

DESIGUALDADES PENALES Y VIOLENCIA DE GÉNERO

Fernando MOLINA FERNÁNDEZ

I. LA INCORPORACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO AL CÓDIGO PENAL

UNA de las novedades más polémicas de nuestra reciente política-criminal es, sin duda, la introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del Código penal, por la que se vienen a sancionar sensiblemente más ciertas agresiones –algunas lesiones, coacciones o amenazas– cuando sean cometidas por varones contra mujeres en el ámbito de una relación de pareja que si se cometen en otras circunstancias, como pueden ser por los mismos sujetos fuera de dicha relación, o invirtiendo sus respectivos papeles de agresor y víctima, o modificando de cualquier otra forma el género de los sujetos del delito.

La primera impresión que produce una reforma de este estilo, inédita en nuestra historia y prácticamente en el Derecho comparado (1), es por lo menos de sorpresa, cuando no de escepticismo. Sin embargo, pese a la fuerte discusión ini-

(1) El único antecedente en esta línea, caracterizada por adoptar abiertamente una perspectiva de género en el Derecho penal, se encuentra en el Código penal sueco (Sección 4a del capítulo 4.º: *A person who commits criminal acts as defined in Chapters 3, 4 or 6 (respectivamente, delitos contra la vida y salud, delitos contra la libertad y la paz y delitos sexuales) against another person having, or have had, a close relationship to the perpetrator shall, if the acts form a part of an element in a repeated violation of that person's integrity and suited to severely damage that person's self-confidence, be sentenced for gross violation of integrity to imprisonment for at least six months and at most six years.*

If the acts described in the first paragraph were committed by a man against a woman to whom he is, or has been, married or with whom he is, or has been cohabiting under circumstances comparable to marriage, he shall be sentenced for gross violation of a woman's integrity to the same punishment. (Law 1998:393) –sobre ello, VILLACAMPA ESTIARTE, «La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo», en Villacampa Estiarte (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Universidad de Lleida/Tirant: Valencia, 2008, pp. 76 y ss.–. Pero, como se observa con sólo leer el texto transcrito, la regulación sueca tiene un alcance mucho menos radical que la española, y hace referencia expresa a las circunstancias materiales que permiten agravar la pena. Destaca las diferencias entre la legislación sueca y la española la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, al plantear el Recurso de Inconstitucionalidad que culminó en la STC 59/2008 (Antecedentes, punto 3, de la citada sentencia).

cial (2), fue aprobada por una holgada mayoría parlamentaria (3) y recientemente avalada por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 59/2008, de 14 de mayo (4) y 45/2009, de 19 de febrero (5).

La perplejidad procede seguramente del contraste entre los principios que sostienen la línea de actuación social, política y jurídica en la que se enmarcan estas medidas –la lucha por alcanzar un reconocimiento efectivo de la igualdad de géneros y evitar las secuelas violentas de la desigualdad– y su contenido, en el que se acoge lo que, al menos a primera vista, es un trato objetivamente desigual (6). Uno de los elementos centrales de la lucha contra la discriminación por razón de sexo ha sido y sigue siendo el reconocimiento sin fisuras de la igualdad básica del ser humano, mujer u hombre, y ello entraña comprometerse con la idea de que las diferencias naturales entre mujeres y hombres son, por sí, irrelevantes a efectos de convertirse en autores o víctimas de la mayor parte de los delitos (7). Como autores de delitos, hombres y mujeres podemos ser igualmente responsables de nuestros actos porque, también de manera igual, podemos ser crueles, violentos, codiciosos y en general insensibles a los derechos ajenos, y cómo víctimas, todos, mujeres y hombres, tenemos la misma dignidad y sufrimos cuando nos hieren, nos ofenden o violentan nuestra intimidad.

Nuestras estadísticas de delincuencia pueden ser, y de hecho son muy distintas –el comportamiento violento se da más en el sexo masculino– como también lo son, por ejemplo, entre personas que se encuentran en la treintena y octogenarios, lo que se traduce en la correlativa asimetría en la población carcelaria, pero nada

(2) De «batalla campal» tilda ARROYO ZAPATERO, la discusión parlamentaria de la Ley –«La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español», en Francisco Muñoz Conde (edit.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 30, n. 48.

(3) Como recuerdan BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, aunque hubo unanimidad en el Parlamento en relación con el conjunto de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, las medidas penales, que se contienen en los artículos 28 bis a 32 fueron aprobados por 190 votos a favor, 130 en contra y una abstención –«La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», *Diario La Ley*, núm. 6.146, 14 de diciembre de 2004.

(4) Línea mantenida en sentencias posteriores como la 76/2008, 80/2008, 81/2008, 82/2008, 83/2008, 95/2008, 96/2008, 97/2008, 98/2008, 99/2008, 100/2008 y 45/2009, todas del mismo Tribunal Constitucional. En realidad, la Sentencia 59/2008 se refiere sólo a la constitucionalidad del artículo 153.1 CP, pero su argumentación de fondo es aplicable al resto de artículos examinados, como se ha puesto de relieve en la STC 45/2009.

(5) Sentencia que resuelve en idéntico sentido a la 59/2008 los diversos recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 171.4 CP.

(6) El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que hay una interpretación posible del tenor literal de los preceptos examinados, precisamente la que hizo el Juzgado de Murcia en su recurso, que obligaría a declarar su inconstitucionalidad, aunque a la vez estima, como base de su propia solución, que no es la única posible (STC 59/2008, Fundamento jurídico 4.º).

(7) Incluso en delitos con sujeto activo limitado a un sexo, como el denominado *autoaborto* del artículo 145.2 CP («La mujer que produjere su aborto...»), la razón de la limitación es que la Ley asume lo que hasta hace muy poco era indudable, que sólo las mujeres podían estar embarazadas. En la medida en que sea posible un embarazo de un varón, resulta bastante obvio que el tipo debería ser ampliado mediante una modificación legal o por analogía favorable. Esta posibilidad de hecho ya se ha producido con los embarazos de *Thomas Beatie*, transexual estadounidense que desde hace años tiene la condición jurídica de varón –que es finalmente la decisiva a efectos legales– y ha tenido un niño y está embarazado de otro.

hay, en principio, que haga peor o mejor el delito cometido por un varón o un adulto de 30 años que por una mujer o un adulto de 85. A efectos del Derecho penal, ello se había traducido hasta ahora en la elemental consecuencia de unos tipos penales en los que la referencia de género, muy presente en el pasado, había desaparecido por completo (8). Basta un repaso al Código penal para ver hasta qué punto esto es así incluso en tipos penales, como los que atentan contra la libertad sexual, en los que algunas diferencias naturales y muchos atavismos culturales propician un sesgo abrumador en el género de autores y víctimas (9).

Los artículos comentados parecen, sin embargo, proponer otro escenario: ciertos hechos, exponentes de la *violencia de género*, causarían mayor daño si proceden de un varón y se destinan a quien es o ha sido su pareja que esos mismos hechos en otras situaciones alternativas imaginables. Si ello fuera cierto, la reforma estaría justificada. Pero, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, la primera impresión que producen los tipos analizados es más bien otra, y, sin perjuicio de entrar inmediatamente en el fondo de la argumentación, cabe ya imputar a su debe el haber sembrado dudas en un tema tan sensible como la igualdad. En Derecho, y especialmente cuando se trata de derechos fundamentales, las primeras impresiones y las apariencias tienen mucha importancia (10). Si hace falta un gran esfuerzo argumentativo para demostrar que una determinada medida jurídica no contraviene un Derecho fundamental, ello es malo. Pero si, tras dicho esfuerzo, quienes la defienden no consiguen convencer a muchos, todavía peor. Y esto es lo que pasa en el caso del que nos ocupamos.

