatoria adopción por los jueces, aún en contra de la voluntad de las ofendidas.

Igualmente es inaceptable que se diferencie entre las víctimas según su sexo puesto que todos tienen una misma dignidad en tanto que seres humanos y por ello, igual derecho a ser tutelados por el Estado cuando son objeto de una agresión. Diferenciar al respecto en función del sexo o de la pertenencia a un grupo especialmente oprimido, es considerar que las víctimas femeninas de este tipo de agresiones tienen una mayor dignidad y por tanto una mayor necesidad de restitución.

Este hecho, así expuesto, está siendo discutido en la práctica judicial ordinaria de los juzgados de violencia de género, tal y como es puesto de manifiesto en el informe de la fiscalía para el año 2013. Así pues, en la práctica judicial más reciente, en el caso de las agresiones mutuas, que es sustanciado en el mismo proceso en los juzgados de violencia de género y doméstica, mientras que en algunos casos el varón es enjuiciado por el artículo 153.1 CP y la mujer por el 153.2 CP, en otras ocasiones, al considerar el tribunal que desaparece el elemento subjetivo de dominación, al desvanecerse el abuso de poder por una u otra parte, son juzgados ambos sujetos por el antiguo art. 617.1 CP⁵² actual art. 147 CP.

4.5.--La quiebra del principio de taxatividad penal:⁵³

Pero para que una persona pueda llegar a este punto, previamente a la imposición de la condena en sentencia firme, habrá operado el automatismo a que nos referíamos al tratar la configuración de la intención discriminatoria de la acción como presunción iuris et de iure. "Ello se debe a la falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el

⁵² Vid. Informe de la fiscalía apartado 1.2.6 pág. 333

⁵³ Vid. Cit. Ops. Pág.26, nota núm. 26.

Código Penal, que genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad —*lex certa*— que deriva del Art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (par todas. STC 283/2006, de 9 de octubre. FJ 5)⁵⁴. ”

Sin embargo, para evitar esta situación, dicha intención debería poder ser contrastada y para ello, debería aparecer formulada en el tipo penal. Pero, una vez declarada la constitucionalidad del precepto, como no lo está no le queda más remedio al juez que aplicarlo automáticamente o bien, si lo considera oportuno, recurrir a las penas alternativas ya mencionadas. La inclusión por el legislador de dicho elemento en el tipo llevaría en la práctica a la pérdida de operatividad del precepto ya que la prueba de la concurrencia de dicha intencionalidad se presume harto difícil. Esta circunstancia podía haberse subsanado en la reciente reforma del Código Penal y haberle dado a este precepto una relación similar a la que presenta el artículo 173.2 CP, que desde luego es más aceptable desde los parámetros de la igualdad que estamos empleando en nuestro análisis. Es por ello que, en la reforma de marzo de 2015, el legislador, en vez de proceder de este modo, ha incluido por medio del artículo 14 de la LO 1/2015 la modificación de la circunstancia agravante 4ª del artículo 22 CP. Vemos pues cómo se ha asumido definitivamente este postulado en la Ley y se ha tomado dicha intención o ánimo discriminatorio, que como afirmamos, debería ser un elemento del tipo, para aumentar el marco punitivo de esta conducta y no para valorar si concurre o no violencia de género.

La opción alternativa sería, como apuntamos en el epígrafe 3, la interpretación conjunta de los artículos 1.1 y 153.1 o 171.4 CP, pero ello colisiona con la prohibición de la analogía de la ley penal y con el mandato de certeza. En este punto es donde considero que la ley quiebra de manera más evidente. Y donde reconoce el propio Tribunal

⁵⁴ RODRÍGUEZ ZAPATA: STC 59/2008, Voto Particular 2.

Constitucional que de ser la única interpretación posible sí sería inconstitucional⁵⁵. Sin embargo, el TC ha subsanado este problema, negando que sea tal. Y así lo ha declarado, ya que el hombre responde "por su personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción"⁵⁶.

4.6.- La introducción del derecho penal de autor en nuestro ordenamiento: La construcción de categorías de enemigos.

Desde los diversos autos de cuestionamiento⁵⁷, la reforma operada en estos dos concretos puntos por la LO 1/2004, ha sido acusada de introducir en nuestro ordenamiento un derecho penal de autor con algunos rasgos, en su caso, del derecho penal del enemigo⁵⁸. En el mismo texto de la STC 59/2008, el magistrado Rodríguez Zapata, al final de su extenso voto particular, expresaba su confianza en que por medio de la doctrina emanada en la sentencia respecto de la que él discrepaba, no supusiera el inicio de una dualidad de códigos, uno para los ciudadanos normales y otro para los que no lo fueran, tal y como MEZGER había preconizado⁵⁹. Este epígrafe lo dedicaré a analizar dicha circunstancia tomando como referencia el análisis que al respecto realiza el profesor GOMEZ MARTÍN⁶⁰.

⁵⁵ STC 59/2008, FJ 11.

⁵⁶ Vid. Cit. Op. Pág. 27 en referencia al punto 3.2.2.- Adecuación de los artículos 153.1 y 171.4 CP al principio de igualdad: y más concretamente a la declaración implícita de inconstitucionalidad del precepto efectuada por el TC.

⁵⁷ Auto del Tribunal Constitucional número 233/2004 de 7 de junio, cuestión de inconstitucionalidad número 458/04. Auto del Tribunal Constitucional número 332/2005 de 13 de septiembre, cuestión de inconstitucionalidad número 4570/2004. Más recientemente, Autos 5983-2005, de 3 de agosto, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 7616-2007, 8972-2007, 52-2008, 2315-2008, entre otros.

⁵⁸ JAKOBS: [Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende], en GOMEZ MARTÍN, Víctor: "El Derecho Penal de Autor" Págs. 269 y ss

⁵⁹ En este sentido Vid. Rodríguez-Zapata, punto 7 de su Voto particular a la STC 59/2008 "Expreso, por último, mi deseo de que esta Sentencia no marque el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas."

⁶⁰ GOMEZ MARTÍN, Víctor: El Derecho Penal de Autor.

Quiero dejar claro antes de continuar, que esta parte de mi exposición, tan sólo es un ejercicio consistente en colocar las dos normas estudiadas frente a un espejo deformante el cual nos ha de devolver el reflejo acentuado de algunos rasgos que coinciden con las teorías más depuradas sobre el derecho penal de autor. Y que si bien la imagen que devuelve el espejo es exagerada también es cierto que el origen de la exageración es real y está presente, siquiera mínimamente, en la imagen original.

Frente al derecho penal de los hechos, que castiga lo que el autor realiza, se sitúa el derecho penal de autor, que castiga lo que el autor es. Nuestro derecho penal es un derecho penal de los hechos⁶¹. Pero no siempre ha sido así, baste recordar que hasta el año 1970 estuvo vigente en España la ley de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933 –derogada y sustituida por la Ley de Peligrosidad y rehabilitación social–. Nuestra experiencia no es la de otros países de nuestro entorno, la experiencia europea tampoco es la experiencia norteamericana. Por tanto, cuando se inicia algún tipo de recurso a las vías directas, hacia la justicia material, no debemos de perder la perspectiva histórica que nos avala y, al menos, en el campo de la fundamentación jurídica, hay que fortalecer la coherencia interna del sistema y huir de argumentaciones convalidantes como las ya estudiadas⁶².

