



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**La transformación del derecho sobre la violencia contra la mujer:
Análisis de la STC 59/2008 de 14 de mayo.**

Autora

Orellana Martín Angela del Carmen

Director

Calvo García Manuel

Facultad de derecho
2015

Índice.

I.INTRODUCCIÓN.....	4
II.EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.....	5
1. MARCO INTERNACIONAL.....	5
2. MARCO EUROPEO.....	6
2.1Consejo europeo.....	6
2.2 Unión Europea.....	7
3.MARCO NACIONAL.....	8
III.STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008.....	12
1. PLANTEAMIENTO.....	12
2.. PRINCIPIOS CUESTIONADOS.....	13
2.1 Principio de Igualdad.....	13
2.2 Principio de Proporcionalidad.....	14
2.3 Principio de Culpabilidad.....	15
3. Argumentos del Tribunal Constitucional.....	17
3.1 Fundamentación de la Constitucionalidad.....	17
3.1.1 Negación de la predeterminación legal del sexo como sujeto activo o pasivo.....	17
3.1.2 Rechazo a la infracción del Art. 14 CE.....	18
3.1.3 Razonabilidad de la normativa cuestionada.....	16
3.1.4.Rechazo a la infracción de los principios de: presunción de inocencia, culpabilidad y dignidad.....	21
IV.ANÁLISIS CRÍTICO STC 59/2008 DE 14 MAYO.....	22
V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.....	31
VI. CONCLUSIÓN.....	32
VII APÉNDICE.....	33
1. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO.....	34
2. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	35

Abreviaturas.

AP = Audiencia Provincial

ART= Artículo

CE = Constitución Española de 1978

CGPJ = Consejo General del Poder Judicial

CP = Código Penal

LECr = Ley Enjuiciamiento Criminal

LO = Ley Orgánica

LOMPIVG = Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género

ONU = Organización de Naciones Unidas

SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial

STC = Sentencia del Tribunal Constitucional

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER: ANÁLISIS DE LA STC 59/2008 DE 14 DE MAYO

I. INTRODUCCIÓN

En la medida que la figura del ciudadano iba avanzando, sus derechos, libertades y obligaciones también lo hacían, tanto histórica como política y juridicamente. Asimismo las mujeres también conseguimos empezar a ser consideradas ciudadanas, gracias a los movimientos feministas y organizaciones de mujeres (1), obteniendo como resultado, el ser contempladas por las categorías y los principios jurídicos que iban fundamentando las leyes, ejemplo de ello es la utilización del derecho penal como principal estrategia de protección de las mujeres frente a la violencia que se ejerce contra éstas. Este es el principal motivo que me ha llevado a realizar este trabajo, para así conocer mas de fondo como ha ido avanzando la figura de la mujer y como se le ha ido protegiendo.

Al hacer mención a la expresión “violencia contra las mujeres” estamos haciendo referencia a aquella violencia a la que las mujeres se encuentran sometidas, por su pertenencia al sexo femenino (2). Estamos por tanto ante una violación de los derechos humanos y derechos fundamentales recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, siendo éste un problema que no es únicamente privado ni circunstancial, sino que es un fenómeno público y social, que se encuentra extendido en el entramado de nuestra sociedad y cuya erradicación nos concierne a todos los que formamos parte de ella. Ello implica la obligación por parte de los poderes públicos de generar todas aquellas condiciones necesarias para garantizar la igualdad efectiva, recogida en el Art.14 CE en relación con el Art 9.2 CE.

Por ello para entender este problema de la violencia contra la mujeres que ha sido y es, uno de los temas permanentes en el debate político-crímenal, en el bloque segundo examinaremos las diferentes medidas jurídicos-penales que han sido llevadas a cabo tanto a nivel internacional, estableciendo políticas criminales que han servido como directrices para los distintos Estados, como a nivel europeo, llevando acabo una estrategia paneuropea, es decir, una estrategia que sea seguida por todos los países miembros de la UE, por último a nivel nacional, en el marco de un itinerario legislativo que comenzó con la introducción del delito de la violencia doméstica en el Cp y que llega hasta *LO 1/2004 de Protección Integral Contra los Actos de Violencia de Género*.

1.SUAY, Celia., “El Derecho penal en la encrucijada: abolicionismo y feminismo”, *Revista el Viejo Topo*,87, 1995, pp.52 a 56. “ El movimiento feminista no nace en las universidades. Las mujeres hemos tenido y seguimos teniendo, grandes dificultades para acceder a los centros de poder público. Se dice que cuando llegamos , es señal de que aquel lugar a perdido su preminencia social. El feminismo surge desde abajo...”

2..PATEMAN, Carol., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, pp.14 a 16; “ El sexismo es la ideología propia del orden social patriarcal que se caracteriza por reinterpretar la diferencia entre los sexos...”

Con la LO1/2004, se llevaron a cabo, como veremos en el bloque segundo apartado tercero, una serie de reformas en el Cp que trajeron consigo durante la tramitación parlamentaria mucha controversia, como veremos en el bloque cuarto, siendo el aspecto más llamativo y que impregna toda su esencia el trato diferenciador por razón del sexo. Dicha modificación llevó a preguntarse si el derecho penal es realmente neutro en cuanto al género y si se encuentra a salvo de las desigualdades siendo esa misma pregunta la que se llevó ante el Alto tribunal garantista de los derechos fundamentales mediante cuestión de constitucionalidad interpuesta por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia en relación con el Art.153Cp y que tiene su respuesta en la STC 59/2008 de 14 mayo que será objeto del siguiente análisis jurisprudencial, concretamente en el bloque tercero realizando un primer planteamiento sobre los motivos de la interposición de la cuestión, seguido de los principios constitucionales que se ponen en cuestión y finalizando con los argumentos que da el Tribunal Constitucional ante este cuestionamiento.

A continuación, en el bloque cuarto como ya adelantaba en párrafos anteriores, trataremos sobre las reacciones que surgieron tras las reformas introducidas por la LO 1/2004, modificadora del Art.153.C y las reacciones ante la respuesta dada por el Tribunal Constitucional ante la cuestión de constitucionalidad interpuesta.

Para finalizar en el bloque quinto trataré sobre el estado actual de la cuestión y en el bloque sexto una reflexión final o conclusión. Por último añadir que el alcance de la lectura propuesta es una tímida aportación en este mundo de desencuentros entre mujer y derecho penal.

II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Para llegar a entender el tratamiento que en la actualidad se le da a la violencia contra la mujer, es preciso realizar un análisis de la evolución legislativa tanto en el plano internacional, europeo y nacional.

1. MARCO INTERNACIONAL.

En el marco internacional ha sido donde se han ido estableciendo las diferentes directrices sobre las que posteriormente se apoyarían y basarían los legisladores de las diferentes naciones.

El primer organismo en reconocer la gravedad de este hecho, al ser el crimen encubierto más frecuente, fue la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o Naciones Unidas (NN.UU).

El paso más importante tuvo lugar el 18 de diciembre de 1979, año en el que la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobó la **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)** que entraría en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 y que España ratificaría en 1983. La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo por parte la Comisión de las Naciones Unidas sobre la Condición de la Mujer, impulsando la **Declaración de la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** y siendo ésta la antesala de la ya mencionada Convención de 1979.

Dicho documento fundamental ocupa un lugar de indudable relevancia entre todos los tratados internacionales ya que no es solo una declaración de derechos para la mujer, sino también una guía de acción, para que los Estados garanticen la efectividad de esos derechos (3). El alcance de esta convención es general y aplicable a todas las áreas de la vida tanto civil como cultural, política y económica, representa la idea de oportunidades reafirmando la fe en los derechos humanos, la dignidad, el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Un año más tarde, en 1980, se plantearía por primera vez de forma más expresa la problemática de la violencia contra la mujer en la **Conferencia Mundial de las Naciones Unidas para la Mujer**, en la que se manifiesta que la violencia doméstica y en general la violencia contra la mujer supone un problema de graves consecuencias. Esto explica el porque la violencia de género, como violación de los derechos de la mujer, fue reconocida con posterioridad a la aprobación de la CEDAW, en dos recomendaciones: la Recomendación general nº12 (1989) y la nº19 (1992). En estas recomendaciones se explica la obligación de los Estados Partes de la Convención de proteger a las mujeres contra cualquier tipo de violencia, incluyendo la basada en el sexo, es decir la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer (4)

Otro paso fundamental en el reconocimiento de derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género es la **Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos**, por la cual se creó el primer mecanismo de derechos humanos contra la violencia que se ejerce contra la mujer denominado la Relatora, cuya función es la de buscar y recibir información sobre la violencia contra la mujer para los gobiernos y recomendar medidas para eliminarla (5).

Estos hitos han tenido continuidad como por ejemplo en la **Declaración de Beijing** (del 4 al 15 de septiembre de 1995) adoptada en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, en ella se reafirma que los derechos de la mujer, son derechos humanos y son tema de interés universal (6)

2. MARCO EUROPEO.

2.1 Consejo Europeo.

Agrupa a Estados tanto de Europa Occidental como de Europa Oriental, con el fin de trabajar para proteger los derechos humanos y libertades fundamentales. En lo que se refiere a la materia que nos ocupa, han ayudado con aproximaciones positivas.

3.MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURÓN QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista legal en el marco normativo internacional y nacional”,*Revista de la Escuela de Medicina Legal*,2010,p.16.

4.CALVO GARCÍA,M., “La violencia de género como violación de los derechos humanos. El papel de los movimientos sociales en la lucha por los derechos” *Historia de los derechos fundamentales*, TomoIV,VolV,Libro I,cap IV:Ls p.205.

5.La primera relatora fue Radhika Coomaraswamy de Sri Lanka hasta 2003. Con posterioridad lo ocupó Yañin Ertuk de Turquía hasta 2009 y desde esa fecha hasta ahora lo ocupa Rashida Manjoo de Sudáfrica.

6..MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURÓN QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa...”cit.,p.17.

Dicha organización inicia el proceso en materia de violencia con la recomendación dada por su Consejo de Ministros en 1985, estableciendo una serie de pautas de actuación, sobre el modo en que los Estados debían abordar el problema, a través de un doble enfoque; la prevención y la represión. En ese mismo año se aprobó la **Resolución sobre la Igualdad entre Mujeres y Hombres** y en 1990 la **Recomendación sobre la Violencia en el Interior de las Familias** (7).

El Consejo de Europa en la **III Conferencia Ministerial de Igualdad** convocada en Roma en 1993, condenó de manera clara y contundente todas las formas y modos de violencia contra la mujer. Asimismo se consiguió el compromiso de establecer pautas para que los Estados crearan planes en torno a esta materia y como consecuencia se elaboró el *Plan de Acción contra la Violencia hacia las Mujeres*, publicado el 25 de junio de 1997 (8)

Consecuentemente se aprobaron varias recomendaciones entre las que cabe mencionar la Recomendación nº1450/2000 *sobre violencia de las mujeres en Europa* y la nº5/2000 *sobre la protección de las mujeres contra la violencia* (9)

Por último encontramos el **Convenio del Consejo de Europa para la prevención y lucha contra la violencia de género y violencia doméstica** (Istanbul 11/05/2011), la importancia del mismo estriba en que estamos ante el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica. Asimismo es el tratado internacional de mayor alcance para hacer frente a esta grave violación de los derechos humanos, estableciendo una tolerancia cero con respecto a la violencia hacia la mujer, en España fue ratificado el 6/6/2014 y entraría en vigor el 1/08/2014 (10).