Los defensores de estas medidas no siempre se ponen de acuerdo sobre las razones materiales que las justificarían (11), aunque es verdad que hay una línea

(8) Destaca el proceso de progresiva desaparición de las referencias sexistas, ARROYO ZAPATEIRO: «La violencia de género ...» (como en nota 2), pp. 3 y ss. Un análisis pormenorizado de los procesos históricos de «sexualización» y «desexualización» del Código penal puede verse en ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en Villacampa Estiarte (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Universidad de Lleida/Tirant: Valencia, 2008, pp. 87 y ss.

(9) Delitos a los que, sorprendentemente la Ley Integral no ha incorporado ninguna referencia de género, aunque parecía uno de los campos más propicios para ello –COMAS D' ARGEMIR –«La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución», en Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a Ángeles Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier: Barcelona, 2006, p. 50; LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta: Madrid, 2007, pp. 98 y ss; BOIX REIG, «Prólogo» a Javier Boix Reig y Elena Martínez García (coords.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel: Madrid: 2005, p. 22.

(10) En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, «La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad», en José L. González Cussac, *Política Criminal, Reglas de Imputación y Derechos fundamentales*, Grupo editorial Ibáñez/Universidad Santo Tomás: Bogotá, 2007, p. 188.

(11) Por poner sólo algunos ejemplos: 1. Hay discrepancia en torno a una cuestión tan nuclear como la de si el elemento material que subyace a la violencia de género está presente siempre que un varón agrede a su mujer pareja –así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal», *RECPC*, 07-08 (2005) (publicado también en *Jueces para la Democracia*, núm. 54, noviembre de 2005, pp. 20-32), pp. 18 y ss.; o MAQUEDA ABREU, «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral», *Revista Penal*, núm. 18 (2006), p. 179 –o si debe probarse en el caso concreto porque son concebibles agresiones sin dicho componente– así LARRAURI PIJOAN, «Igualdad y violencia de género», *InDret*, 1/2009, pp. 14 y ss. Esta discrepancia afecta a un tema central de la polémica, y está en la base de la discusión acerca de si el Tribunal Constitucional debía o no haber dictado una sentencia interpretativa. 2. Igualmente se discute si estos

dominante. Sin embargo, el peso de la argumentación recae sólo sobre uno de los aspectos del problema, quizás el menos discutible y sobre el que podría haber un amplio acuerdo incluso entre quienes critican la norma, mientras que se pasa de puntillas sobre otros que forman el verdadero núcleo de la posible inconstitucionalidad de los preceptos. En cuanto a los detractores, los hay de todo tipo, lo que excluye sesgos personalmente interesados y más bien apunta a una franca disidencia con una regulación poco afortunada. Mujeres y hombres, feministas y no feministas, de izquierdas o de derechas, próximos al gobierno o lejanos, jueces y legos, en todos estos grupos ha habido detractores, y las más de las veces en términos tajantes (12). Incluso entre quienes admiten estas medidas, son mayoría los que

tipos tienen su justificación sólo en la violencia de género, como modalidad de violencia independiente de la doméstica –rotundamente en esta línea, LAURENZO COPELLO, *ob. cit.*, pp. 2 y ss., que califica ambas violencias de emparentadas, pero a la vez de «fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas; también MAQUEDA ABREU, «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», *RECPC*, 08-02 (2006); FARALDO CABANA, «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», *Revista Penal*, núm. 17 (2006), pp. 76 y ss.–, o sí, como afirman otros, «el legislador ha configurado los delitos de violencia de género en el Código Penal como una subespecie de la violencia doméstica» –GIMÉNEZ GLÜCK/VALLDECABRES ORTIZ, «La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género», en VV.AA., *La administración de justicia en la Ley integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid: 2005, cit., p. 56 y ss. 3. Tampoco hay acuerdo acerca de si se trata de medidas legítimas de discriminación positiva –así parece entenderlas, por ejemplo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, «El debate sobre la violencia de género», publicado en el diario *El País* el 23 de junio de 2004 (aunque prefiere la denominación de «igualdad como diferenciación»), que en esta catalogación coincide con muchos críticos, como el Consejo General del Poder Judicial o el Grupo de Política Criminal–, o si nada tienen que ver con ello, sino con una mayor lesividad objetiva del acto del varón –así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, «La violencia de género...», *ob. cit.*, pp. 19 y ss.; ARROYO ZAPATERO, «La violencia de género...» (como en nota 2), p. 29; y en la misma línea el propio Tribunal Constitucional en la STC 59/2008.

(12) Son muchos los trabajos y artículos de prensa en los que se hace una crítica, en ocasiones muy dura, de esta normativa, a lo que hay que sumar las objeciones a la STC 59/2008, empezando por los cuatro magistrados que emitieron un voto particular (aunque su discrepancia tiene distinto alcance). Muy pormenorizado en sus críticas, aunque también polémico, es el Informe al Anteproyecto de la Ley Integral del Consejo General del Poder Judicial de 24 de junio de 2004. En la doctrina destaca, por la dureza de los términos que en ocasiones vela los argumentos atendibles que hay detrás, la posición de GIMBERNAT ORDEIG, en sendos «Prólogos» a la 10.^a y 14.^a edición del *Código penal* de la editorial Tecnos (el primero a raíz de la aprobación de la Ley Integral, y el segundo tras la STC 59/2008). También muy contundente contra el «feminismo fundamentalista» que inspira la Ley, el artículo de prensa de Joaquín LEGUINA, «Sentencia inexplicable», en *El Siglo*, núm. 790, 2-8 de junio de 2008, pp. 42 y ss. Críticas muy detalladas en BOLEA BARDON, «En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género», *RECPC*, 09-02 (2007), que cree que no es posible salvar la constitucionalidad ni siquiera con una interpretación restrictiva; ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del Código penal...» (como en nota 8), pp. 87 y ss. y esp. pp. 108 y ss., con referencias a la STC 59/2008; GONZÁLEZ CUSSAC, «La intervención penal...» (como en nota 10), pp. 125 y ss.; y «La generalización del Derecho penal de excepción: la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad», en VV. AA., *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, pp. 239 y ss.. También BOIX REIG, «Prólogo» (como en nota 9), pp. 19-27; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre la denominada “violencia de género”», artículo de prensa publicado en el diario *ABC* el 28 de mayo de 2008; y el Manifiesto de 28 de junio de 2004 del GRUPO DE POLÍTICA CRIMINAL al proyecto de ley integral. Críticos, aunque aceptando la constitucionalidad tras una interpretación restrictiva, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «La discriminación positiva de la mujer...» (como en nota 3), también «Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a

creen que sólo con una interpretación restrictiva podría salvarse su constitucionalidad (13).