Así pues, si consideramos que en virtud de la argumentación ofrecida por el Tribunal Constitucional, ni desde la igualdad, ni desde el principio de culpabilidad penal o desde el respeto a la dignidad del individuo, la norma satisface las expectativas de coherencia con el sistema, ¿a título de qué responde el autor por el plus de pena privativa de libertad cuando es declarado culpable por los delitos del 153.1 y 171.4 CP?

⁶¹ MUÑOZ CONDE: "Derecho Penal, Parte General" Págs. 225 y ss. ZUGALDÍA: Fundamentos de Derecho Penal, págs. 242y ss. GOMEZ MARTÍN, Víctor: "El Derecho Penal de Autor" Págs. 51 y ss.

⁶²En este sentido Vid. Martín de Hijas, punto 4 de su Voto Particular a la STC 59/2008: *“Como se ve se salta de afirmación apodíctica a afirmación apodíctica, pues no se ve la razón de que se pueda dar por sentado, cual se hace al argumentar así, que en el ámbito de las relaciones de pareja exista hoy una relación de desigualdad y una posición subordinada de la mujer, cualquiera que fuese la lamentable situación del pasado, y de la que la violencia inculpada pueda ser trasunto”* y continúa *“La Sentencia, pues, pese a su extensión, se asienta sobre el vacío, ya que a lo largo de todos sus fundamentos a la hora de aplicar el canon del art. 14 CE en sus diversos criterios componentes, reaparece en cada caso, a modo de un estribillo constante, la alusión al mayor desvalor y gravedad, carentes de partida, como se ha dicho, de justificación argumental en la Sentencia.”*

Acudamos, antes de responder a esta pregunta, a la finalidad de la norma, inspirada por la teoría de la perspectiva de género. En este sentido, como vimos al comenzar este trabajo, la LO 1/2004, en su exposición de motivos afirma que la violencia de género *“se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. 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, respeto y capacidad de decisión.”* Y añade la exposición de motivos, respecto de la finalidad de los preceptos por los que se introducen las normas cuestionadas en nuestro Código Penal, que *“Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.”* La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 ya reconoció la violencia de género y además la definió ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

De este modo, el estado social, en su función promocional habrá de actuar removiendo cualquier obstáculo a dicha igualdad efectiva. En el caso que nos ocupa, habida cuenta de la concepción de la violencia de género como un fenómeno global, la respuesta incluye el ámbito penal. Pero el incluir la acción positiva en este ámbito es harto peligroso. En primer lugar porque el estado asume una función ultratuitiva respecto del bien jurídico protegido, al punto de desplazar, en cierto modo, según vimos, al titular del mismo para su prosecución y defensa ante los tribunales. Si bien es cierto que, según nuestro derecho procesal penal vigente, ningún ciudadano es titular de un derecho personal subjetivo que determine el nacimiento de una concreta relación jurídica procesal entre agresor y víctima⁶³, la configuración de la posición procesal de

⁶³ MONTERO AROCA, Juan: "Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal" págs. 12 y ss.

ésta y de sus intereses queda subordinada a la defensa de otros superiores, encarnados y defendidos por el Estado⁶⁴. Esta afirmación se ve reforzada por la reforma introducida por la LO 1/2015 al suprimir las Faltas sustituyéndolas por los Delitos Leves. Estos delitos en su mayoría son sólo perseguibles cuando media denuncia del ofendido de tal manera que vemos cómo el Estado paradójicamente cede de manera parcial la capacidad para iniciar el ejercicio del *ius puniendi*. Ello está enmarcado en un proceso de despenalización de las conductas consideradas menos lesivas y de adecuación de la normativa penal a los valores y circunstancias actuales. Sin embargo, en el ámbito de la violencia de género aquello no sucede y no hará falta la denuncia previa de las ofendidas para la persecución de las manifestaciones más leves de la violencia de género sino que por el contrario serán perseguidas de oficio con el fin de mantener un nivel de protección más elevado. Ello queda de manifiesto en los artículos 171.7 CP, 172.2 CP, 172.2 ter CP, 173.2 CP, no sólo respecto de la violencia de género sino también en el caso de la violencia doméstica, para el caso de las amenazas, coacciones y acoso leves (sin embargo, curiosamente, las injurias o vejaciones de carácter leve no están dispensadas de este requisito de la denuncia previa de la persona agraviada o de su representante legal, aunque medien móviles discriminatorios o la víctima sea una de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP). De este modo, podemos afirmar que, al punto de iniciar un proceso por los delitos de violencia de género estudiados, los bienes jurídicos no son ya tanto individuales como colectivos. Esto es, la lesión concreta de la dignidad e integridad física de la mujer agredida cede, o se sitúa en una posición subordinada, frente a los superiores valores de dignidad e igualdad del género femenino, quebrantados a lo largo de toda la Historia por los varones. Con lo cual necesariamente, en paralelo, la responsabilidad por el delito migra del ámbito subjetivo del autor, de su

⁶⁴ GOMEZ MARTÍN, Víctor: "El Derecho Penal de Autor" Págs. 162 a 166. en referencia a DAHM: "...el Derecho penal del bien jurídico representaba al Derecho penal propio de un Estado Liberal clásico, determinado por las ideas de la no intervención social y de la protección de los intereses individuales o estatales a través de la no injerencia en la esfera de libertad de cada individuo. La teoría del bien jurídico y su lesión se presentó, así, como resultado de una forma de pensamiento individualista-liberal, de acuerdo con la cual la misión del ordenamiento jurídico se agotaría en la delimitación de «esferas de intereses» («Interessensphären») exclusivamente individuales. Según esta línea de pensamiento, la idea de que el Derecho penal sirve para la protección de bienes jurídicos y de que el fundamento único del castigo con pena de todos los delitos debía verse en la lesión o puesta en peligro de aquéllos es una especie de dogma hasta entonces incuestionado que debe ser, sin embargo, superado en favor de una concepción del delito como atentado contra intereses del pueblo y la sustancia misma de la comunidad popular, en el que el sujeto individual lesionado no sería, en realidad, el sujeto pasivo del delito, sino únicamente el «querellante» en nombre de la comunidad, única víctima del hecho delictivo. Además, es muy dudoso que los delitos de omisión, los delitos de traición, los delitos especiales, y los delitos de falso juramento e infidelidad (Untreue) puedan ser explicados como la lesión de un bien jurídico."

concreta y personal responsabilidad, al ámbito colectivo del género masculino⁶⁵ por la lesión objetiva al bien jurídico representativo, en este caso, del interés colectivo o del orden público. Este argumento se ve reforzado por la ubicación sistemática del artículo 173 en el Código Penal. Esto es, es el artículo que sirve de pórtico al Título VII intitulado «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral»⁶⁶.

Y responde aquél, por una responsabilidad ajena, por ser varón y pertenecer al "grupo sexual dominante". Es precisamente esta última circunstancia la que cualifica la acción determinando una comunión entre hecho y autor. Lo cual nos aproxima a una concepción del Derecho penal como "un todo". Si tal como hemos visto, al referimos a la quiebra de los principios de taxatividad y de culpabilidad penal, y como dispone el Art. 4 CP, no procede la aplicación analógica de los tipos penales, la falta del elemento discriminatorio en el tipo penal determinará que el juez, al aplicar el tipo, ya no precisará porque no puede, subsumir la conducta enjuiciada en la descrita por la norma penal sino que habrá de verificar en qué medida se identifica el autor con el tipo normativo de autor configurado por la LO 1/2004, en este caso, con el tipo normativo de maltratador.