Es el primer tratado europeo que aborda específicamente la violencia contra las mujeres incluyendo la violencia sexual, sicológica, física, económica, la mutilación genital y el acoso. Establece estándares mínimos de protección, prevención... obligando a los países que lo retifiquen establecer servicios como líneas de asistencia telefónica, centros de acogida, servicios médicos, orientación y asistencia legal. Es por tanto, una herramienta de gran valor para continuar en la elaboración de una estrategia europea de lucha contra la violencia, contribuyendo a la armonización de las legislaciones y políticas de los Estados partes (11)

2.2 Unión Europea.

La igualdad entre hombres y mujeres se encuentra entre uno de los objetivos de la Unión Europea. En sus comienzos todo lo relativo al ejercicio de los derechos humanos de las mujeres que daban bajo las políticas de empleo de la Unión. Será con la aprobación del **Tratado de Ámsterdam** cuando la UE incluiría la igualdad en el Art.2 y establecería medidas legales contra la discriminación Art.13.

7.MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURON QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa...”cit.,p.18.

8.ZURITA BAYON,J., “ La lucha contra la violencia de género”, Revista del Ministerio de Interior,Nº9,2013,p.4.

9.CALVO GARCÍA,M., *Historia de los derechos fundamentales...*,cit.,p.212.

10.MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURON QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa...”cit.,p.18 y CALVO GARCÍA,M., *Historia de los derechos fundamentales...*,cit.,p.212.

11.<http://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf>.

Aunque hay que hacer memoria y recordar, que el Parlamento Europeo inició en 1986 un proceso de elaboración de resoluciones sobre las agresiones a las mujeres, la pornografía, las violaciones de las libertades y derechos fundamentales de las mujeres y la trata de personas, que concluyó con la ***Resolución sobre la violación de los derechos humanos en el caso de las mujeres***, la cual reafirma lo recogido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 (12)

Sobre ese marco, en 1997 se aprueba la Resolución por la que se inicia la conocida ***Campaña Tolerancia Cero***, donde se pretende que cada uno de los Estados Miembros elabore una legislación específica para proteger a las víctimas de violencia basada en el sexo. Años mas tarde en 1999 se designaría como ***Año europeo contra la violencia hacia las mujeres*** y el 25 de noviembre como ***Día Internacional para la eliminación de la Violencia contra las Mujeres***(13)

Mas recientemente encontramos el ***Plan de Trabajo para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la UE*** (2006-2010) donde se incluye un apartado referido a la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer. Finalmente fruto de dicho Plan, se recogen las prioridades definidas por la Carta de la Mujer y se constituye el programa de trabajo de la Comisión describiendo las acciones clave previstas entre 2010 y 2015 (14)

3. MARCO NACIONAL.

En cuanto al marco normativo español ha existido una evolución en los diferentes ámbitos del derecho, penal, administrativo, laboral y procesal, pero solo me centraré en el penal.

En nuestra sociedad, no será hasta nuestros días cuando se empezará a atender a la violencia a la que están sometidas algunas mujeres, pues años atrás se les sancionaba con medidas mas que excesivas con la falsa intención de proteger a la familia y las buenas costumbres.

La cronología es la siguiente (15):

- CP de 1822 se incluye la agravante de desprecio al sexo femenino, el CP de 1848 solo habla de desprecio de sexo que, se mantendrá hasta la reforma del CP de 1983. Todo ello en contra de lo establecido en la CE.
- Las desigualdades siguen siendo latentes con el paso de los años, ejemplo de ello es el delito de uxoricidio que no desapareció hasta 1961 y el adulterio que estaría vigente hasta las primeras reformas de la transición democrática de 1979.
- En 1989 se iniciaría la reforma del Derecho penal español en materia de malos tratos y violencia física en el ámbito familiar. En ese mismo año se intentó eliminar todos laconnotaciones machistas existentes en el Cp adecuándolas a la CE.

12.El 25 junio de 1993, los representantes de 171 Estados adoptaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos; culminaron con éxito a las dos semanas de trabajo de la Conferencia y se presentó a la comunidad internacional un plan común para fortalecer la labor en los de los derechos humanos en todo el mundo. [versión electrónica <http://www.un.org/>].

13.FREIXES SANJUÁN.T., “Derechos fundamentales en la UE. Evolución y prospectiva”, *Revista derecho constitucional europeo*,Nº4,2005,p.43 a 46.

14.<http://www.inmujer.gob.es/en/areasTematicas/redPoliticas/metodologia/docs/0018-EvaEst.pdf>.

15.MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURÓN QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución

- El Cp actual, aprobado mediante **Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre** que entró en vigor el 25 de mayo de 1996 e introdujo un apartado a la protección de la mujer frente al maltrato en el Art.153 Cp que sufriría en años posteriores distintas modificaciones.

Posteriormente se aprobó la **Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio** (16), con la que se produjo las primeras modificaciones del Art.153 Cp,que:

- Introdujo la violencia psíquica como modalidad típica.
- Amplió el círculo de sujetos incluyendo las relaciones matrimoniales o de hecho que hubieran existido en el pasado, es decir los excónyuges y los exconvivientes.
- El legislador se pronuncia sobre uno de los temas que más controversia había suscitado; el concepto de habitualidad que se apreciará atendiendo al número de actos violentos que resulten acreditados.
- Introduce tres prohibiciones que pueden imponerse atendiendo a la gravedad de los hechos como penas accesorias; prohibición de aproximación a la víctima, prohibición de comunicación con la víctima y prohibición de volver al lugar en que se haya cometido el delito

En **2002 se creó el Observatorio de Violencia Doméstica** que se constituyó el 26 de septiembre. Se trata de un instrumento de análisis y de actuación en el ámbito de la Administración de la Justicia que promueve iniciativas y medidas, dirigidas a erradicar el problema social de la violencia doméstica y de género (17).

De especial importancia es la **Ley 27/2003 de 31de julio** reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (18) de la cual deben destacarse tres aspectos:

- Las conductas de violencia doméstica habitual pasan a contemplarse como delito contra la integridad moral, es el nuevo Art.173.2CP.
- La orden de protección dirigida a otorgar una protección integral a la víctima de malos tratos a través de un procedimiento judicial rápido y sencillo sustanciado ante el juez de instrucción. Se incorporó en el Art.13 LECr, junto con las medidas cautelares del Art.544bis LECr.
- Se produce de nuevo una ampliación del círculo de sujetos protegidos con la inclusión de los descendientes, ascendientes o hermanos ya sean propios o del cónyuge o conviviente y además de cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia familiar.
- La conversión de las faltas en el delito del Art 153CP recogiendo una nueva figura en la que no se exige el requisito de la habitualidad (19).

legislativa...”cit.,p.19.

16.MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURON QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa...”cit.,p.20

17.<http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violenciadomestica-y-de-genero>.

18.MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURON QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa...”cit.,p.21.

En 2003 parte de la doctrina se oponía a ampliar los comportamientos considerados agravados hasta el punto de penar como delito una empujón aislado o insultos entre parejas, pues era ir demasiado lejos al poder imponer la pena privativa de libertad..., incluso fue objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad cuyos fundamentos no fueron aceptados por el TC. Son aspectos polémicos que se complicaron tras la reforma del 2004 que vamos a ver a continuación.

En 2004 sería el año en el que el legislador tras el aumento de asesinatos de mujeres cometidos a manos de su pareja, decide dar respuesta mediante la **Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre**, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuyo objetivo y finalidad es el de prevenir, sancionar y erradicar la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre éstas. A diferencia de los antecedentes legislativos la violencia a la que se hace referencia en esta ley no es la violencia doméstica o familiar sino la violencia ejercida contra las mujeres por parte de su pareja o expareja (20).

Aministía internacional expresó su satisfacción ante el paso que dió el Parlamento español para mejorar la protección jurídica de los derechos de las mujeres, pero lo cierto es que el proyecto de ley fue muy polémico durante su tramitación parlamentaria hasta su aprobación final, ya que surgió un arduo debate que versaba sobre las consecuencias que podría implicar la aparición de agravantes en los tipos básicos de lesiones, amenazas y coacciones, surgiendo posturas encontradas durante la comparecencia en el Congreso de los Diputados.

Uno de los grandes defensores en el desarrollo de la ley fue, Peces Barba (21), quien alegó que "una ley protectora es claramente constitucional, oportuna y justa, he hizo reiteradas llamadas de atención al uso constitucional de la discriminación positiva, totalmente legal, en un país donde la igualdad formal se ha conseguido, pero las mujeres siguen viviendo en una situación de desigualdad real". Esta línea fue seguida por Arroyo Zapatero (22) que durante su comparecencia en el Congreso de los Diputados, justificaba que "era legítimo constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones para captar en ellos el mayor desvalor de acción en los tres supuestos."

Asimismo durante la tramitación del Congreso de la ley en el Congreso, encontramos voces como la de la especialista Larrauri (23) que optó por una postura intermedia, pronunciándose de modo más cauto y atisba y mediante un ejemplo ilustrativo explicaba el por qué de la no conveniencia de la aplicación de la agravante específica, ya que si una mujer decide interponer denuncia encuentra de su

19.BENITEZ JIMENEZ,MJ., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar, cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, p.95. "Tal endurecimiento de las penas cuando el comportamiento es una falta infringe el principio de proporcionalidad".

20. MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURON QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., "Evolución legislativa..." cit., p.23 y Art 1 LOMPICVG.

21. PESES-BARBA MARTINEZ,G. En el País a 23 de junio de 2004.

22.ARROYO ZAPATERO, L.; "Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género", en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 733.

23.LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 43.

maltratador y al volver a casa, éste le golpea, es difícil que un juez estime y fundamente la motivación machista de la agresión, habría que adivinar la intencionalidad y ello siempre conlleva a una difícil prueba.

Por último encontramos al máximo organismo de Gobierno de los Jueces, CGPJ, que se mostró en todo momento en contra del proyecto de ley, al tratarse de una ley inconstitucional que castiga de forma distinto un hecho, en función del autor que lo cometa, siendo una vuelta al Derecho penal de autor, lo cual va en contra de los presupuestos básicos que rigen nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Asimismo dentro del CGPJ hubieron algunos miembros que formularon sus votos particulares ante el Infome, Monsterrat Comas y Félix Pantoja García alegando que "causa desconcierto el ataque en este punto cuando el Cp está plegado de delitos en los que intención o el propósito entra dentro de la tipicidad y según la intención o el propósito sea uno u otro el tipo penal cambia y la pena también"(24)

Otra de las críticas que suscito la propuesta de ley durante su tramitación tuvo que ver con la cláusula complementaria que da entrada a los sujetos especialmente vulnerables que convivan con el autor en las que nada se cuestiona respecto del sexo de la misma pudiendo por tanto ser persona especialmente vulnerable tanto hombres como mujeres. El CGPJ critico la clara imprecisión del término pues según afirmaba en su informe al Anteproyecto de la Ley, la violencia contra los ancianos y niños es más grave si cabe por la nula capacidad de defensa y de denuncia del hecho, concluyendo que no se obtiene más protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la protega tan solo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos. Pero en general se acusa que esta regulación especial supone un flaco favor a la autonomía y capacidad de las mujeres al equiparlas con menores e incapaces en situación de debilidad, pues parece que esta equiparación no supone considerarlas personas plenas de derecho si es lo que en principio se pretende (25).

Finalmente las modificaciones que se llevaron a cabo fueron:

- La agravación de los delitos de lesiones cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable; se introduce una nueva agravación de las previstas en el Art.147.Cp y un quinto apartado en el Art.148Cp que hace mención a las personas especialmente vulnerables.
- Modificación del Art.153Cp, quedando configurado en función de la clase de víctima el menoscabo psíquico o lesiones no definidas como maltrato de obra.
- En el delito de amenazas se integran tres nuevos apartados en los que se va a considerar como delito las faltas de amezas leves.
- Se configura un tipo específico de quebrantamiento de condena.

24. Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del CGPJ <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>. De 21 junio de 2004.

25. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>.