El que tantos pongan en tela de juicio una legislación que trata de atajar uno de los problemas político-criminales y sociales más acuciantes de nuestro tiempo, finalidad además que universalmente se considera prioritaria y merecedora de los mejores esfuerzos, es muy significativo, y da una muestra, creo, de lo poco afortunada que ha sido. Éste era un punto en el que se necesitaba el máximo consenso, y si es cierto que en Parlamento lo obtuvo la Ley Integral de 2004, no lo es menos que precisamente las consecuencias penales fueron reiteradamente puestas en cuestión. El debate posterior, planteado desde los propios órganos jurisdiccionales que cuestionaron su inconstitucionalidad, no hace más que reforzar este hecho.

Pero, precisamente porque el fin perseguido es loable, merecedor de cualquier apoyo, el instrumento debe ser cuidadosamente elegido para no desvirtuar las medidas protectoras con polémicas innecesarias. Sea cual sea el resultado del análisis que sigue, creo que puede al menos afirmarse que, pese a su indiscutible buena intención, el legislador ha actuado de forma un tanto tosca en este tema, quizás más atento a observables efectos políticos a corto plazo que a consecuencias, mucho más sutiles pero también mucho más importantes a largo plazo, en el frágil entra-

Ángeles Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier: Barcelona, 2006, pp 13 y ss. En la misma línea que los anteriores, ALASTUEY DOBÓN, «Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas», en Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.ª Ángeles Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier: Barcelona, 2006, pp. 57 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, «Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código penal», en Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.ª Ángeles Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier: Barcelona, 2006, pp. 121 y ss.; RAMON RIBAS, *Violencia de género y violencia doméstica*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. Muy críticos, analizando la nueva regulación desde la perspectiva de un Derecho penal del enemigo, POLAINO NAVARRETE, «La Ley Integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: Luces y sombras», en Juan Burgos Ladrón de Guevara (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*. Comares/Universidad de Sevilla: Sevilla, 2007, pp. 21 y ss. y esp. 58 y ss.; y POLAINO-ORTS —«La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión de la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo», *InDret*, 3/2008, pp 1 y ss. Y no son los únicos autores que han conectado la regulación con un supuesto Derecho penal del enemigo: también el Magistrado RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, en su voto particular a la STC 59/2008 (apartado 7); BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, *ob. cit.*, p. 1; MENDOZA CALDERÓN, *ob. cit.*, p. 161; GONZÁLEZ CUSSAC, *ob. cit.*, p. 196. También desde el feminismo, en concreto desde el feminismo crítico, divergente del oficial, se ha mostrado la incomodidad con preceptos de esta naturaleza que, como ha recordado VILLACAMPA ESTIARTE, parecen ir en contra de la autonomía personal de la mujer —«La violencia de género...» (como en nota 1), p. 82—; destaca también la falta de unanimidad sobre la reforma en el seno del feminismo, GONZÁLEZ CUSSAC, *ob. cit.*, p. 132 y nota 114. Incluso entre quienes, desde posturas abiertamente feministas, apoyan en términos inequívocos la existencia de un fundamento material específico para la agravación, se han formulado críticas: así, pormenorizadamente LAURENZO COPELLO, que denuncia los excesos del punitivismo, «La violencia de género...» (como en nota 11), o MAQUEDA ABREU, «La violencia...» (como en nota 11), p. 180. Referencias a la ambivalente posición del feminismo respecto de la intervención penal en LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica* (como en nota 9), pp. 66 y ss.

(13) Referencias, *infra* nota 53. Como veremos, el propio Tribunal Constitucional parece asumir tácitamente esta tesis en la STC 59/2008, de 14 de mayo, aunque, por razones no fáciles de entender, finalmente no la hace explícita con una sentencia interpretativa, lo que aproxima su posición a la de quienes creen que tal restricción no es necesaria.

mado de los derechos fundamentales (14). Y otro tanto cabe decir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 que, con menos argumentación de la que la importancia del tema requería, ha dado por buena la norma. Con el agravante de que en su caso su papel como valedor de la Constitución debería hacerle más inmune a las urgencias políticas y más sensible a los argumentos basados en principios.

II. LAS RAZONES DE LA AGRAVACIÓN DE LA PENA EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Todos los artículos que estamos examinando suponen agravaciones de la responsabilidad penal en un contexto específico de violencia de género en la pareja. El efecto agravante se lleva a cabo, bien aumentando la pena del delito –así, el artículo 148.4 agrava la pena de las lesiones del tipo básico del artículo 147.1, o el 153.1 agrava la pena de maltrato no habitual en el ámbito familiar–, bien convirtiendo en delito lo que en otras circunstancias sería mera falta –así sucede en las amenazas según el artículo 171.4, y en las coacciones de acuerdo al artículo 17.2.

Las razones que pueden justificar que un hecho tenga una pena agravada o atenuada respecto a otro son de tres tipos: su mayor o menor lesividad (mayor o menor grado de injusto en la terminología penal), lo que explica que, por ejemplo, el homicidio del Rey tenga mayor pena que el homicidio común; el mayor o menor reproche personal que se pueda hacer a su autor (mayor o menor culpabilidad, en la terminología más usual), que justifica, por ejemplo, que el semiimputable tenga una pena menor que el que tiene imputabilidad plena); y, por último, la presencia de circunstancias ajenas al delito pero que condicionan la necesidad u oportunidad de la pena (punibilidad), que explica, por ejemplo, que no sea punible el hurto de bienes de un pariente próximo.

De las tres circunstancias, sólo las dos primeras tienen que ver con la gravedad del hecho delictivo en sí. La tercera, la punibilidad, no tiene que ver con el desvalor del hecho sino con circunstancias concurrentes que pueden justificar la renuncia o atenuación de la pena.

Creo que en el caso que nos ocupa es posible descartar sin más la tercera opción –punibilidad– y la segunda –mayor culpabilidad– como fundamento de la agravación.

Condicionar la pena o su cuantía a la presencia de condiciones de *punibilidad* es algo excepcional en los tipos penales, y no hay nada en esa línea en los que estamos examinando, entre otras cosas porque este elemento sólo opera como circunstancia eximente o atenuante, no como fundamentadora de una responsabilidad superior. Un principio básico del Derecho penal, vinculado al principio constitucional de proporcionalidad, es que la pena no puede superar el límite máximo que marcan la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del autor. Si se castiga más al varón que agrede a su mujer pareja debe ser por otras razones.

(14) Insisten, acertadamente, en la importancia de mantener los principios del Derecho penal también en esta materia, GONZÁLEZ CUSSAC, *La intervención penal...* (como en nota 10), pp. 195 y ss.; BOIX REIG, *Prólogo...* (como en nota 9), pp. 25 y ss.

Tampoco parece posible fundamentar la agravación de la pena en una mayor *culpabilidad*. Si la culpabilidad se entiende en su significado más usual, como juicio de reproche al autor que se da cuando el hecho antijurídico le es subjetivamente imputable, no hay nada a estos efectos en el agresor varón de su pareja femenina que no pueda darse en el agresor varón de cualquier otra mujer, o varón, o en la agresora mujer en cualquiera de sus variantes. La imputabilidad se da por igual en los dos sexos y en cualquier situación; lo mismo que el dolo y la imprudencia (o sólo el conocimiento de la prohibición, para quienes desplazan dolo e imprudencia al tipo subjetivo); y otro tanto sucede con la exigibilidad de conducta adecuada a la norma, si se admite que es un escalón sistemático más del juicio de culpabilidad.