Si como vimos la mayor punibilidad de la conducta no podemos buscarla ni en el plano de la antijuridicidad, ni en el de la culpabilidad, entonces habremos de buscarla en la mayor adecuación de la personalidad del enjuiciado al tipo normativo de autor. Es decir, cuanto más grave sea el hecho, más maltratador, en el sentido normativo del tipo, será el autor. Por tanto, cuando el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 11, de la STC 59/2008, afirma que el autor responde "por la consciente inserción de aquélla (de su conducta) en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción", sin ofrecer a cambio un argumento sólido que convenza, viene a reconocer un doble binomio «Hecho/Derecho penal del hecho-Autor/Derecho penal de autor» cuyos términos no son antagónicos. Según el análisis de la doctrina presente en las dos sentencias manejadas podemos deducir que "el hecho y el autor constituyen dos elementos del delito que se encuentran vinculados mediante una

⁶⁵ En este sentido Vid. Rodríguez-Zapata, punto 4 de su Voto Particular a la STC 59/2008: En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un «pecado original» del que no pudiera desprenderse, aun cuando la agresión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

⁶⁶ Vid. Cit. Pág. 16, nota número 22.

inescindible conexión interna de sentido." Es esta concepción de autor la que inspira al Tribunal Constitucional cuando afirma que las conductas típicas cuestionadas son más graves por la constatación de su mayor frecuencia⁶⁷.

4.7.-Análisis de las normas estudiadas desde la perspectiva del derecho penal del enemigo:

Llegados a este punto, y habida cuenta de lo expresado por Lopez de Hijas, en el voto particular a la STC 59/2008, respecto de la introducción en nuestro Derecho Penal de un Derecho Penal del enemigo, es necesario efectuar un análisis del mismo para verificar si por medio de esta norma se ha configurado o puede llegar a configurarse en su caso un Derecho semejante en nuestro ordenamiento. Este ejercicio resulta sumamente interesante porque si hay un sector de nuestra realidad y de nuestro ordenamiento en el que la fenomenología a la que se tiende a dar respuesta tiene la substancia propia de un conflicto de raíces muy profundas, es precisamente, como hemos visto, el que regula la violencia de género, si bien, a diferencia de otros sectores de nuestro ordenamiento penal, en los que es más evidente la confrontación de bloques, como en el caso de la legislación antiterrorista, y en los que se puede dar de una manera más patente las características del derecho penal del enemigo, en este caso, obviamente, no existe o no se presenta como tal un discurso en el que se cuestione o niegue al Estado y a la sociedad vigente o en el que, en términos de CANCIO MELIA, sus autores hagan apostasía de la condición de ciudadano. Esto no ocurre aparentemente en este fenómeno. No existe, pues, un sentimiento de comunidad entre los maltratadores, ni se ha dado tampoco la elaboración intelectual de un discurso en favor del maltrato y de la discriminación, ni tampoco se ha constituido una organización criminal, ni se han marcado unos objetivos estratégicos para conseguir sus fines. En efecto, esta característica no es predicable de la violencia de género pero, como reflexión personal, sí creo que, por lo demás, es realmente una situación de conflicto, de quiebra del sistema, la que motiva esta visión. Un auténtico conflicto civil librado entre quienes defienden la libertad y la dignidad del individuo y quienes representan la sumisión y la servidumbre violenta de la mitad de la población a un estado de cosas, porque no cabe calificarlo de conjunto de valores, propio del antiguo régimen que, como un fósil viviente, todavía hoy pervive enquistado en nuestra sociedad

⁶⁷ Vid. SSTC 59/2004, y 45/2009, FJ 5 y 11.

y que representa una pugna por restituir, en palabras de FERRAJOLI, la “igualdad amputada”⁶⁸.

En el caso que nos ocupa, como ya adelantamos al inicio de este trabajo, buena parte de la alarma social que rodea a cualquier fenómeno criminal y, particularmente, a la violencia de género, es fruto de la acción de los medios de comunicación. Los medios de comunicación tienen, en un doble sentido, un efecto multiplicador respecto de las sensibilidades presentes en la sociedad. Primero las detectan y posteriormente actúan sobre la opinión pública contribuyendo a la formación de estados de opinión. Estos estados de opinión coincidirían con el "sano sentimiento del pueblo" que ha de inspirar al legislador para, en su caso, elaborar las normas penales. El problema que ello plantea es el determinar qué imagen previa del autor coadyuvan a formar los medios de comunicación en la conciencia de los ciudadanos. El tratamiento que los medios han dado al problema ha formalizado conceptos como "terrorismo doméstico", "terrorismo de género" o "terrorismo familiar" entre otros. La repulsa por este fenómeno es indiscutible y generalizada. De este modo, con expresiones como aquéllas y con las campañas de sensibilización llevadas a cabo, se ha configurado una imagen del autor de violencia de género equivalente a la del terrorista, a la del enemigo. Esta realidad, dentro del campo de la criminología moderna, ha sido identificada por GARLAND dentro de las denominadas *Criminologías del otro*, como un fenómeno propio de las sociedades anglosajonas en el que, frente a las Criminologías de la vida cotidiana y de la motivación racional, que tienen a desdramatizar el fenómeno delictivo, redramatizan el delito mediante la creación de arquetipos de delincuente o autores. Como se puede apreciar reproduce el mecanismo psicológico que describe la teoría de los prototipos⁶⁹ pero a nivel criminológico, estableciendo este fenómeno una línea divisoria entre el *nosotros*, aquellos que sí se motivan por las normas jurídicas, y los *otros*, que son según este autor, los individuos que delinquen y que, en consecuencia, contribuyen a crear con su conducta un sentimiento de miedo e indignación en el gran público. El Estado, por medio de su acción normativa, viene a expresar su compasión y solidaridad con las

⁶⁸ L.FERRAJOLI, «igualdad y diferencia» cit., pág. 77, en ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal” pág.91.

⁶⁹ Vid. Cit. Ops. Pág. 4 y ss., al analizar el punto 2.- CONSIDERACIONES SOCIALES Y CRIMINOOLÓGICAS PREVIAS: de este mismo trabajo.

víctimas y con la sociedad. Sin embargo, estos prototipos de delincuente no son reales, argumenta este autor. Esta dicotomía entre criminología de la vida cotidiana y la criminología de los otros es la que está latente y subyace bajo el concepto del derecho penal del enemigo y, como afirma este autor, manifiesta la existencia de una pulsión esquizofrénica dentro de la sociedad posmoderna y particularmente en su acción de producción penal.

Y es que, verdaderamente, en algunos aspectos de la legislación *ad hoc*, podemos reconocer ciertos rasgos del denominado derecho penal del enemigo⁷⁰. Este proceso de producción normativa cabe enmarcarlo dentro de las corrientes denominadas de expansión del derecho penal, y que según la proliferación de nuevos tipos penales, ha venido configurando un derecho penal de corte antiliberal que la doctrina viene denominando como *de la puesta en riesgo*⁷¹, pero que también, debido a la motivación de la acción legislativa tendente, en última instancia, a buscar réditos políticos puede ser identificado como un Derecho Penal Simbólico que contribuye a crear un clima punitivista en el que el recurso continuo al aumento de las penas y extensión de las figuras delictivas es el único criterio de política criminal.