A partir de la aprobación de la LO 1/2004, el punto discordante viene dado sobre todo por los Arts.148.1,**153.1**,171.4 y 172.2CP, que son el sustento de la agravante específica de género. En el siguiente bloque de este trabajo nos centraremos en la respuesta que el TC ante debate, en la STC 59/2008 de 14 de mayo, que se ocupa de la demanda de inconstitucionalidad planteada en relación con el art 153.1 Cp, interpuesta por el Juzgado de lo Penal núm 4 de Murcia.

III. STC 59/2008 DE 14 DE MAYO DE 2008

1. PLANTEAMIENTO

La Sentencia del Tribunal Constitucional español 59/2008, dictada el 14 de mayo de 2008, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad (núm 5939-2005) interpuesta por el Juzgado de lo Penal núm 4 de Murcia contra el art 153.1 en relación con el art 153.2 de Código penal español (en adelante Cp). El epicentro de dicha demanda de inconstitucionalidad es la anulación del Art 153.1 Cp ya que supone un ataque a los fundamentos clásicos del derecho penal, entre ellos el principio de igualdad, culpabilidad, proporcionalidad, etc, dado que se presume iuris et de iure mas agravado el acto de violencia por razón del género cometido por el varón contra la mujer que al revés, admitiendo así un trato diferencial desfavorable para el varón, que se le sanciona con una pena mas onerosa que a la mujer (26).

A continuación de forma esquemática la diferencia entre el Art 153.1 y el Art153.2 Cp:

Art 153.1Cp (ofendida que sea oArt 153.2Cp (víctima que sea haya sido esposa o mujer ligada a alguna de las personas del a él aun sin convicencia...oArt.175.2Cp exceptuado las personas vulnerable quepersonas contempladas en el conviva...))		
Privación de libertad	De seis meses a un año.	De tres meses a un año.
Trabajos en beneficio de la comunidad.	Treinta y uno a ochenta días.	De treinta y uno a ochenta días.
Privación del derecho a la tenencia y porte de armas	De un año y un día a tres años.	De un año y un día a tres años.
Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela,...	Hasta cinco años.	De seis meses a tres años.

Como se puede observar y como subraya el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, el art 153.1 Cp contiene dos incisos, si bien solo el primero es el objeto de la demanda “*cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”. Si atendemos a la literalidad del texto aplicando la interpretación gramatical, que es por lo que ha opta el órgano promotor de la cuestión, el sujeto pasivo es la esposa y el sujeto activo el varón.

El fin perseguido es sin duda loable, pero por ello mismo el instrumento para conseguir dicho fin debe ser bien elegido sin el sacrificio de otros derechos como así recalca el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad(27), para no desvirtuar las medidas con polémicas innecesarias. Por ello cabe imputar que se hayan sembrado dudas en un tema tan complicado como son los derechos fundamentales, los cuales vamos a analizar a continuación.

26. MOLINA FERNÉNDEZ.F., “Desigualdades penales y violencia de género”, Anuario de la Facultad de Derecho Constitucional de la Comunidad Autónoma de Madrid, N°13,2009,p.57. El único antecedente que ha optado por una perspectiva de género en el Derecho Penal, se encuentra en el Código penal sueco.

27. Cfr. STC 59/2008,p.10.

2. PRINCIPIOS CUESTIONADOS.

2.1 Principio de Igualdad.

Para una persona que no sea lego en derecho puede resultar difícil entender que lo propio en las normas jurídicas es establecer diferencias y por tanto que la igualdad de todas las personas en su trato normativo resultaría inllevable para cualquier ordenamiento. Ello es porque tampoco existe un mandato general de que las disposiciones son garantía de un trato igual, más allá de su mayor o menor tendencia funcional a la generalidad. De ahí que uno de los contenidos obligatorios del principio de igualdad gire en torno a la exigencia de los poderes públicos de que den una justificación suficiente de los tratos jurídicos diferenciados, en una sociedad compleja (28)

En el caso que nos ocupa, la predeterminación legal del sexo deriva en consecuencias legales distintas - si un hombre pega a una mujer se le castiga con una pena mayor y si una mujer pega a un hombre se le castiga con una pena menor - supone la infracción del art 14 CE así como de la doctrina del TC(29):

- El principio de igualdad exige que ante iguales supuestos de hechos, iguales consecuencias jurídicas
- El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino aquellas que sean artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos.
- Para que la diferenciación sea lícita no debe serlo solo él sino que las consecuencias que resulten de tal distinción deben de ser adecuadas y proporcionales a dicho fin, de modo que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido, superen un juicio de proporcionalidad evitando resultados gravosos.
- No toda desigualdad supone una infracción del Art. 14 CE solo aquella desigualdad que carece de justificación objetiva y razonable.

Por tanto se puede deducir de lo dicho que se impide considerar al sexo como criterio de diferenciación y tratar de modo distinto a las personas que desde el punto de vista adoptable se encuentran en la misma situación, si bien se puntualiza que no toda desigualdad supone una infracción el art 14 CE. De hecho, la preocupación del legislador penal por la igualdad ha avanzado hasta el punto de incluir medidas discriminatorias en Cp, de hecho en la actualidad, se han incorporado tipos de discriminación como por ejemplo la discriminación en el empleo (Art. 314 Cp), cuyo bien jurídico protegido es el derecho a la igualdad y cuya característica es la neutralidad en la descripción del sujeto activo, no optando el legislador en la redacción del artículo en cuestión, por dicha neutralidad (30).

Con todo lo dicho lo que se está negando es que existan supuestos de desigualdad que carezcan de justificación objetiva y razonable, y en este caso, la agravación no es un efecto necesario pues hay alternativas de idéntica duración a las señaladas en el tipo básico y por ello no es justificable.

28.ALÁEZ CORRA.B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado”, Revista de Actualización,Nº12,220,p.24.

29. Doctrina sintetizada en la STC 76/1990 de 26 abril,STC 181/2000 de 29 junio y STC 243/2004 de 2002.

30.BONET ESTEVA,M., “ Derecho penal y mujer.¿Dóbe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género” Derecho,género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas/coord por Daniela Heim, Encarna Bodelón,V.1,2010,p.27-33.

Asimismo la agresión del varón a la mujer no pueden considerarse manifestación de acción positiva (31)definida como un remedio corrector de pasadas injusticias, que han recaido sobre unos determinados grupos y lo que pretende es una redistribución del empleo, educación y otros bienes, a favor de esos grupos caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegandoles a otorgar un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes (STC 253/2004 de 22 de diciembre).

En este caso el TC habría realizado una clara apuesta por la acción positiva, pero no dirigida a la mujer a través de normas protectoras que responden a una consideración no igual de la mujer como trabajadora, ni a una norma promotora que contiene medidas tendentes a lograr la igualdad efectiva de acceso y mantenimiento de empleo de la mujer. Por tanto no se está favoreciendo la igualdad de oportunidades de la mujer ni se eliminan las trabas que la misma puede tener, sino que va dirigido a la mujer como víctima de la violencia de género, siendo rechazable la adopción de medidas de acción positiva en el ámbito penal y cuestionable la introducción de medidas en un ámbito distinto al que se ha venido desarrollando, como es el laboral o educativo (32).

Por último encontramos otra justificación que violaría el principio de igualdad, es la justificación a través del ánimo discriminatorio implícito, significa que sería justificable la agravación por que existe un ataque suplementario al propio derecho de igualdad y la proscripción de la discriminación sexual. La explicación para rechazar dicho argumento es el siguiente, en nuestro Cp en el Art 22.4 existe una agravación genérica cuando el delito se ha cometido por motivos de discriminación, ejemplo por razón del sexo. Establecer por ende, una presunción de intención discriminatoria, significa que el sujeto activo se rige por su pertenencia al grupo que es identificado como opresor con independencia de que el sujeto realice la conducta discriminatoria. No hay que olvidar, dada su relevancia en el tema, que el legislador cuando ha procedido ha sancionar la discriminación ha mencionado los motivos, pero no a los sujetos ni activos ni pasivos, por ello no es justificable limitar la agravación a la discriminación a la mujer (33).

2.2 Principio de Proporcionalidad

En la segunda mitad de los año noventa por parte del TC se lleva a cabo un gran esfuerzo por delimitar las características del principio de proporcionalidad, adaptandolo a las peculiaridades constitucionales, procediendo a fijar los elementos del principio bajo una no reconocida inspiración alemana. A día de hoy es doctrina consolidada, que el control de proporcionalidad integra un control de adecuación de la medida, un examen de necesidad de la misma y un control de proporcionalidad en sentido estricto atendiendo a sus consecuencias (34).

El brazo ejecutor es el legislador, quien en el ejercicio de su indirizzo político determina el contenido concreto de las normas jurídicas, que sirven para el logro de las finalidades constitucionalmente legítimas, sin perjuicio de que tiene la obligación de ajustarse a los límites constitucionales que se encuentran sobre el derecho penal, por razón de su afectación a otros derechos fundamentales (35).

31.GERMÁN GÓMEZ,O., “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, Anuario en derecho humanos, Nº9,2008,pp 380. “ La acción positiva es una traducción de lo que en EEUU se conoce como acción afirmativa expresión que tendrá origen en una ley laboral americana de 1935 y que luego se extendería a diversas medidas intervencionistas adoptadas en la década de los setenta por Kennedy.

32.Cfr.STC 59/2008, p.7 y 8.

33.Cfr.STC 59/2008, p.10 a 13.

34.Conferencia Trilateral Italia/Portugal/España “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Roma 24 a 27 de Octubre de 2013,p.13.

En este caso el enjuiciamiento de la proporcionalidad, aparece después de que la STC 59/2008 haya considerado diferente por razón de sexo la situación de hombres y mujeres en cuanto a la violencia y el órgano promotor de la cuestión, al analizar la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y la finalidad que se pretende, entiende que se infringe el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la finalidad, no cabe duda en ningún sector, de la magnitud que tiene este fenómeno de la violencia contra la mujer y ello se puede demostrar y argumentar estadísticamente y por ende la reacción penal frente a una realidad que pone en peligro bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, asegurando la proporcionalidad, es admirable. Pero lo cierto es que, en este supuesto, el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto se resiente, pues el dato estadístico (36), aunque refleja que la mayoría de las agresiones contra la mujer son llevadas a cabo por varones, ello no es por si solo justificable para llevar acabo la agravación, dado que dicho argumento autorizaría a justificar la agravación de cualquier delito cometido por un hombre con más severidad, ya que el porcentaje de delitos cometidos por varones es superior al de las mujeres.

Continuando con el argumento estadístico, no son argumentos fehacientes para justificar la desigualdad de trato, puesto que estariamos tratando de presunciones legales totalmente ajenas a la exigencia de prueba en el caso concreto, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos. Entiende que tales planteamientos no justifican la diferencia de trato y serían contrarias al principio de proporcionalidad (37)

Añadir, que una cosa es identificar a través de medios como estadísticas o informes la realidad sociológica de momentos determinados y como respuesta adoptar medidas, y otra muy distinta es el presumir a través de ellos que toda mujer víctima de maltrato es especialmente vulnerable como aparece recogido en el Art. 153.1 Cp in fine. Ello es contrario, porque supone una presunción que va en contra de la dignidad de la mujer, declarando el propio TC en reiterada jurisprudencia el rechazo a una visión paternalista de la mujer, ya que ello conlleva a aumentar la imagen de debilidad de la misma.