En ocasiones se ha alegado (15) que en estos casos hay también una motivación más reprochable en el autor, que incidiría en la presencia de una mayor culpabilidad. Esta opinión, sin embargo, plantea dos tipos de problemas.

En primer lugar, da por supuesta la presencia constante y la singularidad de la motivación en las agresiones del varón a quien es o ha sido su mujer, lo cual, como más adelante se analizará, es más que cuestionable. En algunas ocasiones está presente tal motivación, sin duda, pero nada apunta a que necesariamente haya de estarlo siempre, ni, desde luego, a que por fuerza haya de quedar excluida en otros casos.

En segundo lugar, incluso cuando el diagnóstico fuera certero, y a veces lo es, tampoco ello entrañaría una mayor culpabilidad. Las motivaciones internas pueden ser relevantes para la moral, pero no para un Derecho penal del hecho, salvo en la medida en que manifiesten efectos externos, aumentando la lesividad del acto, y constituyan entonces un elemento subjetivo del injusto. Es significativo que al analizar la estructura de la culpabilidad no aparezca nunca una referencia a la motivación interna del autor como un elemento de agravación o atenuación (16). De manera prácticamente unánime, la culpabilidad se vincula exclusivamente a la presencia de imputabilidad, dolo e imprudencia (o conocimiento de la prohibición, según la teoría que se siga), y exigibilidad, y en ninguno de los tres niveles se encuentran diferencias significativas entre las agresiones contempladas en estos tipos y otras con diferentes protagonistas.

Podemos decir, desde luego, que un hecho más grave es más reprochable, pero no porque sea más culpable, sino porque es más lesivo. La motivación sexista del autor debe tener relevancia penal sólo si su concurrencia entraña una mayor lesividad.

Ello nos sitúa ante el último punto; de haber razones para la agravación, habría que buscarlas en la mayor *lesividad/grado de injusto* del hecho. Y éste es precisamente el argumento que se ha esgrimido de manera constante por quienes han buscado una fundamentación de estos preceptos. El tipo de violencia que se da en estas situaciones –violencia de género– sería más grave y con efectos más perjudi-

(15) Así, ARROYO ZAPATERO, *La violencia de género...* (como en nota 2), p. 32: «es mayor el grado de culpabilidad, pues resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género». También BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN apuntan a que la motivación discriminatoria supone una «mayor gravedad de la culpabilidad» –«La discriminación positiva...» (como en nota 3), p. 6.

(16) Aunque es cierto que al examinar la naturaleza de las circunstancias típicas o agravantes basadas en la motivación interna del autor, se discute con frecuencia si son elementos del injusto o de la culpabilidad.

ciales en la víctima que el que pueda darse en cualquier otra aparentemente similar –violencia doméstica, por ejemplo, o violencia sin más–. Sería, por ello, un hecho desigual que merece un tratamiento propio, acorde a su gravedad.

Pero antes de entrar a examinar argumentos a favor y en contra de esta tesis, es imprescindible fijar los términos del debate para evitar algunos posibles malentendidos: lo que se está analizando es la oportunidad y la propia constitucionalidad de unos preceptos penales concretos orientados a la resolución de un problema, no la existencia del problema en sí ni la necesidad de solucionarlo con medios contundentes, habida cuenta de su extraordinaria importancia. Ni en este trabajo, ni en ninguno de los que han analizado la cuestión desde una perspectiva crítica, se pone en duda la tragedia que supone la violencia de género ni la necesidad de combatirla con todos los medios lícitos y proporcionados que permita el derecho (17). Lo debatible no atañe al fin propuesto, sino a los medios, y en este caso, a la inclusión en el Código penal de unos preceptos agravados que, como cualquier otro, requieran una fundamentación material, que es, además, especialmente urgente debido a la apariencia discriminatoria de los preceptos (18).

Y, como cuestión previa, es importante destacar desde el principio que dicha fundamentación material tiene que ver con la *gravedad del hecho en sí*, no con la *frecuencia* de aparición de hechos de su misma naturaleza. Ésta es una cuestión importante que ha generado no pocos equívocos, como muestra la propia STC 59/2008. No puede confundirse la gravedad concreta del hecho, decisiva para la medición de la pena, con la gravedad agregada del conjunto de hechos de una misma naturaleza (19). Claro está que desde una perspectiva político-criminal la frecuencia de aparición de una clase de hechos delictivos es un dato decisivo de su

(17) Que son muchos, y entre ellos sin duda los penales, aunque en ningún caso deba fiarse el éxito a ellos, como en general en cualquier otra defensa de bienes jurídicos frente a agresiones. Es más, por la propia naturaleza de la violencia de género, puesta trágicamente de relieve en su ubicuidad, frecuencia y circunstancias de comisión, muy posiblemente sea éste uno de los sectores de la criminalidad en los que las medidas penales sean más inefectivas si operan de forma aislada. Basta reparar en la batería de reformas del Código dirigidas a este fin y el escaso éxito que han tenido – hacen un examen detallado de dichas reformas ARROYO ZAPATERO, *La violencia de género...* (como en nota 2), pp. 6 y ss.; BOLEA BARDON, *En los límites del Derecho penal...* (como en nota 12), pp. 5 y ss. Incluso los autores que han defendido de forma más clara la constitucionalidad de los nuevos tipos, han destacado los inconvenientes de la «opción punitivista» –así, expresamente, LAURENZO COPELLO, *La violencia de género...* (como en nota 11), pp. 21 y ss.; similar MAQUEDA ABREU, *La violencia de género...* (como en nota 11), pp. 12 y ss.

(18) Acertadamente destaca GONZÁLEZ CUSSAC que no debe confundirse la necesidad de recurrir al Derecho penal para combatir la violencia de género con el otorgamiento al legislador de una autorización ilimitada para regular la materia al margen de los límites al *ius puniendi* –«La intervención penal...» (como en nota 10), pp. 125 y ss.

(19) Pero, como es lógico, cuando la gravedad del hecho en sí esté materialmente conectada a otros hechos similares, la probabilidad de que estos acaezcan es relevante. Esto es lo que sucede en los *delitos acumulativos*, en los que cada acto singular tiene una importancia apenas destacable, pero el conjunto de ellos causa un perjuicio penalmente significativo. En estos casos, la sanción de los hechos singulares sólo está justificada si hay una probabilidad relevante de que sean acompañados por otros del mismo autor o de terceros. En la violencia de género, esta lesividad agregada tiene mucha importancia, como veremos, a efectos de evaluar el desvalor de actos de aparente escasa trascendencia, pero que contextualmente tienen mucha. Pero ahora, en el texto, no estamos evaluando actos conectados, sino actos con un desvalor propio e independiente de lesión, que junto a otros actos similares de terceros integran una estadística de criminalidad abultada. En estos casos, el desvalor de cada acto se mide por su individual lesividad.