Realmente en este punto cabe preguntarse qué es un enemigo, o quién es mi enemigo. Si lo es quién así se declara o aquel de quien el estado determina esta cualidad. La cualidad de enemigo, ¿es intrínseca y subjetiva por el mero hecho de declararse el sujeto contrario a un cuerpo de valores jurídico-políticos determinados o bien se trata de una cualidad objetiva que se valora y declara en función de una capacidad real para cuestionar y poner en un peligro cierto a aquel conjunto de valores? ¿Quién es, pues, mi enemigo? En este sentido, siguiendo a CANCIO MELIÁ, también la percepción de los

⁷⁰ JAKOBS: [Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende], en GOMEZ MARTÍN, Víctor: "El Derecho Penal de Autor" Págs. 269 y ss: JAKOBS describió el «Derecho penal del enemigo») como un Derecho penal caracterizado por los siguientes elementos: a) supone un adelantamiento de las barreras de protección penal sin una pena más reducida con respecto a la pena de momentos más avanzados del iter criminis; b) representa un cambio de perspectiva, de acuerdo con el cual el Derecho penal debería mirar no sólo hacia el pasado (hacia el hecho ya cometido), sino también hacia el futuro (el hecho venidero, que aún está por llegar: por ejemplo, el castigo de los llamados «Klimadelikte»); e) constituyen la transición de una «legislación penal» («Strafrechtsgesetzgebung») a una «legislación de lucha» o «de combate» («Bekämpfungsgesetzgebung»); y, por último, d) conduce a una reducción o relajamiento de las garantías procesales propias del proceso penal. En esta ocasión, JAKOBS no se limita a describir este «Derecho penal del enemigo») como un Derecho penal previsto únicamente para situaciones excepcionales, pero que no debería existir o no debería contagiarse al «Derecho penal del ciudadano» («Bürgerstrafrecht»).

⁷¹ CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, pág. 3.

riesgos, sobre todo estos que ponen en cuestión a la propia sociedad amenazándola con ser destruida, es así mismo una construcción social que no guarda relación con las posibilidades reales de daño⁷². Y así comparando estas manifestaciones criminales con otras que se cometen masivamente o en mayor medida que las que determinan esta reacción penal, aquellas son percibidas por la ciudadanía como algo esperable y hasta cierto punto normal⁷³. La legislación sobre la violencia de género se ha centrado en la protección a la víctima, gira en torno a la mujer, y desde ese punto de vista no creo que se haya centrado en configurar legalmente una categoría de enemigo y ello a pesar de que el maltratador es un sujeto que, desde esta perspectiva, podría llegar a ser catalogado como no-persona ya que, por su proceder, no ofrece la seguridad cognitiva, la expectativa de un comportamiento personal adecuado al derecho, porque *no puede ser calificado como persona aquel sujeto respecto de cuyo comportamiento no es posible establecer expectativas normativas mínimamente serias*⁷⁴. En su vertiente estrictamente penal, sin embargo esta afirmación es más discutible. Ya hemos analizado los artículos 153.1 y 174.1 CP, en los que, aparte de su discutible encaje constitucional, podemos identificar algunas características del derecho penal del enemigo.

Pero antes de seguir adelante es conveniente ofrecer un bosquejo de qué se entiende por Derecho penal del enemigo. El Derecho penal del enemigo es una construcción doctrinal formalista que parte de un concepto de ciudadano que hunde sus raíces en la Ilustración y más concretamente en el concepto de contrato social por un lado, y que por otro ofrece un concepto de persona tributario de la sociología funcionalista de LUHMAN. JAKOBS, a la hora de preguntarse en virtud de qué se puede imponer a una persona el mal que supone la catalogación como enemigo, esboza unos apuntes iusfilosóficos⁷⁵ y vuelve la vista a autores como ROUSSEAU, FICHTE⁷⁶,

⁷² CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000, pág.22.

⁷³ Ver datos estadísticos en GRÁFICO NÚMERO 1º en el epígrafe 2.- CONSIDERACIONES SOCIALES Y CRIMINOÓLOGICAS PREVIAS: pág. 4 y ss., de este mismo trabajo.

⁷⁴ GOMEZ MARTÍN, Víctor: "El Derecho Penal de Autor", citando a LUHMAN y a JAKOBS, Págs.301 y 302.

⁷⁵ JAKOBS, G., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, pág.25 y ss.

⁷⁶ «quien abandona el contrato ciudadano en un punto en el que en el contrato se contaba con su prudencia, sea de modo voluntario o por imprevisión, en sentido estricto pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos» FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der*

LOCKE, HOBBS, pero sobre todo a KANT, para justificar en el contrato social el establecimiento de un parámetro para reconocer quién sea ciudadano y quién enemigo. Así pues, para los dos primeros autores, la atribución de dicha cualidad vendría dada por la ruptura del contrato social. Aquel que rompe el contrato social, en uso de su libertad individual, vuelve al estado de naturaleza y se excluye voluntariamente de la condición de persona, pudiendo ser tratado entonces como un enemigo. Sin embargo JAKOBS no está plenamente de acuerdo con esta visión ya que, el hecho de delinquir, y de romper en consecuencia las reglas que emanan de dicho pacto o contrato social, no determinan automáticamente la pérdida de la condición de persona o ciudadano. Por el contrario, tanto HOBBS como KANT consideran que alguien que delinque sí puede seguir siendo tratado como un ciudadano. Así pues para el primer autor sólo sería enemigo el reo de alta traición, mientras que para el segundo lo sería aquel que fuera absolutamente incapaz de regirse por el Derecho. De hecho para JAKOBS la finalidad de la pena, por encima de todo, está en reafirmar contrafácticamente la vigencia de la norma puesta en duda, y desde ese punto de vista, coincide con KANT en que las cosas tienen que suceder no tanto conforme a lo que prescriben las normas sino por la norma en sí, de tal manera que se separa totalmente de cualquier aspiración empírica. Y así, quien no se rige por las normas es el enemigo. La sanción, desde este punto de vista no tiene que perseguir ningún fin⁷⁷ más allá de la reafirmación de la vigencia de la norma quebrantada. JAKOBS sin llegar a este extremo propugna, respecto de la pena una doble función, por un lado hablar con los ciudadanos, por medio de sus efectos comunicativos y por otro lado, respecto de los enemigos, proteger a la sociedad de futuros peligros que éstos puedan representar por medio de su inocuización, en el sentido propuesto por KANT de que cualquier ciudadano puede obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana y, en caso de no consentirlo, no se lo puede tratar ya como tal sino que se lo expelle y se lo trata como a un enemigo⁷⁸.

El derecho penal del enemigo viene pues caracterizado, tal como lo define JAKOBS, como un fenómeno normativo, encuadrado dentro del proceso denominado críticamente por SILVA SANCHEZ como de expansión del Derecho Penal, de

Wissenschaftslehre, en: *Sämtliche Werke*, ed. a cargo de J. H. FICHTE, Zweite Abtheilung. A. Zur Rechts- und Sittenlehre, tomo primero, s.f., pág. 260, en JAKOBS, G., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, pág. 27.