Concluyendo con el principio de proporcionalidad, para la titular de Juzgado de lo Penal de Murcia no se puede anunciar ante las víctimas medidas contundentes para conductas que no son las más graves ni las más difundidas y dejar otros supuestos más graves como es el maltrato habitual inmune a reformas más contundentes, supone una incoherencia interna del sistema que pretende preservar la proporcionalidad ante la gravedad de la conducta y la sanción (38)

2.3 Principio de Culpabilidad

En el siglo XVII los textos escolásticos y el pensamiento de los teólogos juristas españoles, como Alfonso de Castro, empezaron a introducir el principio de culpabilidad. En el siglo XIX se desarrolló con el pensamiento liberal y su idea de que no hay pena sin culpa. Actualmente el principio de culpabilidad es pilar fundamental de todo Estado de derecho pues representa un límite a la potestad punitiva del Estado (39)

El principio de culpabilidad se basa en la responsabilidad penal con diferentes implicaciones, la primera es la exigencia de culpa del autor (dolo o imprudencia) para que exista ilícito penal y pena

35. ALÁEZ CORRAL.B., "El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008, *Aranzadi revista*, nº12, 2008, p.17.

36. Cf. STC 59/2008, p.10

37. Cf. STC 59/2008, p.11

38. Cf. STC 59/2008, p.14 y 15.

39. <http://obligaciones.obolog.es/derecho-penal-i-principio-culpabilidad-1910058>.

aparejada, por otro lado no se puede sancionar a otra persona que no sea la autora y por último la pena debe estar ligada a la responsabilidad penal.

Atendiendo a la culpabilidad en su significado mas comunmente usado como juicio de reproche al autor, en el Art.153.1 Cp, según el órgano promotor de la cuestión, existiría una presunción legislativa de una mayor desvalor de las agresiones masculinas y una atribución de responsabilidad colectiva al sexo masculino, ya que hay una motivación que sería mas reprochable en el hombre, que llevaría a la existencia de una mayor culpabilidad (40). Pero lo cierto es que la imputabilidad se da por igual tanto en hombres como en mujeres y en cualquier circunstancia, lo mismo que el dolo y la imprudencia y la exigibilidad de una conducta que se adeque a la norma. Por tanto la afirmación del móvil discriminatorio cuestiona en relación con todas las medidas antidiscriminatorias conocidas el principio de culpabilidad (41).

Asimismo la vulneración del principio de culpabilidad, afecta a la presunción de inocencia y ello es debido a la afirmación de la existencia de abuso de superioridad del hombre sobre la mujer, cuyo requisito según la jurisprudencia para que se de tal abuso es: *una situación objetiva de poder físico o anímico sobre la víctima que determine un desequilibrio de fuerzas favorable al primero, en segundo lugar el aprovechamiento de ese desequilibrio para la mejor realización del delito y por último la accesoriedad de fuerzas en la realización del delito* (42)

El órgano promotor en relación con ésta cuestión, llega a la conclusión de que crear un argumento a partir del abuso de superioridad por la posición dominante de hombre, en cuanto presunto quebrantaría el principio a la presunción de inocencia, ya que desde el momento que en un juicio se exigiera la prueba de dicha superioridad, éstas se revelarían excesivas, puesto que se impidiría su aplicación al sujeto activo mujer en las mismas circunstancias. Por ende, al igual que no se puede afirmar en el hombre una superior capacidad de ataque, tampoco puede afirmarse una capacidad limitada de la mujer (43)

El Auto de la Titular del Juzgado de lo Penal de Murcia concluye del siguiente modo; el Art.153.1 Cp establece una diferencia de trato en función del sexo donde las diferentes argumentaciones justificativas no satisfacen ninguno de los principios mencionados anteriormente, no pudiéndose reconocer ninguna clase de criterio objetivo suficientemente razonable con los criterios generalmente aceptados y ello porque la prevención general no justifica una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo. Para perseguir con dureza la violencia contra las mujeres, maltrato conyugal, bastaba con agravar la pena sin distinguir sexo.

3. ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

3.1 Fundamentación de la Constitucionalidad.

El objeto de estudio por parte del Tribunal Constitucional en la Sentencia 59/2008 versa, como así aparece recogido en el FJ 4, únicamente entorno al Art.153.1 Cp, puesto que el mismo suscita la duda de una posible inconstitucionalidad, como así ha sido entendido por la Magistrada del Juzgado de lo Penal nº4 de Murcia, pues dicho artículo, establece un trato diferencial en función del sexo en comparación con el Art. 153.2 Cp que como ha sido recogido anteriormente, establece un tramo de

40. Cfr STC5 59/2008, p. 16.

41. MOLINA FERNÁNDEZ,F. “Desigualdades penales y violencia de género”, *Dialnet*; Nº13, 2009, p.63.

42. Cfr. STC 59/2008 p.18.

43. Cfr. STC 59/2008 p.19

prisión menos gravoso que su apartado primero que establece una sanción mas agravatoria para el hombre, cuando éste es sujeto activo que para la mujer, que directamente se incardina como sujeto pasivo.

En relación a la modalidad de sentencia con la que nos vamos a encontrar usaré como base la tipología de sentencias constitucionales recogidas por Diaz Revorio (44) estas no tiene porque ser exclusivamente ordinarias cuya división sería constitucionales e inconstitucionales, sino que recoge una división denominada sentencias interpretativas las cuales engloban a las estimatorias y desestimatorias. En este caso la sentencia 59/2008 se encuentra dentro de la desestimatoria ya que recae sobre una disposición ambigua, pero no de carácter simple, sino interpretativa desestimatoria cuyo fallo declarará la constitucionalidad del precepto “ si se interpreta” o “ es interpretado” en el sentido que el Tribunal señala.

A continuación, los motivos de la interpretación desestimatoria llevada a cabo por el Órgano constitucional español.

A) Negación de la predeterminación legal del sexo como sujeto activo o pasivo.

El TC sostiene en el FJ 4.a, que no estamos ante una creación legislativa que suponga un atentado contra el monopolio legislativo de la definición de delitos y penas, pues es potestad exclusiva del legislador el diseño de las políticas criminales, para configurar los bienes penalmente protegidos, gozando dentro de los límites recogidos en la Constitución de un amplio margen de libertad. Recuerda además que las normas penales con pena privativa de libertad susponen un desarrollo a la libertad y el desarrollo legislativo consiste en la determinación de su alcance y límites, en relación, con otros derechos.

En segundo lugar señala, que la afirmación de que el autor del delito tenga que ser un hombre es una de las interpretaciones posibles del enunciado legal, pues cabrían también otras afirmaciones como que las mujeres también pueden ser sujetos activos del delito. El porque las mujeres pueden ser también autoras del delito en cuestión, es debido a la incorporación en el enunciado legal de la expresión de carácter neutro “el que” que es introducido para que se entienda que ambos sexos pueden ser sujetos activos. Esta apreciación es recogida por la Magistrada que interpone la cuestión de inconstitucionalidad pues afirma que podría caber la autoría femenina, no solo por la expresión de neutralidad, sino porque también puede existir relaciones conyugales de afectividad o conyugal entre mujeres, pero finaliza su argumentación entendiendo que solo cabe la autoría masculina, debido a que se hace referencia expresa al sujeto pasivo “ofendida que sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él”.

Ante lo dicho el TC, se reitera diciendo que no es la única interpretación posible, dado que basta con observar y constatar que existen otras posibilidades interpretativas del precepto cuestionado por si hubiera alguna que permitiera salvar a la Constitución (FJ4,a), por ello fundamenta la imposibilidad de poder garantizar adecuadamente la libertad e igualdad de las mujeres mediante disposiciones penales sexualmente neutras. En esta línea marcada por el TC encontramos a la autora Larrauri Pijoan quien da respuesta a aquellos que basándose en una interpretación literal consideran que si que existe una predeterminación del sujeto activo y pasivo, la misma afirma que en la actualidad se reconocen las relaciones entre mujeres y que en consecuencia el hecho de que se señale que la víctima debe ser mujer no lleva consigo que esta deba serlo por culpa de un hombre,

44.DIAZ REVOIRO,FJ.,”Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”*Repertorio Aranzadi TC*, Nº1,2000, p. 54- 55.

sino que se admite que puede ser víctima a manos de otra mujer (45).

La siguiente aclaración responde a la pregunta ¿ El hombre puede ser víctima ? La respuesta que da el TC es afirmativa y ello es así porque aparece recogido en el inciso segundo del Art.153 Cp en el que se añade como sujeto pasivo a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor y a la que el TC para ayudar a salvar la constitucionalidad del artículo echa mano, pues formalmente no forma parte de la discusión constitucional. Afirma por tanto que se castigan del mismo modo las agresiones cometidas tanto por una hombre como por una mujer, no habiendo ningún tipo de delimitación en cuanto al sexo del sujeto activo. Como simple apunte, la única diferencia que presenta y que el TC no recoge, aunque se puede deducir del artículo, es que el hombre podrá ser sujeto pasivo pero deberá de probar la existencia de convivencia y situación de especial vulnerabilidad y en cambio la mujer le es suficiente con probar que es o fue mujer pareja.

B) Rechazo a la infracción del Art. 14 CE.

La virtualidad del Art.14 CE como señala el TC no se centra exclusivamente en la claúsula general de igualdad sino que posteriormente recoge un segundo inciso que se refiere a la prohibición de discriminación. No obstante encontramos dos apartados:

- Claúsula general de igualdad:

Dicha claúsula exige una triple exigencia, en primer lugar que se trate de un fin legítimo, seguidamente no debe articularse en términos inconsistentes con tal finalidad y por último no debe incurrir en desproporciones. Lo que se pretende por tanto con esta claúsula es garantizar a todos los ciudadanos un trato igual ante supuestos de hechos iguales no estableciendo distinciones irrazonables o arbitrarias y que no solamente obligue a los poderes públicos sino que también limite. En caso de que apareciesen diferencias deben de estar justificadas de modo objetivo y razonable conforme a los criterios y juicios de valor aceptados en la sociedad (46)

- Prohibición de discriminación:

Para explicar este inciso el TC hace mención a su propia doctrina (STC 233/2007 de 5 noviembre, FJ5) “Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona[...] Ha sido aceptado por este Tribunal, que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados como criterio de diferenciación jurídica” Dicha diferenciación es posible en relación con el sexo (STC 103/1998 de 22 noviembre, FJ6).

45. LARRAURI PIJOAN, E., “ Igualdad y violencia de género, comentario a la STC 59/2008”, *InDret*, Nº1, 2009, p.p 5.

46. RUIZ MIGUEL, A.,“ La igualdad en la jurisprudencia del TC” , *Doxa; Cuaderno de filosofía del derecho*, Nº 19, 1996, p.39; Aparece en la Sentencia 23 julio de 1968 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera sentencia constitucional a nivel nacional fue la STC 22/1981 de 2 julio.

Añadir al respecto basándose en la STC 233/2007 de 5 noviembre FJ 5 que “*A diferencia del principio genérico de igualdad, que sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación [...] de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor [...]*”

En este caso el TC en el FJ 7 da la respuesta definitiva y lo hace aclarando que de las dos vertientes que se daban en el Art 14 CE ninguna de las dos se ve afectada puesto que el legislador no ha establecido una diferencia por razón del sexo, sino que la diferencia normativa que introduce la sustenta en la ““ voluntad de sancionar unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa 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”. Por último, se descarta la falta de objetividad de la norma que es uno de los requisitos de la cláusula general del principio de igualdad, ya que si bien existe una diferencia de trato ante supuestos de hechos iguales, se encuentra justificado de modo objetivo, por todo lo dicho anteriormente.

C)Razonabilidad de la diferenciación de la normativa cuestionada

La razonabilidad de la diferenciación encuentra su justificación en el mayor desvalor de la conducta en la que se sustenta la misma. Se trata así de proteger la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, y todo ello queda recogido tanto en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (47), como en la Exposición de Motivos I y II (48) cuya finalidad principal es acabar con el origen de un tipo de violencia que se encuentra dentro de un contexto de desigualdad, no sólo se trata de quién es el sujeto activo sino también de quién es la víctima, ya que como hemos visto, éstas tienen un mayor grado de necesidad de protección, como se deja ver en las altas cifras de criminalidad que tiene como víctima a la mujer y como actor al que es su pareja o lo fue y en los diversos estudios sociológicos sobre la posición de la mujer en la sociedad actual y enconcreto en la sociedad española.