gravedad como hecho social, y las estrategias de prevención deben tener en cuenta este dato. Por poner un ejemplo extremo, en la sociedad española actual es no sólo razonable sino obligado dedicar más recursos a la lucha contra los hurtos que contra un altamente improbable genocidio que pudiera cometerse en nuestro territorio. Pero la prevención general mediante penas está limitada por el principio constitucional de proporcionalidad, de manera que cada hecho individual debe valorarse atendiendo a su concreta lesividad y a la culpabilidad del autor: un eventual genocidio merece una pena muy superior a la de cualquier hurto. O, por buscar un ejemplo más próximo al caso examinado, el hecho de que los jóvenes cometan muchos más delitos que los ancianos puede condicionar estrategias de prevención dirigidas especialmente a aquéllos y no a éstos, como por ejemplo establecer una mayor vigilancia policial en discotecas que en asilos, pero el delito concreto de, por ejemplo, homicidio, cometido por un joven o un anciano merece, si las demás circunstancias son idénticas, el mismo trato. Por el mismo motivo, que esté plenamente justificada la Ley integral contra la violencia de género, entre otras cosas debido a la altísima frecuencia de agresiones de esta naturaleza, no supone necesariamente que también lo estén las medidas penales examinadas, salvo que los hechos sancionados merezcan una pena agravada por su *propia lesividad*. Como ha expresado Ruiz Miguel, «sancionar más gravemente a un individuo únicamente porque el colectivo al que pertenece genera un determinado riesgo en otro colectivo aduce una mera razón de prevención que prescinde del principio de responsabilidad (20).

En este sentido, es rechazable la posición del Tribunal Constitucional que entiende que las altas cifras de la violencia de género son un «primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena» (Fundamento Jurídico 9.a) (21). Con este planteamiento, el Tribunal comete el error denunciado de confundir la gravedad del hecho singular con la gravedad del conjunto de hechos de la misma naturaleza, y admitir que razones de exclusiva prevención general permiten imponer penas por encima de la que correspondería a la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor, considerando una estadística de criminalidad decantada hacia un grupo como razón para un tratamiento punitivo diferenciado de los miembros de este grupo, no en el número de procesos y condenas, que es lo natural, sino en el grado de pena aplicable a los delitos concretos que cometan (22).

En lo que sigue se trata, entonces, de examinar el fondo del asunto, esto es, si en este tipo de violencia concurren circunstancias de mayor lesividad que justifiquen una pena agravada. Pero con un importante matiz que viene impuesto por la

(20) «La Ley contra la violencia de género y la discriminación positiva», *Jueces para la Democracia*, núm. 55 (2006), cit. p. 43.

(21) También en la doctrina se hace en ocasiones referencia a la cuestión estadística, aunque, en la misma línea que el Tribunal Constitucional, sin darle un peso decisivo. Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, que recuerda que el 90 por 100 de los actos violentos registrados en el ámbito familiar tienen como víctima a mujeres, aunque a la vez considera que no es un «problema meramente estadístico» —«La violencia de género...» (como en nota 11, p. 08:16). Acertadamente crítico con una posible explicación estadística de la agravación, GONZÁLEZ CUSSAC, *La intervención penal ...* (como en nota 10), p. 189.

(22) En esta última línea crítica incide el voto particular de Conde Martín de Hijas cuando afirma que con ello se convierte «el factor numérico en categoría axiológica» (punto 4.º).

concreta redacción de los tipos penales. Al referirse los tipos a acciones lesivas aparentemente idénticas en su estructura a otras que merecen pena menor, y de las que sólo se diferencian por el sexo del agresor –hombre–, y la víctima –mujer–, y la relación entre ambos –de pareja actual o pretérita–, y no establecer *ninguna* restricción adicional, nos fuerza a buscar algo que, según el tenor literal del Código, *surja* de esta relación, y por tanto se dé *siempre* en ella y *sólo* en ella. Si no se diera siempre en la relación hombre que agrede a su mujer pareja, el tipo sería, siguiendo una terminología acuñada en teoría general (23), suprainclusivo, al sancionar de manera agravada algunos hechos que carecen de la necesaria lesividad cualificada. Si se diera de manera idéntica en otros casos, sería subinclusivo, al no contemplar acciones con un desvalor material idéntico a las tipificadas (24).

Para ordenar la exposición restante, creo que es conveniente examinar una cuestión previa –qué circunstancias condicionan la lesividad de una conducta– y luego proceder en tres pasos: examinar, primero, las diversas razones materiales que pueden justificar la existencia de una mayor lesividad en la violencia de género; verificar, en segundo lugar, y con el fin de descartar una eventual sobreinclusión de los tipos, si tal agravación se da siempre que un varón agrede a quien es o ha sido su pareja femenina; y analizar, por último, y para evitar la subinclusión (y aunque el hecho de plantear esta cuarta cuestión requerirá una justificación adicional), si tales circunstancias agravatorias se dan sólo en las agresiones del varón a su pareja mujer.

A) CIRCUNSTANCIAS QUE CONDICIONAN LA LESIVIDAD

La lesividad de un hecho para bienes jurídicos depende de múltiples factores que atañen a las características de la acción física realizada, del objeto sobre el que recae y en el que se encarna el bien jurídico, y de los sujetos intervinientes y sus relaciones mutuas. Sin ánimo de exhaustividad, podrían citarse: la entidad de los bienes jurídicos en juego, teniendo en cuenta su número y valor respectivo, incluyendo en los graduables el grado de afectación; las características de la acción que condicionan su capacidad lesiva, tanto las objetivas, como el tipo de instrumento agresivo, su intensidad de uso, su persistencia o su dirección de ataque, como las subjetivas que eventualmente pudieran tener alguna relevancia por tratarse de bienes jurídicos referidos a relaciones interpersonales; las circunstancias del contexto histórico en el que se desarrolla la acción, como la existencia de hechos previos o amenaza de hechos futuros; las circunstancias de los sujetos activo y pasivo y sus relaciones mutuas, como la mayor vulnerabilidad de la víctima, o la existencia de

(23) La referencia básica es SCHAUER, F., *Las reglas del juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Marcial Pons: Madrid/Barcelona, 2004 (traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez del original en inglés: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press: Oxford, 1991), pp. 89 y ss.

(24) Seguramente en este momento ya habrá quien alegue que ambas cuestiones tienen un peso muy distinto, porque la primera, suprainclusión, entraña siempre un problema grave de proporcionalidad, mientras que la segunda, subinclusión, es en muchos casos irrelevante para la justificación material del precepto subinclusivo. Intentaré mostrar, sin embargo, que, en este caso, tanto una como otra, de darse, serían igualmente problemáticas desde una perspectiva constitucional.

una situación de superioridad del agresor o indefensión de la víctima, o la existencia de deberes mutuos entre ellos.

Se trata, entonces, de identificar cuál o cuáles de estos factores presentan peculiaridades en la violencia de género como para justificar la agravación de la pena. El legislador ha facilitado notablemente la indagación al objetivar de una manera tan inequívoca el elemento diferencial de los tipos agravados. Por exclusión, lo que buscamos no puede ser algo que tenga que ver con la modalidad de ataque o el instrumento, en nada distinto a los tipos básicos, ni siquiera con el resultado inmediato, ya que éste se define expresamente como causar lesiones del tipo básico, en la agravación del artículo 148.4.º, o lesiones, amenazas o coacciones leves, en los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 CP. Por otra parte, tampoco sólo con las características del agresor, un hombre, o sólo con las de la víctima, una mujer, ni siquiera con el hecho complejo de que un hombre agrede a una mujer, porque la mayor parte de estas agresiones no quedan abarcadas por los tipos agravados, sino *sólo y siempre con la agresión de un hombre a una mujer que es o ha sido su pareja*.