⁷⁷ KANT, Emmanuelle, FUNDAMENTACIÓN DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES. Pág. 42 y ss. Atrial. Cuando refiere la inescindible relación entre obligación y deber.

⁷⁸ JAKOBS, G., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, pág. 31 y ss.

exacerbación de la respuesta penal en varios sentidos. En un primer sentido cabe señalar que se produce un adelantamiento de la punibilidad de ciertos hechos considerados especialmente graves o dañosos. En segundo lugar respecto de dichos hechos se incrementan considerablemente las penas en comparación con el llamado derecho penal “normal” o del ciudadano. Y en tercer lugar, se produce una relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales consideradas básicas en el Derecho penal del ciudadano. Además, tal y como añade CANCIO MELIÁ, no sólo se castigan hechos, *sino conductas cuya relevancia reside en su mero carácter simbólico* y en la que, en la redacción de sus preceptos, *se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir conscientemente las complejidades derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad*.⁷⁹

En mi opinión personal, de todas las características propias del Derecho penal del enemigo que acabamos de citar, concurren en los preceptos objeto de nuestro estudio, el adelantamiento de la respuesta penal y, sobre todo, el incremento comparado de las penas respecto del derecho penal del ciudadano. La tercera de las características de esta especie de derecho penal, esto es, el relajamiento de las garantías procesales, no aparece de una forma tan nítida puesto que el proceso penal, aún en sus fases preliminares, sigue contando con las mismas garantías y lo único que se incrementa más que proporcionalmente respecto de otros delitos es precisamente las medidas de protección de las víctimas. Si bien, desde un punto de vista meramente especulativo, la creación, dentro de los juzgados de primera instancia e instrucción, de unos juzgados especializados en este tipo de violencia, podría suponer una quiebra del derecho al juez natural predeterminado por la ley. Igualmente se podría afirmar de la vis atractiva que ejerce la interposición de una denuncia por malos tratos en los procedimientos de divorcio, si bien, en este punto nos referimos a lo ya expuesto, respecto de las estadísticas de las denuncias falsas en el epígrafe segundo de este trabajo⁸⁰. Insisto por tanto que, respecto de los rasgos identificativos del Derecho penal del enemigo, es éste el que a mi juicio concurre de manera más imperceptible en la legislación penal sobre violencia de género.

⁷⁹ CANCIO MELIÁ, M., “DERECHO PENAL” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000., pág. 21.

⁸⁰ Vid. Nota al pie número 13 de este mismo trabajo, página 9, dentro del apartado 2.- CONSIDERACIONES SOCIALES Y CRIMINOOLÓGICAS PREVIAS:

Para apoyar la afirmación que acabamos de realizar, esto es, que, en puridad, mientras que el derecho penal “normal” o del ciudadano tiene una aplicación retrospectiva, el derecho penal del enemigo tiene una aplicación prospectiva⁸¹ que representa un adelantamiento de la punición, basta señalar que en el caso de la infracción del artículo 153.1 CP, el hecho de penar lo que de otro modo, objetivamente, tan sólo le correspondería una pena de multa o de localización permanente, según el antiguo artículo 617.1 CP y actual 147 apartados 2, 3 y 4 CP⁸², obedece, fundamentalmente, a la puesta en riesgo del bien jurídico más que a su efectiva lesión. Y precisamente porque, la experiencia empírica demuestra que estadísticamente esa lesión leve puede acabar siendo un homicidio. En este sentido, para justificar esta afirmación, cabe enlazar esta teoría con la concepción de la violencia estructural hacia la mujer como un *continuum*⁸³. Así pues, el exceso de pena respecto a la conducta común vendría justificado, desde esta perspectiva, porque este Derecho es un Derecho de lucha contra el enemigo, con el cual no se dialoga en el sentido que lo hacen las normas penales, esto es, disuadiendo o persuadiendo al ciudadano, sino combatiendo al enemigo. Por tanto, al igual que ocurría cuando analizábamos esta realidad bajo el prisma del Derecho penal de autor, bajo esta nueva perspectiva no se están penando “hechos” sino *conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico*⁸⁴. Y en este sentido, realmente, se está adelantando la punición de un hipotético homicidio al momento de la primera agresión que no comporta siquiera lesiones físicas. Y ello porque, en este particular contexto de lucha o guerra contra la violencia de género, el legislador no tiene por qué esperar a que se

⁸¹ “Esto quizás se advierta con especial claridad si se pasa del efecto de aseguramiento de la pena privativa de libertad a la custodia de seguridad en cuanto medida de seguridad (§ 61 núm. 3, § 66 StGB): en ese caso, la perspectiva no sólo contempla retrospectivamente el hecho pasado que debe ser sometido a juicio, sino que también se dirige -y sobre todo- hacia delante, al futuro, en el que una «tendencia a [cometer] hechos delictivos de considerable gravedad» podría tener efectos «peligrosos» para la generalidad (§ 66, párr. 1º, núm. 3 StGB)”. JAKOBS, G., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, pág.24.

⁸² Artículo 147 redactado por el número ochenta y uno del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dispone, en su apartado segundo, penas de uno a tres meses para el autor de un delito leve de lesiones, y de uno a dos meses para el caso del maltrato de obra que no cause lesión. En todo caso estas conductas solo serán perseguibles a instancia de parte.

⁸³ Vid. Cit. Supra Pág. 34 y ss.

⁸⁴ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. Pág., 19. Vid. también nota núm.92, pág.64 apartado 5.- CONCLUSIONES: sobre el peligro de la configuración en términos simbólicos de los preceptos penales estudiados en ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal”.

produzca efectivamente la lesión del bien jurídico cuando se tiene la certeza de que ésta se va a producir. Materialmente, en términos de JAKOBS, cabría pensar que, en el caso de las penas previstas en el artículo 153.1 CP, *nos encontramos ante una custodia de seguridad anticipada que se denomina «pena»*⁸⁵.

De esta manera, la finalidad de estas normas, que es atajar la violencia más grave contra las mujeres en sus estadios de desarrollo más tempranos, supone un claro "adelantamiento de las barreras de protección penal", y por su través el delito sanciona futuribles y se constituye como un instrumento de lucha y de reafirmación ideológica. La finalidad que este autor concibe respecto de la norma penal aplicable al enemigo es coincidente con la que hemos identificado en las normas objeto de nuestro estudio. Pero es más, incluso su concepción de la persona y de la no persona, del enemigo, coincide con la que la teoría de la perspectiva de género tiene respecto del sexo biológico. Esto es, que se trata de un constructo social⁸⁶. Por tanto, en este punto vemos como, tanto el problema como la solución, están planteados en términos simbólicos.

Lo mismo cabe señalar respecto del segundo de los rasgos definitorios del derecho penal del enemigo, es decir, la agravación considerable de las penas previstas para estos delitos respecto de los delitos penados por el derecho penal del ciudadano. Así, en el caso de las penas previstas en los artículos 153 y 174, y de manera más evidente, las del artículo 510 CP, son extremadamente graves si las comparamos con

⁸⁵ JAKOBS, G., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, pág.43.