El TC acaba este primer argumento declarando en el FJ 9.a “*Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad*” se pretende así, proteger los derechos fundamentales de la mujer en determinadas situaciones, en la que no se encuentra completamente protegida por razones socioculturales.

El tema objeto de debate se vuelve mas complicado, como así recoge el TC, cuando la cuestión se enfoca a la diferencia entre el sujeto activo y pasivo y en concreto cuando el legislador establece una restricción dentro del círculo de sujeto activo, refiriéndose exclusivamente al sexo masculino.

En un primer momento se podría pensar que tal restricción puede resultar no funcional para el bien jurídico que se pretende proteger, puesto que hubiera resultado mas efectivo expresar la autoría en términos neutros pero lo cierto es que una especificación de los sujetos no resulta contraproducente,

47.LOMPIVG 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 [...] STC 59/2008, pp 35.

48. Exposición de Motivos I y II, tiene como objeto actuar contra la violencia que como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres [...] STC 59/2008, pp 35.

cuando las agresiones del varón suponen un mayor desvalor y por ello deben de ser contrarestadas con una pena mayor. Se responde así a la finalidad constitucionalmente legítima que persigue el legislador penal estableciendo dicha pena, puesto que una pena mayor tiene como efecto mayores efectos preventivos como así ha recogido el propio TC en diversas sentencias como la STC 161/1997 de 2 octubre.

Esto último es en lo que subyace la decisión normativa cuestionada, como así recoge el TC en el ya mencionado FJ 9.a “*No podemos calificar de irrazonable que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja efectiva tiene una gravedad mayor que cualquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponde a un arraigado tipo de violencia que manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que resulta intolerable*”

Por último en este FJ 9.a, lo que recoge el TC es la pretensión del legislador que por consideraciones preventivas basadas en merecimiento pretende garantizar a las víctimas:

- Seguridad: Con disminución de las expectativas futuras de la indemnidad.
- Libertad: Para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja, añade un efecto intimidatorio.
- Dignidad: En cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace mas perceptible ante la sociedad un menoscabo, que la identifica como un grupo menoscabiado.

Esta razonabilidad legislativa es la apreciación de que existe un desvalor añadido y que el TC no entiende quebrantado, porque no haya sido considerado en otros delitos mas graves, porque las comparaciones no desmiente la razonabilidad en si.

Además de la razonabilidad se exige que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que supongan que dicha diferencia que goza de razonabilidad tenga como resultado una negación desde la perspectiva constitucional. Para saber si concurre una desproporción que sea reprochable constitucionalmente se debe de apreciar un desequilibrio que sea “patente, excesivo e irrazonable” (STC 136/1999 de 20 julio, FJ 23). El TC señala que no merece reproche constitucional y ello desde dos puntos de vista como se recoge en el FJ 10:

- Puntos de vista de los supuestos diferenciados:

Como el propio TC ya ha recogido anteriormente estos casos de diferenciación quedan reducidos ya que el Art.153.1 CP, también abarca a “*las agresiones que se cometan en el seno de una pareja o entre quienes lo fueron las agresiones a personas especialmente vulnerables que conviva con el agresor o agrasora*” De todas estos recursos de diferente grado de distinción, que el legislador pone en manos del juez, el TC considera que se merece destacar que “ las agresiones entre cónyuges o ex cónyuges o relaciones análogas (49) sea entre sujetos convivientes distintos a los de el Art 153.1 CP y la víctima sea persona especialmente vulnerable dicha agresión sera penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja”.

- Punto de vista punitivo:

La diferencia entre el Art.153.1 CP y el Art.153.2 CP es de tres meses de privación de libertad, si bien esta pena es su límite mínimo pues puede ser suplida por trabajos en beneficio de la comunidad asimismo el Art.153.4 CP da la opción de rebajar la pena en un grado en el caso del Art 153.1 CP si bien también es aplicable para el Art.153.2 CP, es decir:

1. La diferencia se produce solo en el mínimo de la pena.
2. Existe una pena alternativa de trabajo en beneficio a la comunidad identificada en ambos casos.
3. En supuestos concretos la pena puede reducirse un grado.

D) Rechazo a la infracción de los principios de: presunción de inocencia, culpabilidad y dignidad.

- Presunción de inocencia

El Auto de planteamiento, apreciaba la existencia de una presunción legislativa que consiste en que en las agresiones del varón hacia quien es o ha sido pareja concurre tanto una intención discriminatoria como un abuso de superioridad y una situación de vulnerabilidad de la víctima. El TC argumenta en el FJ 11.a, que no acepta lo expuesto por la Magistrada, ya que el legislador lo que hace en el Art.153.1CP, como ya veíamos en el apartado de la razonabilidad, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad de las conductas descritas, en relación con lo tipificado en el Art. 153.2 CP. “No se está tratando por tanto de una presunción normativa sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita”.

- Dignidad

En este apartado aparece el término, vulnerabilidad, entendido como una particular susceptibilidad de ser agredido. El entender y presumir que a las mujeres se les atribuya tal término por el hecho de serlo, podría ser contraria a la dignidad de las mismas ya que conlleva a una imagen de la mujer como sexo débil, pero como establece el TC en el FJ 11.a el TC, “*de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad y un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador que las mismas se insertan en determinados parámetros de desigualdad generadores de graves consecuencias en los que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima*”. Esta idea no sólo la concibe el TC sino autores como Larrauri Pijoan que entiende que la agresión del hombre a su pareja femenina puede considerarse más grave puesto que se agrede a una persona en un contexto que la hace vulnerable y usando como base a Moller Okin considera el propio matrimonio como una fuente de vulnerabilidad por haber entrado en una institución cuya estructuración la sitúa en una posición de vulnerabilidad (50).

49. SAP de ÁVILA de 26 de Octubre de 2007 se refiere a la relación de afectividad análoga o semejante en los siguientes términos, FJ 1” entre las relaciones que se pueden citar están el noviazgo de larga duración, la convivencia extramatrimonial y sobre todo una cierta estabilidad en la relación, aunque este requisito yo no se exija en el tipo, ya que en relación de afectividad análoga al matrimonio no se puede lograr consolidadas esporádicas, aunque tengan un componente sexual”.

50.LARRAURI PIJOAN.E., “Igualdad y....”cit.,p12.

- Culpabilidad

La CE consagra dicho principio con una serie de exigencias; que la responsabilidad sea personal, que sólo cabe imponer una pena por la comisión de los mismo y que solo puede imponerse al responsable del ilícito penal. Por tanto el legislador, en este supuesto, ha apreciado un desvalor añadido, “*dado que el autor inserta en su conducta una pauta cultural que tiene como resultado gravísimos daños a sus víctimas y por ello no se está sancionando al sujeto activo por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta*” FJ 11.b.

La conclusión a la que llega el Alto Tribunal es que nos encontramos ante una diferenciación razonable que no conduce a consecuencias desproporcionadas ya que su principal objetivo es el de aumentar la protección de la integridad física, psíquica y moral del sexo femenino y persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado, puesto que no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen, es decir la sanción no se impone por razones vinculadas a su propia biología, sino de una sanción mayor por hechos más graves, que lo son por ser una manifestación concretamente lesiva de violencia y desigualdad. En términos más coloquiales el Tribunal Constitucional ampara que una situación pueda recibir un trato disparar por el legislador, fruto de la libertad de opción de la que goza, para así poder llegar a restablecer la igualdad como valor en sí mismo.

Finalmente la decisión del TC es desestimar la cuestión de inconstitucionalidad.

IV ANÁLISIS CRÍTICO STC 59/2008 DE 14 MAYO

En el siguiente apartado se van a recoger tanto los votos particulares de los diferentes magistrados del TC que decidieron ejercer dicho derecho (51), como la crítica de diferentes autores. Y si bien todos ellos coinciden en el desafortunado fallo de la misma por diferentes razones, también coinciden en otro aspecto de carácter positivo.

Todos comparten que estamos asistiendo ante un fenómeno social, donde la sociedad se muestra indignada y alarmada ante la sucesión de actos violentos, que tiene como víctimas en la mayoría de los casos a las mujeres por aquellos que se creen con el derecho a disponer de la vida de sus parejas. Por ello no es reprochable el enfoque del legislador en este tema que en el ejercicio de su política criminal, con una finalidad la de éste que se considera merecedora de los mejores esfuerzos, haya decidido establecer mediante un tratamiento penal concreto, medidas eficaces como sancionar a las personas que incurran en tan reprochable conducta y estableciendo cauces procesales ágiles. Por ende el instrumento debía haber sido cuidadosamente elegido para no desmerecer las medidas protectoras con polémicas innecesarias.

La cuestión que se plantean los magistrados y primeros críticos, que expresaron sus votos particulares, es la siguiente, ¿ La concreta medida legislativa adoptada para tan defendible fin se ha ajustado a las exigencias constitucionales ? La respuesta aparece en los siguientes puntos.

51. Facultad establecida en el Art 90.2 LOTC

- Interpretación del Art 153.1 Cp.

Al respecto, el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas critica que el propio TC afirme y reconozca que una interpretación literal “conduciría a efectos de inconstitucionalidad si fuera la única posible y se refugie para ello en “otras interpretaciones manifestadas en numerosos pronunciamientos de los jueces y tribunales...” ya que este argumento no es un criterio de análisis riguroso.

En relación con el tipo de sentencia con la que nos encontramos, como ya adelantábamos en el bloque tercero y como regoce el mismo Magistrado, la sentencia se encuentra dentro de las denominadas sentencia interpretativas (52), no siendo entendible que la interpretación que se considerada constitucionalmente aceptable no haya sido puesta en el fallo, ya que el no hacerlo supone un riesgo de inseguridad jurídica palpable, pues los órganos jurisdiccionales a la hora de argumentar y establecer un fallo no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada es constitucional o no. La misma opinión le merece al Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez quien también considera que estamos ante una sentencia interpretativa, pero de rechazo, que supone una declaración de inconstitucionalidad de carácter parcial del tipo penal que se cuestiona (53), sin embargo, no cumple con la función propia de una sentencia interpretativa ya que como también señalaba el anterior magistrado, no delimita con claridad y precisión cual es la interpretación incompatible con la CE y no lo refleja en el fallo, creando así una ambigüedad inaceptable puesto que el objeto de una sentencia interpretativa debe ser el de despejar las dudas de inconstitucionalidad.

Por otro lado encontramos el voto particular del Magistrado don Vicente Conde de Hijas que en relación con la interpretación, entiende que por un lado de modo implícito, declara la inconstitucionalidad del precepto si se atiende a la literalidad del mismo y al mismo tiempo declara su constitucionalidad si concurre la situación de discriminación, desigualdad y relación de poder.

Llega así a la conclusión de que este modo de entender el precepto cuestionado debió ser recogido en el fallo por índole general, en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional (54)

Hay otros votos particulares como el de el Magistrado Javier Delgado Barrio, quien enfocando su crítica en el fallo, entiende en cambio, que la sentencia no declara de modo claro su carácter interpretativo ya que una simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el precepto con el solo contenido que recoge es conforme a la Constitución, pero no es así ya que la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional.

Pués bien el problema que se desprende de la sentencia es que no se indica de manera clara cuál es el procedimiento a seguir por los jueces en los casos en los que se produzca algún resultado tipificado en el tipo en cuestión, como se ha destacado anteriormente en alguno de los votos particulares, no se establece en el fallo los parámetros de actuación, dejando un vacío en la aplicación de estos preceptos.

52.No resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable, no se haya llevado al fallo, como se hiciera en la STC 24/2004 de 24 de febrero.