Con este presupuesto, la mayor parte de las circunstancias de agravación que se han mencionado quedan excluidas *ab initio*, y las diferencias parece que sólo pueden residir en alguna de las tres siguientes alternativas, o en una combinación de ellas: 1. La especial vulnerabilidad de la mujer, pero no frente a cualquier agresión, ni siquiera frente a la de un hombre, sino sólo frente a su pareja masculina; 2. El daño añadido que pueda proceder de la extensión temporal de la violencia 3. El daño añadido que pueda proceder del contexto histórico general en el que se inserta esta violencia, como violencia contra un grupo tradicionalmente marginado.

Las tres cuestiones pueden incidir en la lesividad del hecho. Pero hay que determinar en qué medida se dan en la violencia de género y cuál sería su virtualidad agravatoria.

1. Vulnerabilidad

Los tipos penales deben proteger y de hecho protegen más al más débil o al que coyunturalmente se encuentra en una posición inferior. Hay agravantes genéricas y específicas que se ocupan de esta cuestión. Un ejemplo son las circunstancias de alevosía o de abuso de superioridad, o la referencia en múltiples tipos a que la víctima sea menor o incapaz, pero también la agravante específica cuando la víctima sea «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», que se incluye como alternativa en los tipos examinados y en otros, como los relativos a la violencia doméstica. Ninguna objeción de proporcionalidad cabe hacer a estas circunstancias. La cuestión es si la mujer se encuentra en esta situación en la violencia de género.

A favor de la tesis podría alegarse precisamente el que se haya incluido en los tipos la referencia a «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», lo que podría hacer pensar en una misma fundamentación material (25), idea que se refuerza al observar que esta circunstancia se añadió en la discusión parlamentaria

(25) Advierten de esta posibilidad BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, *La discriminación positiva...* (como en nota 3), p. 4.

para intentar evitar la posible inconstitucionalidad del supuesto básico (26). Sin embargo, esta posible interpretación se enfrenta a tres objeciones que parecen decisivas:

En primer lugar, desde el punto de vista de la técnica legislativa resultaría una extraña construcción que en un mismo precepto se recogiera primero el caso especial (y además uno tan problemático en su descripción), la violencia del hombre a su mujer pareja, y luego la ley general, la vulnerabilidad. Desde luego la interpretación histórica no abona esta relación entre ambos incisos. Más bien se pretendía regular el supuesto ejemplo como conducta básica, y luego se añadió la vulnerabilidad porque los mismos parlamentarios se dieron cuenta de los problemas de constitucionalidad que podría plantear el supuesto inicial a la luz del principio de no discriminación.

En segundo lugar, la circunstancia de especial vulnerabilidad está circunscrita por la Ley a las relaciones de convivencia, en las que la indefensión es siempre más marcada, mientras que en la violencia de género no se requiere convivencia actual con el autor, por lo que su extensión es mayor y no puede definirse como caso especial. Y aunque en este último caso es verdad que hubo convivencia, y que los vínculos pasados se mantienen parcialmente a lo largo del tiempo, no lo es menos que esto sucede también en otras relaciones –como la paterno filial, en la que el vínculo es todavía más estrecho y no llega a romperse nunca–, y sin embargo se requiere convivencia efectiva para la agravación. Y es razonable que se haga, porque, en punto a la indefensión, la convivencia marca un hito sustantivo.

En tercer lugar, y éste es el aspecto que más se ha destacado al criticar la inclusión de la vulnerabilidad, porque tal inciso cambia por completo el enfoque original que justificaría la regulación de la violencia de género, introduciendo un elemento que le es ajeno y que, finalmente, jugaría a contracorriente (27). La reivindicación de los derechos de la mujer siempre se ha basado en la igualdad básica del ser humano, y no en su condición de supuesto sexo débil. Es indudable que un componente importante de la relación hombre-mujer, sobre todo en pareja,

(26) En este sentido, por ejemplo, ARROYO ZAPATERO, que destaca que aunque tal referencia nada tiene que ver con la violencia de género, su inclusión «resultó el punto de encuentro para hacer posible el consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final» –«La violencia de género...» (como en nota 2), cit. p. 25, también pp. 30 y ss., nota 48; LAURENZO COPELLO, *La violencia de género ...* (como en nota 11), p. 9, nota 25; MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres...* (como en nota 11), pp. 178 y s; BOLEA BARDON, *En los límites...* (como en nota 12), p. 14, nota 24; MATA Y MARTÍN, «Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Revista de derecho y Proceso penal*, núm. 15 (2006), p. 46; RUIZ MIGUEL, *La Ley contra la violencia de género...* (como en nota 20), p. 45; GONZÁLEZ CUSSAC, *La intervención penal ...* (como en nota 10), p. 154; BOIX REIG, *Prólogo...* (como en nota, 9), p. 22, que habla de la «sonrojante razón por la que se incorporó» esta disposición; ACALE SÁNCHEZ, *Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal* (como en nota 8), p. 109.

(27) Particularmente crítica, MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres* (como en nota 11), pp. 178 y ss., que tras poner de relieve la diferencia entre la violencia de género y la de personas vulnerables, pone en cuestión la propia medida político-criminal de «reservar a la mujer, por el sólo hecho de serlo, un régimen especial de tutela», a lo que añade «Soy de la opinión de que la imagen de desvalimiento y debilidad que se transmite con esas medidas de tutela reforzada, no le hacen bien a la causa de las mujeres» –cit. p. 180; también VILLACAMPA ESTIARTE, *El maltrato singular...* (como en nota 1), pp. 14 y 17 y ss.

procede del hecho de la habitual superioridad física y frecuente mayor agresividad de aquél, que provoca una asimetría en la vulnerabilidad y explica las significativas diferencias estadísticas entre agresiones de uno y otro sexo, pero la agravación en este caso no deriva de que la mujer sea *per se* especialmente vulnerable (28), porque también lo puede ser fuera de las relaciones de pareja y frente a otras mujeres, a lo que se añade que nada impide que también los varones tengan una vulnerabilidad de igual intensidad en casos singulares respecto de otros varones o mujeres. Es, por ello, lógico que la posible interpretación de los tipos examinados en clave de protección especial a un colectivo desvalido haya sido vista con recelo desde la propia óptica de alcanzar una efectiva igualdad de sexos. La propia STC 59/2008 destaca esta idea: no se trata «de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo (en) consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de las personas» [FJ 11.a)] (29).

Ahora bien, que la vulnerabilidad no sea explicación suficiente de la violencia de género, no quiere decir que no juegue ningún papel, sobre todo si se entiende no en el sentido de vulnerabilidad intrínseca derivada de condiciones de debilidad naturales, sino de vulnerabilidad contextual, incluyendo en esta categoría tanto la que pueda provenir de situaciones específicas de indefensión, como estar dormido o de espaldas, como la que eventualmente pueda provenir del hecho de formar parte de un colectivo históricamente marginado, esto es, vulnerabilidad cultural e históricamente condicionada, como en el caso de personas que pertenecen a grupos minoritarios raciales, religiosos, de inmigrantes, etc.