⁸⁶ JAKOBS: (Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrausendwende], en GOMEZ MARTÍN, Víctor: "El Derecho Penal de Autor" Págs. 269 y ss: "Es posible, además, que el concepto de enemigo contradiga lógicamente una de las principales premisas de las que parte la construcción normativista de JAKOBS: aquella según la cual la persona no sería sino un constructo social. En efecto, si desde el punto de vista social-comunicativo adoptado por JAKOBS lo que importa en la persona no es su dimensión empírico-subjetiva, esto es, lo que piensa o desea, o la actitud interna que muestra ante lo que le rodea, sino lo que comunica a la sociedad mediante sus actos, ¿cómo se explica, entonces, que el propio JAKOBS exija, como uno de los requisitos de la cualidad de enemigo, que el individuo muestre una especial perversidad subjetiva, acreditada en una particular peligrosidad futura y en una actitud de desobediencia ante la norma?" El modo más razonable de resolver esta contradicción pasaría por entender que JAKOBS concibe no solo a la persona, sino también a la no- persona, esto es, al enemigo, como un constructo social. En el caso del enemigo, se trataría de un constructo social que el sistema jurídico habría creado con el objetivo de dotar a la sociedad de los ciudadanos de una identidad cohesionadora. Esta nueva construcción social se habría llevado a cabo de un modo esencialmente arbitrario, a juzgar por la disparidad existente entre los distintos grupos de delitos «de enemigo» enunciados por JAKOBS. ¿Existe, en efecto, alguna conexión entre los delitos de terrorismo, los de tráfico de drogas, la delincuencia sexual habitual o la delincuencia económica que permita deducir la existencia de un hilo conductor entre ellos?"

esas mismas conductas cuando no concurre el elemento de género. Una agresión que no tiene la entidad típica de la del delito de lesiones está penada con una pena de uno a cuatro años, mientras que recordemos, esa misma conducta, cuando no concurre esa circunstancia lleva aparejada una pena de multa. No creo que haya que añadir nada más al respecto para poder afirmar que nos encontramos ante un ejemplo claro del Derecho penal del enemigo.

Sin embargo, para JAKOBS el Derecho del enemigo debe necesariamente de mantenerse separado del Derecho del ciudadano, porque obedecen a lógicas distintas y el segundo podría contaminarse con rasgos del primero. Esta afirmación es una exigencia del estado de derecho. En apoyo de esta exigencia y como ejemplo de los peligros que puede llevar aparejado el no respetarla, baste señalar el caso concreto del artículo 578.1 CP. Dicho artículo fue introducido en nuestro ordenamiento por la LO7/2000, de prevención y lucha contra los delitos de terrorismo. En este artículo, que castiga el enaltecimiento o la justificación de los delitos de terrorismo, así como el apoyo a sus autores o el menosprecio o la humillación de las víctimas de dichos delitos, las conductas típicas se castigaban con penas de prisión de uno a dos años. Con ello perseguía el legislador, tal y como se manifestaba en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica, combatir unos hechos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal⁸⁷. Una lógica muy parecida es la que inspiraba la redacción del antiguo artículo 510 CP, respecto de los delitos de incitación al odio y a la violencia. Desde su redacción inicial, el sujeto activo de la conducta tipificada, constituye un prototipo de enemigo, pues es aquel que niega uno de los principios fundamentales de nuestro sistema, la igualdad basada en la dignidad del individuo y de los grupos en los que éste se integra, con un propósito claro de desestabilización y destrucción del Estado para su sustitución por otro de corte totalitario. En su redacción original el citado artículo preveía penas de prisión de uno a tres años y de multa de uno a doce meses. Tras la reforma operada por la LO 1/2015, su artículo 235, ha modificado el citado precepto, incluyendo, como ya adelantamos en el epígrafe 3.1.3.- *Principales modificaciones introducidas por la LO 1/2015*., dentro del mismo, en su vertiente subjetiva, el ánimo discriminatorio por motivos, entre otros, de género. Esta modificación, tal como se expresa en el epígrafe XXVI de la exposición de motivos de la LO 1/2015, ha venido exigida por un doble motivo: por un lado por la STC 235/2007 y

⁸⁷ Vid. Exposición de motivos de la LO 7/2000.

por otro por la obligada trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Decisión Marco 2008/913/JAI. Dicha sentencia exigía para penar los delitos de negación del genocidio que la misma, más allá de la expresión de una idea u opinión, tuviera como finalidad y fuera constitutiva de una incitación al odio u hostilidad contra las minorías, punto de vista coincidente con el de la decisión marco.

Las conductas típicas de este tipo penal serán por un lado el fomento, incitación o promoción al odio, discriminación, hostilidad o violencia, la negación, y por otro la humillación a las víctimas de delitos y el enaltecimiento o la justificación de los mismos. Para el primer grupo de conductas se prevén penas de prisión de uno a cuatro años. Para el segundo penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. En todo caso, junto con estas penas privativas de libertad, se impondrán penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público relacionado con actividades docentes o profesionales, formativas o deportivas de tres a diez años superiores al de duración de la pena de prisión impuesta en sentencia. Igualmente, si dichos actos se han cometido utilizando medios de comunicación digitales o redes sociales o aquellos otros que por su capacidad sean susceptibles de dotar a dichas conductas de una gran difusión, el juez podrá imponer las penas en su mitad superior o incluso ampliar el marco punitivo de las mismas estableciendo, si concurren los requisitos de alteración de la paz pública o creación de un grave sentimiento de inseguridad, la pena superior en grado.

Si comparamos la redacción actual dada a las conductas típicas de los artículos 510.2.a) y b) y 578.1 CP, apreciaremos una evidente identidad, hasta el punto de que podríamos afirmar que la vertiente objetiva de la conducta típica es idéntica en ambos casos e, incluso yendo más allá, que se trata de una misma norma presente en dos artículos distintos. Pero es más, la distinción entre las distintas manifestaciones de las conductas típicas contenidas en los diversos apartados del artículo 510 CP es una cuestión que se desliza peligrosamente en el terreno de los conceptos jurídicos indeterminados puesto que, ¿no puede acaso un acto de humillación a una víctima lesivo de su dignidad como persona, llevado a cabo por razones de género, a través de un medio de comunicación social, ser al mismo tiempo una incitación pública al odio o a la violencia? E igualmente ¿en qué se diferencia la conducta típica descrita en el segundo párrafo de la letra b) del apartado 2 del artículo 510 CP, esto es, enaltecimiento de los

delitos llevados a cabo bajo los parámetros que estamos analizando y que promuevan o favorecen un clima de violencia u odio contra los mencionados grupos, de la descrita en el apartado 1 del artículo 510 CP? Podemos apreciar en estos preceptos la redacción en términos vagos y vaporosos a la que aludíamos anteriormente⁸⁸.