53.Las sentencias constitucionalmente interpretativas declaran la constitucionalidad de la disposición impugnada en la medida en que el precepto se interprete en el sentido que el Tribunal considera adecuado a la Constitución. STC 5/1981 de 13 de febrero,FJ6.

54. STC 283/2006 de 9 de Octubre,FJ5.

Hay experiencias piloto en algunas Audiencias Provinciales (55) que se resisten a aplicar los delitos específicos de lesiones, amenazas, etc., cuando no se prueba el machismo, sino que estima que son simples riñas entre la pareja. En este sentido, por ejemplo, la AP de Barcelona decidió no aplicar delito de violencia de género del 153.1 cuando “se produjo una pelea mutuamente aceptada en la que ambos se agredieron, ella le increpó y propinó una bofetada y él respondió cogiéndola del brazo y tirándole del pelo⁹”. Es por eso en el FJ. 3 se establece “que los hechos probados describen una pelea con resultado lesivo que no merecen la pluspunición otorgada por el legislador en materia de violencia doméstica [...] puesto que no nos encontramos ante un acto de dominación o machismo del miembro más fuerte sobre el más débil –sea hombre o mujer– sino que se produce una pelea física entre una pareja que se arremete mutuamente, en igualdad de condiciones [...] ante la falta de dominación y conciliación de la paz en el ámbito doméstico, debe conducirnos a degradar a la categoría de falta [...].” Observamos por tanto que por la falta de claridad de la sentencia hay quienes consideran que al no probarse el machismo no se debe aplicar, art. 153.1 para aplicar las faltas.

Ante estas situaciones el TS(56) se ha pronunciado al respecto, en un recurso de casación interpuesto por el MF, precisamente a una de las sentencias de la AP de Barcelona. Los hechos probados son los que siguen; en primer lugar, el procesado roció con alcohol por el cuello y brazo a la mujer con intención de menoscabar su integridad física, que necesitó de una operación quirúrgica con injertos cutáneos y 100 días en curar. El segundo de los hechos consistió en reclamar a la mujer por la ropa que llevaba sin dejarle salir así a la calle, acabando en pelea, y en tercer lugar, el hecho fue intentar mantener relaciones contra la voluntad de su mujer iniciándose un forcejeo. Ante estos hechos la AP de Barcelona condenó por un delito de lesiones del Art. 150 Cp con agravante de parentesco CP y dos faltas de lesiones por sentencia 360/2007 de 28 de marzo, en la que justifica que no aplica el Art.153.1Cp sino falta de lesiones porque argumenta que la aplicación automática del Art.153.1Cp no es posible dado que darse situaciones, como las de pelea en situación desigualdad con agresiones mutuas en los miembros de la pareja, que nada tendría que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio el Art.153.1 Cp por no lesionar el interés que dicho artículo trata de proteger”. Sin embargo el TS lo estimó, “la situación de dominio exigible en tales situaciones está sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión”, ya que “ambas situaciones son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales”. El fallo del TS acaba condenando por un delito del Art.150.Cp y por dos delitos del Art.153.1 Cp. Vemos por tanto las dificultades a la hora de su aplicación.

Otro de los temas objeto de crítica tiene que ver con la interpretación propugnada por la STC en relación con el Art. 153.1 Cp, dado que llega a admitir una autoría femenina en el primer inciso. El TC se detuvo en torno a la discrepancia que causaba el primer inciso del Art.153 CP, en el sentido de estimar si únicamente el varón podía ser sujeto activo.

Al respecto el TC entiende solucionado el problema al concluir que el sujeto activo puede ser tanto varón como mujer, pero no resuelve el problema sino que lo aviva y lo aumenta, pues la consecuencia de ello es que no solo se combatiría a todo varón como enemigo sino que también a toda mujer sin prueba en contrario, aplicándose así, el derecho penal del enemigo (57) que debería aplicarse como un criterio estrictamente excepcional.

55.SAP Barcelona (Sección 20^a), núm. 626/2009 de 27 de abril, FJ. 2.

56.STS 58/2008 de 25 de enero, en contestación a la SAP de Barcelona 360/2007 de 28 de marzo

57.Cuando los sujetos se comportan como enemigos el ordenamiento no se relaciona con ellos sino que los combate.

Se viene a cuestionar, por autores como Miguel Polaino-Orts (58), la viabilidad de esa interpretación porque no deja de ser significativo que el TC dedique el mayor grueso de la argumentación a hablar de la violencia de género, aquella que es cometida precisamente por el varón contra la mujer y por otro lado abra en un mínimo pasaje de su argumentación el abanico de posibles autores del tipo penal, incluyendo a la mujer. El TC lo que esta haciendo con esta argumentación es desenfocar el problema entremezclando la interpretación de los dos incisos del tipo, donde resulta claro que la mujer pueda verse incluida en el pronombre “el que”, olvidandose así de que el análisis de constitucionalidad que debe realizar se refiere al primer inciso.

Ello merece según el autor una consideración crítica, ya que se distingue de modo discriminatorio los supuestos en que el sujeto pasivo es mujer, de aquellos otros supuestos en que el sujeto pasivo no es mujer sino varón o persona no especialmente vulnerable o incluso especialmente vulnerable. La nueva ampliacion del circulo de posibles autores del art 153.2 CP , quebrantaría el principio de igualdad, al generar situaciones de desigualdad, ¿ Porque el TC ultraprotege a la mujer que sufre lesión por parte de su pareja femenina y no al varón frente ataques de su pareja masculina?. Como recoge la Asociación de Mujeres para la Democracia no se está amparando a las parejas homosexuales que son discriminadas en un asunto fundamental como es la lucha contra los malos tratos cuando en estos momentos la legislación da cobertura ha estas parejas, por lo que el texto supone un retroceso.

- Las conductas establecidas en el Art 153.1 Cp tiene mayor desvalor y mayor gravedad que su apartado segundo.

Dicha afirmación aparece recogida en todo el entramado de la sentencia ya que es la base sobre la que se apoya. Para el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, tal afirmación no puede ser aceptada, dado que resulta intolerable e inncesario que se puedan establecer diferencias por razón del sexo, pues en el fondo se afirma la concepción de la mujer como sexo débil de nuestra sociedad. Por ende, si el desvalor es la clave de la sentencia, el mismo, deber se justificado dado que es lo minimamente exigible.

A este respecto hay autores como, Fernando Molina Fernández (59) que entiende que, para que haya un genuino desvalor añadido es necesario que la mujer se vea así misma al ser agredida como parte del colectivo de las mujeres y el hombre como parte del colectivo de los varones y ambos representados por sus respectivos roles arcaicos, pero es dudoso que la mujer agredida y el varón agresor vean sus actos de ese modo. Es decir a las mujeres les afectan los golpes de su pareja, el miedo continuo y la rebaja de su dignidad, pero no como exponentes de la dominación masculina sino como exponente de la violencia y cuando hablamos del varón sus actos van encaminados a mantener el control siendo dudoso que responda a una motivación sexista. Otro autor a quien le merece la misma opinión es a Miguel Polaino-Orts (60), en primer lugar considera que si bien es cierto que algunas conductas del varón frente a la mujer puede tener una lesividad, lo que no se puede admitir es que a todas las conductas del hombre se les deba de atribuir de manera automática tal desvalor agravado. En segundo lugar, no entiende que se pueda considerar que las agresiones cometidas por el varón son mas graves que las de la mujer en el seno de una relación conyugal o de análoga afectividad, pues supone una presuncin sin exigir prueba al respecto y lo que es mas grave sin admitir prueba en contrario, ya que debería ser acreditado fehacientemente.

57.Cuando los sujetos se comportan como enemigos el ordenamiento no se relaciona con ellos sino que los combate.

58.POLAINO-ORTS.M., “La legitimación constitucional de un derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer,InDret,Revista para el análisis del derecho,Nº3,2008,p.19-21

59. MOLINA FERNÁNDEZ,F. “ Desigualdades penales...”p.62-65

60. POLAINO-ORTS.M., “La legitimación constitucional...”p.22-23.

Por último mencionar el Voto particular del Magistrado don Ramón Rodríguez Arriba que si que esta de acuerdo con la formula empleada en la Sentencia de entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre por la situación de sometimiento de unos a otros en las relaciones de pareja, lo que genera una mayor gravedad y por tanto un reproche social mayor. Pero aun estando conforme, considera que se debería haber añadido algo al tipo penal ya que no está de modo expreso, aunque se pueda considerar que si está de modo implícito, debiendo expresarlo por ello en el fallo o por remisión a algún fundamento jurídico de la sentencia

- Presunción de inocencia, principio de culpabilidad y derecho a la dignidad.

Otro de los temas que sale a relucir es el que presenta el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, relativo a la presunción de inocencia, que como ya veíamos la Sentencia en el FJ 11, entiende que “*el legislador no hace una presunción del mayor desvalor de la conducta de los varones sino la constatación de que tal lesividad existe*”. Para el Magistrado le resulta inaceptable que todo maltrato cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre manifestación de sexismo y que por ello deba existir una tutela penal aumentada del Art. 153.1 CP. Como ya veíamos la respuesta que da la Sentencia en el FJ 11 es que “el legislador no hace una presunción del mayor desvalor de la conducta de los varones sino la constatación de que tal lesividad existe”

El mismo Magistrado, plantea la cuestión referida al principio de culpabilidad, ya que la Sentencia afirma entre líneas que el autor del delito debe de ser el sexo masculino debiendo ser sancionado con arreglo al plus de culpa que deriva de la situación discriminatoria creada por los varones de generaciones anteriores, aunque la agresión que se produzca sea por motivos diferentes. Es por tanto injusto, considerar que solo el sexo incide en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que también las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la sentencia calla.

En relación con este tema considero oportuno hacer mención a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2010 (Ponente Sr. Andrés Ibáñez) la cual respecto a esta cuestión se refirió del siguiente modo “ Se afirma que la conducta correspondiente careció de connotaciones machistas y no estuvo animada por la voluntad de sojuzgar a la pareja, sino que estuvo relacionada con cuestiones económicas [...].Pero la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que este precepto, Art.153 CP, depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja [...] a efectos legales es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hace uso de la fuerza física [...]”. En este caso no existe unanimidad en el Alto tribunal ya que hay otros que opinan que “si que se debe exigir la concurrencia de un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es el reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina”.

Lo que está claro es que la presunción a la que hace mención la Sentencia es incompatible con los principios de Derecho penal, al atribuir una responsabilidad por hechos ajenos en vez de por hechos propios y que es justificado por el TC al entender que hay una motivación mas reprochable en el varón, pero dicha afirmación plantea un problema que no es recogido por el TC, pero si por autores como el ya mencionado Fernando Molina Fernández, pues en primer lugar tal motivación a veces puede estar presente, pero no apunta a que sea necesariamente siempre y en segundo lugar las motivaciones internas pueden ser relevantes para la moral pero no para un derecho penal de hecho (61).

61. MOLINA FERNÁNDEZ,F., “Desigualdades penales...”p.25-27

Por tanto se puede decir que un hecho mas grave es mas reprochable, pero no porque sea mas culpable, sino porque es mas lesivo.

Del mismo modo y como recoge, Miguel Polaino-Pons, al hombre como a todo el mundo, se le ha de castigar por cometer una infracción de la norma, pero no, como apuntaba el TC, por el lastre social que conlleva presiblemente su condición de varón en la sociedad, ya que lo que se crea de ese modo es un Derecho penal que no está basado en la culpabilidad sino en una no probada idoniedad lesiva que no es objeto de comprobación (62).