Pero, y éste es un punto esencial, aquí hay que hacer dos observaciones adicionales: primero, ser más vulnerable no es extensionalmente equivalente con estar más expuesto a ataques; segundo, la vulnerabilidad es un elemento del tipo (del agravado o el básico) y, como tal, debe probarse, y ello se hace de una manera muy distinta en los casos de vulnerabilidad intrínseca y en los que lo es meramente coyuntural.

a) Hay dos significados posibles de vulnerabilidad, uno estricto y otro amplio. En sentido *estricto* una persona es más vulnerable que otra cuando, frente a un mismo ataque, tiene más posibilidades de sufrir daño que el otro porque es o se encuentra en posición de debilidad. Este concepto estricto permite distinguir la vulnerabilidad, del hecho de estar expuesto a múltiples ataques, expresión que alude a la existencia de una fuente de peligro distinta. Sin embargo, no es infrecuente mezclar ambos planos en un concepto *amplio* de «vulnerabilidad» (con

(28) Destaca esta idea, entre otros PEÑARANDA RAMOS, «¿Qué puede hacer el Derecho penal contra la violencia de género?», *Debate. Revista de la Asociación Democrática Progresista de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 2 (2008), p. 4. Un análisis pormenorizado de los diferentes significados de vulnerabilidad se encuentra en LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica...* (como en nota 9), pp. 121 y ss., que, además, reconoce una cierta vulnerabilidad física mayor en la mujer respecto del hombre, sin que ello entrañe consecuencias en cuanto a una posible desigualdad social –«Igualdad y violencia de género» (como en nota 11), p. 11.

(29) Pero, como ha recordado LARRAURI PIJOAN a partir de una idea sugerida por PAULA CASALS, esta última afirmación del Tribunal Constitucional «parece extraer de la desigualdad física consecuencias morales, confundiendo desigualdad física y desigualdad moral» –*Igualdad y violencia de género* (como en nota 11), cit. p. 12.

comillas, para diferenciarlo) que resultaría del examen conjunto de las dos fuentes de peligro. Tal fusión tiene dos explicaciones: primero, el hecho constatable de que ser vulnerable en sentido estricto, sobre todo cuando uno lo es de manera continua debido a caracteres naturales, favorece ser objeto de más agresiones; segundo, el hecho de que el *peligro global* para una persona depende tanto de la vulnerabilidad en sentido estricto como de su propensión a ser atacada. Quien recibe muchas agresiones es muy «vulnerable» porque es probable que acabe lesionado, incluso cuando tenga una capacidad de defensa alta y sea, por ello, muy poco vulnerable a cada acción singular.

Es muy importante, sin embargo, no confundir ambos planos cuando el elemento diferencial es relevante, y creo que ello pasa precisamente en la responsabilidad penal. Si estamos evaluando la situación global de amenaza para una persona, ambas fuentes de peligro tienen igual relevancia. Pero si estamos evaluando la lesividad de una concreta acción para una persona, sólo son relevantes las características lesivas de la acción y la capacidad de defensa de la víctima, pero no el hecho de que ésta esté sometida a múltiples ataques que no guarden conexión con el anterior (30). Parece obvio que quien agrede a un policía bien entrenado no debe cargar con la agravación de atacar a una persona vulnerable aunque su víctima sea, en general, «vulnerable» por estar expuesta a múltiples ataques.

Aplicando este principio a los colectivos, los hay sólo vulnerables, otros sólo sometidos a múltiples agresiones, y, finalmente, otros que combinan ambas fuentes de «vulnerabilidad»). Los que normalmente son catalogados en la categoría de naturalmente vulnerables, como menores o incapaces, lo son en el primer sentido –sus condiciones personales les provocan cierto grado de indefensión frente a acciones concretas– y, por ello, también normalmente en el segundo. Sus necesidades de protección son, por esa razón, muy altas. Otros grupos, como militares en periodos convulsos, policías, etc., sólo lo son en el segundo sentido. Su trabajo les pone en situación de recibir múltiples ataques, pero, en circunstancias normales, no están indefensos en ningún sentido relevante. Si su condición ha de ser tenida en cuenta cuando son objeto de agresiones no es por su vulnerabilidad, sino por otros motivos como mantener el principio de autoridad, etc. Por último, está el caso especialmente interesante de los colectivos histórica y socialmente marginados, como los grupos raciales o religiosos no dominantes o las mujeres. Sus integrantes, son normalmente «vulnerables» en el doble sentido, porque la posición marginal de su grupo les hace estar más expuestos a agresiones y a la vez los coloca con mucha frecuencia en situación objetiva de indefensión –el caso del esclavismo con la raza negra es un ejemplo palmario de ello–, pero no tiene porque ser necesariamente así.

Por eso, si bien tienen razón quienes, como Lorenzo Copello, afirman que «la mujer, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina» (31), o que «la condición de mujer, es un factor específico que incrementa el riesgo de ser víctima de actos de violencia» (32),

(30) Naturalmente, cuando los múltiples ataques estén relacionados tenemos un hecho lesivo complejo que debe ser analizado como tal.

(31) *La violencia de género...* (como en nota 11), cit. pp. 17 y 18.

(32) *La violencia de género...* (como en nota 11), cit. p. 19.

dejan de tenerla cuando cifran en la supuesta vulnerabilidad general, socialmente condicionada, de la mujer por el hecho de serlo la razón material de la agravación de la violencia de género y además afirman que es un rasgo distintivo respecto de otros colectivos. Y ello, primero, porque lo único que aquí es constante, esto es, que se da siempre en este colectivo debido a los factores sociales y culturales de marginación, es una mayor «vulnerabilidad» en el sentido de que ser mujer efectivamente incrementa el riesgo global de ser víctima de agresiones, pero no genera de manera necesaria vulnerabilidad en sentido estricto (aunque no sea lo más habitual, nada impide que una mujer puede encontrarse frente a su agresor en una situación de igualdad), algo que es imprescindible para apreciar esta agravación de la responsabilidad penal; y, segundo, y ello tendrá importancia para el debate posterior de la subinclusión, porque esta característica no es exclusiva del colectivo de mujeres, sino de cualquier colectivo culturalmente marginado (33). Y ello nos sitúa ante la segunda observación.

b) En el caso de grupos social o culturalmente marginados la vulnerabilidad no surge del *mero hecho de tener las características que definen la pertenencia al grupo* –ser mujer, o inmigrante, etc.–, sino, en su caso, de las acciones de discriminación de terceros motivadas por dicha pertenencia (34). Y ésta es una diferencia esencial con los grupos naturalmente vulnerables –personas incapaces, menores, etc.– en los que un elemento definitorio de pertenencia es precisamente la vulnerabilidad en sentido estricto. Por ello, no hay objeción que hacer cuando se toma como motivo de agravación el que la víctima pertenezca a un grupo naturalmente vulnerable, mientras que en los que lo son sólo cultural o socialmente, o en general contextualmente, resulta imprescindible constatar en el caso concreto dicha vulnerabilidad. Ello tiene mucha importancia para la discusión posterior en torno a la posible suprainclusión de los tipos evaluados.

En resumen, por las razones apuntadas, la vulnerabilidad no puede ser el fundamento material único de los tipos agravados, pero puede formar parte del mismo. En cualquier caso, debe concurrir en el hecho concreto y no puede ser simplemente presumida.