Así pues, vemos pues como un precepto que inicialmente estaba concebido para mejorar la lucha contra el terrorismo y todas sus manifestaciones anejas, aunque en ellas cupiera la duda razonable de si realmente merecían el reproche penal, y que tal como pone de manifiesto CANCIO MELIÁ, constituía un claro ejemplo de introducción del derecho penal del enemigo en nuestro ordenamiento, tras la reforma de 2015, ha venido a dirigirse entre otros, por identidad conceptual, no ya contra los maltratadores, sino por ejemplo, contra aquel ciudadano que sin serlo pueda hacer unas declaraciones de mal gusto en una red social. Por tanto desde esta perspectiva no se están distinguiendo los delitos de enaltecimiento del terrorismo de este otro tipo de conductas, *las cuales dejan de tener una pena autónoma y ésta deja de ser la consecuencia de la lesión de un bien jurídico para convertirse en un instrumento de lucha o combate frente a sujetos especialmente peligrosos por hechos todavía no cometidos o de neutralización o de eliminación de peligros futuros*⁸⁹.

En este caso, como vemos, no se hace esta separación y, según se desprende de la citada reforma del Código Penal, en relación con el tratamiento penal reservado a terroristas y delincuentes sexuales —incluyendo la cadena perpetua—, se configura nuestro Derecho penal, en este y en otros ámbitos, como un «derecho de lucha» y hacer coexistir en un mismo Código el derecho penal del ciudadano y el del «enemigo».

⁸⁸ Lo descrito en este párrafo constituye un proceso análogo de extensión a los ciudadanos de las consecuencias del Derecho penal del enemigo descrito por JAKOBS, al referir la crítica de ROXIN a la redacción, propósito y evolución del párrafo 1º del artículo 30 StGB, el cual estaba inicialmente previsto para los delitos de terrorismo y que tras la reforma del año 1943 hacía que una norma tal fuera aplicable a cualquier sujeto que cometiera cualquier infracción penal si se daban las circunstancias previstas en el citado artículo. JAKOBS, G., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, pág. 50.

⁸⁹ JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, 2003, p.43.

5.- CONCLUSIONES:

La primera conclusión que se deriva de mi estudio es el carácter independiente, en cuanto a sus causas, de la violencia de género. En este trabajo sólo hemos ofrecido las cifras de los homicidios que han tenido su origen en este fenómeno violento sin que hayamos entrado a analizar u ofrecer siquiera las cifras de todos los procesos que se han sustanciado en los juzgados de violencia contra la mujer. Se trata pues, de una violencia que es independiente en cuanto a sus causas y en cuanto a la forma en que reacciona a las medidas de política criminal respecto del resto de homicidios y que encuentra fuertes resistencias para su erradicación. Esta realidad ha exigido un tratamiento diferenciado e integral del problema y en ese sentido se ha creado desde el año 1989 un sector dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal que busca dar respuesta y solución a este fenómeno violento, siendo la LO 1/2004 la norma que más profundamente ha incidido sobre el mismo. Volviendo al principio de este trabajo, cuando referíamos los rasgos de los maltratadores, se pone de manifiesto más que nunca que el fin de la pena no puede ser nunca la eliminación del delincuente sino la evitación de hechos delictivos con respeto a las garantías individuales y a la dignidad humana del delincuente como ciudadano⁹⁰. Como hemos puesto de manifiesto en el segundo epígrafe de este trabajo, frente a la pluralidad de perfiles de maltratadores existentes, no caben reducciones groseras a la hora de identificar las causas de este fenómeno ni de las soluciones posibles.

Sin pretender desmerecer la finalidad de dicha ley, a mi juicio, la redacción dada a los preceptos estudiados es un paso inaceptable en la construcción de un Estado democrático de derecho. No tenemos nada asegurado, no hemos conseguido nada permanente o indestructible en estos treinta y siete años de Democracia. Debemos permanecer vigilantes para que, bajo ningún concepto, podamos desandar el camino del respeto a la dignidad del individuo y a los derechos humanos. El Tribunal Constitucional, que es el guardián de la Constitución, tiene el deber de velar por el sistema, de defenderlo, y debería hacer algo más que convalidar la invalidez de normas jurídicas gravemente afectadas, como si de un mero órgano administrativo al servicio del ejecutivo se tratara. La

⁹⁰Vid. GÓMEZ MARTIN, Víctor: El Derecho Penal de autor. Nota número 110.

argumentación a favor de la constitucionalidad de los preceptos estudiados me resulta francamente decepcionante.

Por otro lado, en mi opinión, las normas estudiadas, por los argumentos anteriormente expuestos, son discriminatorias, vulneran los principios de igualdad, de culpabilidad penal, de taxatividad y por la finalidad que persiguen, por el paradigma simbólico en que se encuadran, atentan contra la dignidad del individuo. En este sentido se establece una relación de identidad entre los delitos de entidad leve y grave para agravar desproporcionadamente los primeros y dejar tal cual las consecuencias jurídicas de los segundos.

Igualmente considero, en relación con la última afirmación, que ni a hombres ni a mujeres valora en la justa medida de su dignidad la norma, puesto que instrumentaliza a ambos y, en el caso de las segundas, reedita una concepción vulnerable y débil del sexo femenino. Esta concepción, sin embargo, se está viendo superada, en el caso de las agresiones mutuas, por la aplicación jurisprudencial de los preceptos estudiados al considerar algunos tribunales que desaparece el elemento de sumisión e indefensión de la mujer con respecto al hombre.

Al hilo de lo que acabo de exponer me gustaría realizar una propuesta *de lege ferenda* cual es, en primer lugar, la opción por una redacción no diferenciadora en los preceptos estudiados, lo cual evitaría los problemas de inadecuación constitucional expuestos. En este sentido la inclusión en el artículo 22 CP de una circunstancia modificadora de la responsabilidad criminal consistente en la concurrencia en el autor de un móvil discriminatorio, hubiera facilitado, si se hubieran redactado en términos no discriminatorios los art.153.1 y 171.4 CP, los deseados efectos intensificadores de la gravedad de la respuesta penal eludiendo toda posible discusión sobre su constitucionalidad. Ahora bien, con la actual redacción de dichos preceptos y la circunstancia agravante 4ª del artículo 22 CP, resultaría harto discutible que se pudiera utilizar para agravar las conductas de los artículos 153.1 CP y 171.4 CP. O si bien, la inclusión del ánimo discriminatorio, en el propio tipo penal, como elemento subjetivo del tipo limitaría esta posibilidad. Respecto de la primera propuesta, al contrario de lo que expone la STC 59/2008, sí creo que la opción no diferenciadora se revelaría operativa y ello, por cuanto por mera lógica estadística, más varones que mujeres serían castigados por esta conducta. La redacción en los términos diferenciadores que

hemos estudiado obedece sólo y exclusivamente a la voluntad de enviar un mensaje a la ciudadanía y de afianzarse inequívocamente ante los grupos y organizaciones de mujeres en posiciones feministas.

Por otro lado considero un sarcasmo que, en aras del principio de intervención mínima, se configure un derecho penal de autor discriminatorio. Ya que, y con esto se contesta a la pregunta planteada *supra*⁹¹, de si podía tener cabida las medidas de discriminación positiva en el derecho penal español, no es admisible —y mucho menos en este ámbito— realizar en este empeño una *acción negativa* igualatoria⁹². Y ello, porque las medidas adoptadas carecen de un carácter promocional respecto de la mujer y en contrapartida se sacrifican la libertad y la igualdad, valores fundamentales de nuestro ordenamiento⁹³. Siguiendo a ACALE SÁNCHEZ creo que «el derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico muy limitado y, por tanto, el intento de alcanzar la igualdad de géneros a través del mismo es completamente inidóneo»⁹⁴.