La sentencia suma un quebrantamiento al derecho a la dignidad, no hay que olvidar que en la violencia de género, el atentado contra la dignidad es patente traduciéndose en agresiones reiteradas a su integridad física, psíquica y a su libertad con la amenaza constante de nuevas agresiones y es que tal reiteración podría incluso justificar tal agravación ya que desde la posición de la víctima su sensibilidad puede estar condicionada por otras previas o por sufrirlas en un futuro. Pero según el Magistrado, una visión paternalista que promueve una idea de la mujer como sujeto vulnerable que por el hecho de comenzar una relación afectiva con un varón, se posiciona en una situación de subordinación, obteniendo una tutela como persona especialmente vulnerable, que hace que ese enfoque resulte inaceptable en la sociedad actual que no admite el viejo rol de la mujer como “sexo débil”.

En relación con el principio de igualdad se encuentra en el art. 14 CE y afirma que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Por ende, el principio de igualdad del art. 14 engloba la igualdad en sentido estricto pero también está reconocida en nuestro derecho la prohibición de discriminación, pues “si desde el principio se reconoce que la marginación y desvaloración social en la que viven ciertos colectivos origina un peligro real de ver desconocidos sus derechos básicos es lógico que el ordenamiento punitivo tome en cuenta ese riesgo adicional y conceda a aquellas personas una protección especialmente intensa”, eso sí, con cuidado de no caer en un paternalismo excesivo(63).

Así pues, el principio de igualdad se manifiesta en dos vertientes; la igualdad formal que sería la igualdad en la ley y ante la ley y, la igualdad material, y este último se concreta en la igualdad como equiparación y en la igualdad como diferenciación y esta última, consistiría en un trato desigual justificado cuya justificación la proporciona en este caso el concepto de subordinación y de relaciones patriarcales, y la medida a adoptar son leyes sexo-específicas.

Ante esta cuestión un sector doctrinal (64) opina que el simple dato biológico de ser hombre o mujer que sea determinante para que haya una agravación de la responsabilidad criminal, es contrario al Art.14CE. Cuestión que otros autores no comparten porque ignora la subordinación que late bajo esa regulación, quedándose en lo superficial, por ello partiendo de la opinión dada por Larrauri (65) hay que hablar en este caso de una igualdad, pero no en la que uno tenga que igualarse, sino una igualdad en que se cambie todo aquello que sea necesario.

62.POLAINO-ORTS,M., “La legitimación constitucional...”p.18

63.LAURENZO COPELLO, P.; “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p. 20

64.GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005, p.498.

Dicha polémica y dichas posturas a favor y en contra la encontramos incluso dentro de las más grandes promotoras de la ley: las asociaciones feministas. Por un lado la Asociación de Mujeres para la Democracia consiera que la ley es discriminatoria porque que las amenazas y coacciones sean delitos cuando los comete un hombre y una falta cuando lo cometa una mujeres, son una barbaridad. Por otro lado la Federación Nacional de Mujeres opina que la necesidad de esta ley era inminente por las dimensiones que ha adquirido la violencia de género y por ello es imprescindible acabar con la impunidad del maltratador por el número de agresiones a mujeres, siendo necesario medidas particulares e inmediatas y siendo aceptable que exista esa diferenciación apoyandose en la acción positiva consolidada por el Tribunal Constitucional, por el Tratado de Amsterdam y por la última directiva de igualdad del Tratado de la Unión de 2002.

Analizadas todas las críticas mas relevantes que surgieron tras la STC 59/2008 de 14 mayo, la pregunta que cabría hacerse es si cabría una justificación de la pena agravada en virtud del amparo constitucional de la acción positiva y las medidas de discriminación positiva así como a través de la mayor lesividad.

El debate en relación con las acciones positivas y las medidas de discriminación positiva ya apareció a raíz de la aprobación de la ley 1/2004 y volvió a surgir tras el planteamiento de la Magistrada que interpuso la cuestión de inconstitucionalidad. Lo cierto es que estas medidas si que están bien valoradas en algunas ramas del ordenamiento jurídico como la laboral, pero no están del todo bien vista en el derecho penal.

En general el derecho discriminatorio distingue entre:

- Acciones positivas: Medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, y que tratan de favorecer a las mujeres, sin que, simultáneamente, perjudiquen a los hombres que están en situación similar.
- Medidas de discriminación positiva: Es una modalidad de acción positiva, pero con características propias, y a ello responde el sistema de cuotas y los tratos preferentes y se producen sobre todo en situaciones de bienes escasos.

Encontramos opiniones dispares:

- Están aquellos que consideran que con poco acierto, se ha hablado de discriminación positiva cuando en realidad la ley lo que alberga son acciones positivas, ya que aborda una situación concreto que se diferencia claramente de otras situaciones, por lo que no estamos ante situaciones iguales que reciben un trato diferenciado (65).
- Otros sectores opinan que estamos ante una “pretendida discriminación positiva” que intenta llevar a cabo la ley tanto en el ámbito penal como en el procesal, y ello no cabe porque “el hombre y la mujer en dicho ámbito se encuentran en una situación de absoluta igualdad, y

65. RIADURA MARTÍNEZ, M. J.; “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”, en BOIZ REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre), Madrid 2005, p. 97.

aquélla sólo tiene razón de ser cuando se parte de un desequilibrio de fuerzas que se quiere salvar con medidas establecidas a favor de la parte más débil”, y acaba por convertirse en una discriminación negativa para el hombre y por consiguiente en un peligroso Derecho penal de autor (66).

- Otra postura es la de aquellos que se si se apoyan en el Art.9.2 CE, para justificar la diferenciación de trato, entre ellos Peces Barba (67) que afirma que la ley tiene un apoyo explícito en el mencionado artículo, porque no se trata ya de los derechos del hombre o ciudadano, son los derechos de las personas concretas, que por diversas razones no se encuentran realmente en una situación de status o condición equiparable, sino que sufren una desigualdad real que no se resuelve con la igualdad como equiparación. Otro de los grandes defensores es Arroyo Zapatero (68) quien defiende que no nos encontramos ante un caso de discriminación, ni positiva ni negativa, sino que se trata de distinguir unas realidades de otras, no a hombres de mujeres, sino unos tipos de violencias que son las que ejercen los hombres en contra de sus mujeres. Otra gran defensora ha sido Comas D'Argemir (69)que opina que para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres, es necesario que se impulsen políticas que incluyan medidas legislativas de acción positiva a favor de las mujeres, por ser éste un colectivo históricamente discriminado, como consecuencia de un modelo de sociedad que ha fomentado que la mujer esté en una situación de inferioridad.
- Por último encontramos al mayor crítico en este tema, que ha sido el CGPJ (70), el cual establece que hay distinciones entre las acciones positivas y las medidas de discriminación positiva que deben tenerse en cuenta; a) las acciones positivas: “son ventajas concedidas a las mujeres que no deben implicar perjuicios paralelos para los hombres, ni constituyen excepción de igualdad”, y b) la medida de discriminación positiva “si excepcionaría la igualdad de trato y por tanto podría ser ilegítima si tiene como contrapartida ineludible el perjuicio ante quienes pertenecen a otro grupo, en este caso, los hombres”.

A continuación basándome en el autor Fernando Molina (71) otra de las razones que pueden justificar que un hecho tenga una pena agravada, se encuentra en la lesividad, que consiste en regular aquellas conductas humanas que son socialmente relevante y que no se circunscriben únicamente en la esfera privada, luego encontramos la culpabilidad, es decir la reprochabilidad del hecho y por último la punibilidad, que consiste en la privación o restricción de bienes del autor del delito, pero como veímos la culpabilidad está descartada y la punibilidad también.

Ello nos sitúa en que de haber razones para la agravación habría que buscarlas en la mayor lesividad. En este sentido el autor a efectos prácticos señala el siguiente ejemplo, el hecho de que los jóvenes comentan muchos mas delitos que los ancianos pueden condicionar estrategias de prevención dirigidas especialmente a aquéllos y no a éstos, como por ejemplo establecer una mayor vigilancia policial en discotecas que en asilo, pero el homicidio cometido por un joven o un anciano merece, si las demás circunstancias son idénticas, el mismo trato.

66.CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de28 de Diciembre), Iustel, Madrid, 2005, p. 269.

67.PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “El debate sobre la violencia de género...” en El País a 23 de junio de 2004.

68.www.congreso.es.

69.COMAS d'ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006, p. 40

En este sentido y en relación con el ejemplo anterior, es rechazable la posición del TC que entiende que las cifras de violencia de género son un primer aval de razonamiento de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención. Con este planteamiento el Tribunal comete el error de confundir la gravedad del hecho singular con la gravedad del conjunto de hechos de la misma naturaleza.

En cambio hay otros autores que si se apoyan en la mayor lesividad ya que debe recordarse que la posibilidad de prevenir comportamientos mediante la pena privativa de libertad es uno de los motivos frecuentemente esgrimidos para justificar la tipificación de determinadas conductas y que ha sido admitido por el TC; una mayor pena produce mayores efectos preventivos. Esta afirmación de la virtud preventiva de la pena, ha sido por lo general aceptada, por lo que resulta curioso que en este caso sea objeto de controversia, ya que la diferencia jurídica persigue un fin legítimo, las consecuencias no son desproporcionadas y la diferenciación solo se produce en el mínimo de la pena (72). En este sentido hay autores como Ruiz Miguel (73) que consideran que la diferenciación es lo que precisamente puede aumentar el efecto preventivo al dirigir el mensaje a los potenciales agresores ya que hay unas altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por agente a la persona que es o fue su pareja y como víctima a la mujer. Para finalizar y como recoge Larrauri al hombre no solo se le conmina con una mayor pena no necesariamente porque le mueve un ánimo discriminatorio, sino porque en la mayoría de los casos el acto del hombre hacia su pareja es más grave y se debe por el mayor temor que la agresión de un hombre produce y por la mayor posibilidad de que se comete sino también en momentos posteriores.

A continuación pasare a hacer un resumen en el siguientes cuadro sobre las diferentes posturas que han surgido a lo largo de este capítulo, en diversas tesis (74):

TESIS SUBJETIVISTAS	Justifican tal distinción penal en base a la finalidad de sometimiento y el mayor reproche al sujeto pasivo, postura que se acerca al Derecho penal del autor.
TESIS SOCIOLOÓGICAS	Se basan en las estadísticas numéricas del número de mujeres agredidas por sus parejas masculinas.
TESIS CRIMINOLÓGICAS	Explican el maltrato a las mujeres como un proceso que desemboca en el síndrome de la mujer maltratada.
TESIS PROMOCIONAL DEL DERECHO PENAL	Estima el Derecho penal como instrumento adecuado, que puede reforzarse con la alusión a la prevención general positiva.
TESIS DE PREVENCIÓN ESPECIAL.	Se basa en el desprecio a las personas por los valores esenciales que muestra el agresor que hacen necesario un régimen de castigo específico.
TESIS QUE APUNTAN A UN PLUS DE LESIÓN O PELIGRO	Además de la lesión típica, en estos delitos se produce la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, lo que se traduce en un mayor desvalor del resultado o de la acción.

70.<http://www.poderjudicial.es/versuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>.

71.MOLINA FERNÁNDEZ, “Desigualdades penales...”p.66-68.

72.LARRAURI PIJOAN.E., “Igualdad y...”cit.,p.8

73. LARRAURI PIJOAN.E., “Igualdad y...”cit.,p.9

74.GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p.430-434.

No solo una tesis explicaría este proceso sino mas bien una mezcla de todas ellas, pero bajo mi opinión aunque luego lo desarrollaré en la conclusión, la mayor cantidad de pena parece ser justificable desde la perspectiva del mayor desvalor de la acción en cuanto al mayor riesgo que supone ser mujer en una relación de pareja.

V. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

Actualmente en España tras el comúnmente denominado Convenio de Estambul, que como ya veíamos en el apartado tercero, es el Convenio del Consejo de Europa que trata sobre la prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica y cuya entrada en vigor en nuestro país se produjo el 1 de agosto de 2014. Este documento ha tenido gran transcendencia ya que al ser vinculante los Estados firmantes actualmente están adoptando todas las medidas necesarias para que tal declaración sea una realidad. En el caso del Estado español, éste se ha comprometido a efectuar las modificaciones legales que sean imprescindibles para ajustar nuestro Ordenamiento Jurídico al contenido del citado Convenio en su totalidad.

El resultado de las modificaciones efectuadas por la transposición de las normas comunitarias al Derecho interno son las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: los aspectos más destacados de dicha reforma, en relación con la violencia contra la mujer, tiene que ver con el Art.22.4 Cp donde se modifica su redacción para incluir una variante de la discriminación, que es la basada en el "género". El precepto queda redactado del siguiente modo: "cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad. Esta agravante habrá de ser puesta en relación con la interpretación que se efectúe del art. 153.1 y 2 CP, porque tales preceptos no requieren un elemento subjetivo del injusto o especial ánimo del autor y deben ser interpretados de modo objetivo. Consecuentemente, con la nueva versión del CP, si el acto de violencia se cometiera por "razones de género", se apreciará la agravante de discriminación comentada.(75)

La pregunta que se produce a este respecto es de nuevo si es necesario dicha inclusión del género en el Art.22.4 Cp ya que aplicar la agravante como tal en los delitos de "violencia de género", supondría volver a penar dos veces lo mismo (vulnerando el "non bis in idem"), en tanto en cuanto este tipo de delitos llevan el elemento "género" como ya hemos visto en la El Tribunal Constitucional en Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, anuncia en su FJ 7 que "la justificación de la desigualdad entre las sanciones del art. 153.1 y 153.2 hay que buscarla en su mayor desvalor: el legislador quiere sancionar más unas agresiones que entiende "que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada". El FJ 8 decía que: "La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género 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

75. http://www.sepin.es/abogado-penalista/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F19007&cod=0010fA1DE0GB0Lj1iR0HG01g0G90H603D0m209Q01i00n07b0Le1iS07b01g1y_0JQ0FX2930Gp2MQ1jV

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 con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”.

Asimismo teniendo en cuenta que las previsiones recogidas en el Convenio de Estambul de mayo de 2011 no son otras que “adoptar y promover todos tipo de medidas (legislativas) para proteger el derecho de las mujeres a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como el ámbito privado”, éstas quedaban perfectamente garantizadas en nuestro ordenamiento jurídico, primero a través de todas las reformas introducidas tras la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género y posteriormente las reformas que al respecto se han llevado a cabo en el Cp la última entró en vigor el 1 de julio de 2015. Nos podemos preguntar, si el legislador entiende que la palabra “sexo”, recogida en la versión original del Art.22.4Cp, no dé amparo a personas del sexo femenino, y por ello y para cubrir esa carencia, ha visto necesario ampliar el catálogo de supuestos de discriminación incluyendo el término “género”, si bien en la Exposición de Motivos, se dice que “el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo”. Nos encontramos por tanto ante un nuevo debate que seguirá muchos años mas (76).

A su vez y como simple anotación, este año se ha aprobado, La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 23 de julio), y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio), que mejora la atención y la protección de los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de violencia de género, así como de los menores víctimas de otras formas de violencia, en particular, de la trata de seres humanos. Además, ambas Leyes mejoran la protección para las víctimas de trata de seres humanos, con independencia de su edad.

VI. CONCLUSIÓN

En los últimos veinticinco años se ha visualizado un fenómeno a penas conocido hasta entonces, la violencia que se ejerce contra las mujeres. La clave en tal descubrimiento fueron las cifras manejadas por estadísticas y sociólogos que desde 1984 ponían de manifiesto las denuncias de mujeres que eran maltratadas por su pareja. Desde entonces, año tras año, la repercusión mediática ha despertado una "conciencia social" que acabó tipificada en el Cp.

Primero fue en la esfera o ámbito internacional donde comenzó a construirse y a identificarse la violencia que padecían las mujeres como manifestación no solo de la discriminación sino también de la subordinación, en este sentido, la labor de Naciones Unidas fue la que más presión internacional supo poner al tema, destacando de nuevo la CEDAW, que tras su ratificación en España le obligó a plasmar su compromiso, comenzando así nuestro país, su recorrido de reformas y mejoras penales que dura aún en nuestros días, como veíamos en el bloque de estado actual de la situación.

Tras años de discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos y tras un primer principio de pacificación de la doctrina con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, la Ley Orgánica 1/2004 supuso una nueva vuelta de tuerca en la que, a la postre, la

cuestión del sexo del sujeto pasivo ha pasado a un primer plano, como se aprecia en el Art.153.1 y 2Cp.

En 2004 se establecerían dos vías de solución para hacer frente al problema y uno de ellos fue la protección reforzada a las mujeres parejas a través de delitos específicos de violencia de género estableciendo una diferenciación por razón del sexo. Nos encontramos por tanto ante el propósito del legislador de tipificar y crear de modo autónomo un tipo de comportamiento que se da en casi toda su extensión por parte del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre, porque lo cierto es que las estadísticas demuestran que en España las mujeres se encuentran en una situación de desigualdad en cuanto al disfrute de sus derechos formalmente reconocidos en la CE, por tanto la finalidad de prevenir sancionar y erradicar este tipo de violencia, justifica las medidas diferenciadoras para que las mujeres puedan disfrutar de sus derechos. Y aunque muchos reniegan del argumento estadístico para justificar tal distinción no hay que olvidar su importancia ya que ha sido el propio Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano establecido para seguir de cerca la aplicación de la Convención de las NNUU, quien subraya la importancia de la recopilación de datos y estadísticas para la formulación de políticas: Resolución 57/179 y 51/181.

Por ello creó que este es el verdadero motor de la distinción porque más allá del ajuste de esta medida al amparo del art. 9.2 CE, lo que da sentido a una tipificación autónoma de la violencia de género no tiene tanto que ver con las acciones positivas o discriminación positiva, sino con las características propias de este fenómeno delictivo, que es la gestión del riesgo de la mujer que padece violencia en su relación de pareja y sobre todo el mayor desvalor de acción que puede encontrarse en estas conductas. Es decir, se trata de hacer una distinción por razón de la gravedad de los hechos. Por eso de acuerdo con la doctrina feminista, la exclusión del varón como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la Ley Integral 1/2004 en nada afecta al art. 14 de la CE, alegando que “no se trata de agravaciones automáticas basadas en el dato objetivo del sexo del autor, el fundamento material reside en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima”. Es por eso que afirmo que las agravantes de género están bien enfocados desde los fines propios del Derecho penal, es decir, desde los fines de la pena.

Si a ello añadimos que la Ley Orgánica 1/2004 se denomina “De medidas de protección integral contra la violencia de género” y que dicha violencia de género es definida en su Exposición de Motivos como la “violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo”, podemos advertir que el objetivo claro del legislador era crear tipos específicos que tuviesen como sujeto pasivo a la mujer. Por tanto la violencia sobre la mujer es una realidad abrumadora que debe ser combatida de manera eficaz y por ende no cabe duda de la legitimidad de la ratio legis y la necesidad de una intervención penal más intensa. Ahora bien hay una serie de cuestiones que desde mi humilde opinión y en apoyo a otros autores cambiaría.

Por un lado respecto a la agravación de género no debería ser presumido sino probada para así evitar la lesión al Art.22.4 CE, por otro lado porque no se comprende la relación entre los delitos ahora llamados “de violencia de género” y los otros tipos penales con los que comparte espacio normativo y sistemática, en tanto en cuanto, presumiblemente, protegen bienes jurídicos de diversa naturaleza y los nuevos tipos atienden a consideraciones de otra índole, algo impensable hasta entonces.

Por esta razón, convendría realizar una tarea de reubicación y ya que tan claro ha tenido el legislador cuestiones, como la de convertir el sexo del sujeto pasivo en elemento de un bien jurídico, sería aconsejable de lege ferenda la creación de un Título específico dentro del propio Libro II del Código penal que reuniese esta clase de delitos (77).

Finalmente la respuesta mas perfecta aún no se ha encontrado y esta es la labor de los juristas, criticar, perfilar la norma y adecuarla a la realidad social reconociendo como indispensable una tutela reforzada frente a los actos de maltrato físico y psíquico sufrido en las relaciones de pareja y superar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres como fruto de un modelo cultural de género.

VII. APÉNDICE

1. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

ALÁEZ CORRAL.B., “El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado”, Revista de Actualización Aranzadi,Nº12,220,p.24

ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp.710-736

BENITEZ JIMENEZ,MJ., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar, cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid,2004,p.95.

BONET ESTEVA,M., “ Derecho penal y mujer. ¿Dónde ser redefinida la neutralidad de la ley penal anteel género” Derecho,género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas/coord por Daniela Heim, Encarna Bodelón,V.1,2010,p.27-33.

CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de28 de Diciembre), Iustel, Madrid, 2005, p.269.

CALVO GARCÍA,M., "La violencia de género como violación de los derechos fundamentales", *Historia de los Derechos fundamentales*, Tomo IV: Siglo XX,vol.5, Libro I,cap IV,pp162-226.

COMAS d'ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006, p.40.

DIAZ REVOIRO,FJ.,”Interpretación constitucional de la ley sentencias interpretativas”*Repertorio Aranzadi TC*, Nº1,2000, p. 54- 55.

FREIXES SANJUÁN.T., “Derechos fundamentales en la UE. Evolución y prospectiva”, *Revista derecho constitucional europeo*,Nº4,2005,p.43 a 46.

77.RAMOS VÁZQUEZ J.A., La Problemática del bien jurídico protoegido en los delitos de malos tratos ante su últimareforma. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*,SSN,1138-039X,**Nº 9, 2005**,págs.739-758

GERMÁN GÓMEZ,O., “Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación”, Anuario en derecho humanos, N°9,2008,p.380

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, Núm., 13, Universidad Jaume I, 2007, pp.430-434.

GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal, Dykinson, Madrid, 2005, p.498.

LARRAURI PIJOAN, E., “ Igualdad y violencia de género, comentario a la STC 59/2008”, *InDret*, N°1, 2009, p.2-17.

LAURENZO COPELLO, P.; “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p.20.

MARTÍNEZ LEÓN,M., MARTÍN TORRES,H.,BURON QUIPO,D.,SANZ DE LA FUENTE,L., “Evolución legislativa de la violencia de género desde el punto de vista legal en el marco normativo internacional y nacional”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*,2010,p.15 a 25.

MOLINA FERNÉNDEZ.F., “Desigualdades penales y violencia de género”, Anuario de la Facultad de Derecho Constitucional de la Comunidad Autónoma de Madrid, N°13,2009,pp.57-88.

PATEMAN, Carol., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, pp.14 a 16

POLAINO-ORTS.M., “La legitimación constitucional de un derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión de la mujer, *InDret*, Revista para el análisis del derecho, N°3,2008,pp.19 a 23.

RIADURA MARTÍNEZ, M. J.; “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”, en BOIZ REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre), Madrid 2005, p.97.

RUIZ MIGUEL, A., “ La igualdad en la jurisprudencia del TC” , *Doxa; Cuaderno de filosofía del derecho*, N° 19, 1996, p.39.

SUAY, Celia., “El Derecho penal en la encrucijada: abolicionismo y feminismo”, *Revista el Viejo Topo*,87, 1995, pp.52 a 56.

ZURITA BAYON,J., “ La lucha contra la violencia de género”, Revista del Ministerio de Interior,N°9,2013,p.4

2. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

SAP de Ávila de 26 de octubre.

SAP Barcelona 27 de abril.

STC 59/2008 de 14 de mayo

STC 5/1981 de 13 de febrero

STC 283/2006 de 9 de octubre

STS 58/2008 de 25 de enero