⁹¹ Vid. Pág. 13, nota núm. 21.

⁹² Vid. ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal” cit. Esta autora considera respecto de la justificación de los preceptos en los términos estudiado que «Ahora bien, hay que tener en consideración que tampoco se avanza en la lucha por la igualdad material (que es lo único que legitima en el conjunto del ordenamiento la discriminación positiva así como las medidas de acción positiva) en Derecho penal con la inclusión de los tipos referidos» pág. 112 y cit. «mótese como en ese sentido, el legislador recurre a la utilización simbólica del Derecho penal frente a esta clase de violencia. Ahora bien, si no quiere ser más que eso, un mero símbolo, es preciso fundamentar sólidamente la intervención penal. Visto en el capítulo anterior la imposibilidad de que el fundamento de los tipos penales sea el de alcanzar la igualdad real mediante la técnica de las acciones positivas, es preciso iniciar su búsqueda a través de otros derroteros» pág. 120. Según ACALE SÁNCHEZ sólo puede fundamentarse en la existencia de un bien jurídico propio y distinto. Vid. nota núm.84, pág.56.

⁹³ Vid. Cit Ops. Pág.23 Nota núm. 24. En referencia a las exigencias de la acción positiva Vid. GARCÍA MORILLO, Joaquín: "Derecho Constitucional Volumen I. Derechos y Deberes fundamentales". Pág. 171 y 172: «En España, la proyección más habitual de estas medidas es la relativa a la discriminación por razón de sexo, que no es infrecuente y que tiende a equilibrar la situación histórica de postergación de la mujer en ciertos ámbitos. A este respecto, la referencia al sexo del Art. 14 CE ha de entenderse, según el Tribunal Constitucional, como la «decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer, especialmente en el ámbito laboral (STC 28/92, caso plus de Transporte). Ello tiene dos consecuencias: por una parte, permite la existencia de medidas favorables a la incorporación activa de la mujer a todos los ámbitos sociales; pero, por otra, exige la eliminación de las normas protectoras que pueden suponer en sí mismas un obstáculo para la igualdad real de condiciones con los varones. Por ello, son admisibles las normas favorecedoras, pero no lo son las normas protectoras, que consideran desigualmente a la mujer trabajadora y suponen, por tanto, una barrera real a la igualdad de condiciones con los varones, que se vuelve contra la mujer (STC 3/93, caso pensiones de hijas y hermanas). Sera preciso en cada caso, pues, para determinar la admisibilidad constitucional de la medida, dilucidar si su efecto real y último es favorecer la integración del sector social desfavorecido o, por el contrario, la sustitución de esa integración por una protección más aparente que real.»

⁹⁴ Vid. ACALE SÁNCHEZ, María: “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código Penal” pág. 117.

Por último, desde el punto de vista analizado de la concurrencia o no de rasgos propios del derecho penal del enemigo, a la vista de lo expuesto al trazar el paralelismo entre la redacción del artículo 578 CP, para los casos de enaltecimiento del terrorismo, y del artículo 510 CP, considero, coincidiendo plenamente con CANCIO MELIÁ, que *la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal y que consisten pues en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones, como si de este modo desaparecieran de las cabezas de los que piensan de este modo*⁹⁵. Igualmente estimo que se produce una contaminación evidente de nuestro derecho penal con elementos del citado Derecho penal del enemigo pero que, con todo, este no concurre plenamente ya que si bien se incrementa la punición y se adelanta la misma, no se establece un tratamiento procesal diferenciado de este tipo de delitos. Ahora bien, en todo caso, también creo que los parámetros del derecho penal del enemigo, y el propio concepto de derecho penal del enemigo, desde un punto de vista doctrinal, y como herramienta de análisis, puede ser un recurso tramposo para descalificar aquellas normas o sectores de nuestro ordenamiento respecto de los que disintamos sin proceder a un análisis más riguroso de la norma.

En cualquier caso, considero que el Estado no debería tomar atajos de este tipo, ya que no es admisible la introducción en nuestro derecho penal de elementos semejantes y ello, porque, como se le ha objetado a JAKOBS por un amplio sector de la doctrina, es muy posible que una concepción tal del derecho penal, favorezca un paulatino deslizamiento hacia soluciones de corte totalitario o comunitarista. El derecho penal propio de un estado social y democrático de derecho ha de ser precisamente el baluarte frente a este tipo de soluciones o de vías directas hacia la justicia material y, precisamente por ello, si se contamina con dichos elementos, el derecho penal no podrá servir a tal fin, sino que habrá dejado el camino expedito para que ese derecho de corte antiliberal, intolerante y fruto de la frustración, la rabia y el miedo, se instale definitivamente en nuestros sistemas socavando los cimientos del estado social y democrático de derecho y de todas las garantías y resistencias que éste lleva asociadas. No pueden ser quienes no se rigen por el Derecho los que en último término determinen

⁹⁵ CANCIO MELIÁ, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000., al tratar *el delito de adhesión a las infracciones penales de terrorismo o a sus autores (art.578 primera alternativa CP)* Pág.,26.

como ha de ser éste. *El Estado no debe perder los nervios*⁹⁶.

⁹⁶ CANCIO MELIÁ, “Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. Pág.,26.

BIBLIOGRAFÍA:

ACALE SÁNCHEZ, María: La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal. Editorial Reus, Madrid (2006).

BERGANZA CONDE, M^a Rosa: “La construcción mediática de la violencia contra las mujeres desde la Teoría del Enfoque”.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles (Coords.): La reforma penal en tomo a la violencia doméstica y de género, [Consideraciones político criminales en tomo a los delitos de violencia de género] Atelier, Barcelona 2006.

BONINO, Luis: Hombres y Violencia de Género: Más allá de los maltratadores y de los factores de riesgo; Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, D.L. 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. Dossier.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.): Código Penal Comentado. Tomo I. Bosch, Barcelona 2004.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.): Código Penal Comentado. Tomo II. Bosch, Barcelona 2004.

ESQUINAS VALVERDE, Patricia: Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?; Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor: El Derecho Penal de autor: Desde la visión criminológica tradicional hasta las propuestas actuales de Derecho Penal de varias velocidades; Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIA, Manuel; Derecho Penal del enemigo, 2^a Edición, CIVITAS EDICIONES, 2006.

KEPPLINGERH.M., y HABERMEIER, J. The impact of Key Events on the Presentation of Reality, European Journal of Communication, September 1995, vol. 10 nº 3 371-390.

LOPEZ GUERRA, Luis: Derecho Constitucional. Volumen I. 2^a Ed. El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

MIR PUIG, Santiago: "Derecho Penal: parte general". Barcelona: Reppetor, 2008.

MONTERO AROCA, Juan: Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal, 8^a Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho penal. Parte General: Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

REDONDO ILLESCAS, Santiago et Al., Perfil y tratamiento del maltratador familiar, UAB. Dossier.

RUBIDO DE LA TORRE, José Luis: Ley de violencia de género: ajuste de constitucionalidad en materia penal: Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

SOUTO PAZ, José Antonio: "Comunidad política y libertad de creencias: introducción a las libertades públicas en el Derecho comparado" Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: Fundamentos de Derecho Penal, 3ª Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1993.