2. *Extensión temporal de la violencia*

La valoración conjunta de diversas acciones que guardan algún tipo de conexión y que se desarrollan a lo largo del tiempo es algo habitual en Derecho penal. Figuras como la habitualidad o el delito continuado, o, en otro orden de cosas, la reincidencia, son muestra de ello. La reiteración puede enfocarse desde la perspectiva del autor que opera en diferentes momentos, lo que podría eventualmente justificar una agravación de su pena, pero también desde la perspectiva de la víctima, cuya sensibilidad a una agresión actual puede estar condicionada por otras previas o por el temor fundado de padecerlas en el futuro. Un ejemplo en el que aparecen las dos perspectivas, la del autor y la de la víctima, es la violencia doméstica (arts. 153.2 y

(33) Parfraseando a Laurenzo, «el inmigrante, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encuentra particularmente expuesto a sufrir ataques violentos a manos de los nacionales del país.

(34) En este sentido, expresamente PEÑARANDA RAMOS, *¿Qué puede hacer el Derecho penal..?* (como en nota 28), p. 4.

173.2 CP) (35). Una nota característica de esta violencia es que es eminentemente contextual, de manera que el efecto nocivo de los actos singulares de violencia física se ve notablemente incrementado por el sufrimiento psíquico que procede de una actuación que se desarrolla a lo largo del tiempo y en situaciones de convivencia estrecha. No es extraño que el acento se ponga en estos casos en la lesión de la dignidad (muy vinculada al padecimiento psíquico), y que la propia Ley así lo haya reconocido al ubicar el artículo 173.2 CP (36).

No cabe duda de que éste es un elemento esencial del desvalor de la violencia de género. El efecto psicológico que provoca en la víctima ha sido en ocasiones descrito como «síndrome de la mujer maltratada». En palabras de Arroyo Zapatero, su signo diferencial es «la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer» que desemboca en una «permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y la humillación, que es la esencia del atentado a la integridad moral» (37).

También la STC 59/2008 destaca este aspecto de la violencia de género. El diferente tratamiento al varón y a la mujer agresores se sustentaría en el hecho de que las agresiones del primero «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» (Fd. Jur. 7). Añadiendo poco después: «Las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”». Y continúa afirmando que aquí hay una «violencia peculiar... peculiarmente lesiva para la víctima». Mayor lesividad que poco después concreta el Tribunal Constitucional en lesividad «de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro para su libertad (...) porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un elemento intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en cuanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado» [FJ 9.a)].

De los tres bienes a que alude el Tribunal –seguridad, libertad y dignidad–, los dos primeros apuntan directamente al desvalor que estamos aquí examinando: el temor a nuevas y constantes agresiones que condiciona la libertad de la víctima. Es, sin duda, cierto que una buena parte de las lesiones del varón hacia la mujer en las relaciones de pareja entrañan este desvalor añadido. No se trata sólo del daño físico

(35) Detalladamente, sobre ello, BENÍTEZ JIMÉNEZ, «Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 del Código penal», en Villacampa Estiarte (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*. Universidad de Lleida/Tirant: Valencia, 2008, pp. 163 y ss.

(36) Aunque es cierto que no se explica bien por qué ello debería ser distinto en el 153.2 CP.

(37) «La violencia de género...» (como en nota 2), cit. p. 21, con referencias adicionales. Sobre el síndrome de la mujer maltratada véase también VILLACAMPA ESTIARTE, *Violencia de género...* (como en nota 1), pp. 40 y ss.

provocado por el acto singular, que incluso puede ser de menor entidad, sino del contexto de violencia general en que se inserta, que provoca en la víctima un daño psíquico duradero y de graves efectos. Pero también el tercero, el ataque a la dignidad, es una consecuencia habitual de la extensión temporal de las agresiones, que van paulatinamente humillando (38) a la víctima y minando su propia estima.

En resumen, nos encontramos aquí ante un elemento agravatorio de indudable importancia que opera habitualmente en la violencia de género. Pero considerarlo fundamento material de los tipos que examinamos plantea, al menos, dos tipos de problemas: en primer lugar, la cuestión, a la que luego se hará referencia, de si constituye efectivamente un elemento distintivo de la violencia de género o si es una característica que comparte con otros tipos de violencia; en segundo lugar, la cuestión de cómo compatibilizar tal interpretación con la existencia del artículo 173.2 CP, en el que se tipifica la violencia doméstica, y en el que el elemento clave es precisamente la habitualidad. Aparte de lo difícil que resulta explicar que en la violencia doméstica habitual no se haga referencia alguna al género (39), la existencia del artículo 173.2 CP obliga a interpretar los tipos examinados como casos de comportamientos todavía no habituales, pero que en el contexto que se llevan a cabo tienen las características lesivas del maltrato mantenido en el tiempo (40).

3. Contexto histórico de marginación

También este caso, como el anterior, está relacionado con la dimensión temporal del hecho. La diferencia es que aquí el hecho no se valora por su relación con otros hechos del pasado o futuro de la víctima, sino de otras víctimas agredidas por su pertenencia a un colectivo del que también forma parte la actual, siendo dicha pertenencia parte de la identidad personal.

Cuando la violencia ejercida contra alguien se debe a circunstancias que comparte con otros, como pueden ser su orientación sexual, opción religiosa, raza, ideas políticas, etc., parte de su efecto lesivo se desplaza también a ellos, con lo que el delito pasa a ser multiofensivo: daña inmediata y agravadamente a la víctima, y

(38) Acertadamente destaca RAMON RIBAS la característica de la humillación de la víctima como un elemento central de la violencia de género –*Violencia de género...* (como en nota 12), p. 122. También MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres...* (como en nota 11), p. 182.

(39) En general, como ha destacado COMAS D'ARGEMIR –*La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución*, en Miguel Ángel Boldova Pasamar y M.^a Ángeles Rueda Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*. Atelier: Barcelona, 2006, p. 50–, no es fácil entender por qué la agravación por violencia de género no se ha incorporado a todos los sectores en los que se puede manifestar la violencia sobre la mujer. De acuerdo al artículo 1.3 de la Ley Integral, tal denominación «comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Es cierto que la ausencia de cualquier mención en la violencia habitual y en los delitos contra la libertad sexual llama la atención, así como también en los propios delitos contra la vida –destacan también estas contradicciones, LARRAURI PUJAN, *Criminología crítica* (como en nota 9), pp. 98 y ss.; BOIX REIG, *Prólogo...* (como en nota 9), pp. 22 y 25, aunque confiesa no querer trasladar «malas ideas» al legislador –*ob. loc. cit.*

(40) Lo cual obliga a ser muy cuidadosos para evitar la consideración de estos hechos como delitos de sospecha, próximos a un Derecho penal de autor. Considera esta cuestión uno de los aspectos más criticables de la Ley, GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la 10.ª edición...* (como en nota 12). Se hace eco del problema también RAMON RIBAS, *Violencia de género...* (como en nota 12), p. 155.

de forma mediata a los que integran el colectivo cuya seña de identidad motivó la agresión, y en ambos casos de una manera que no se daría si falta dicho elemento.

En el caso de la víctima, el efecto nocivo es múltiple. Por un lado sufre el daño que se deriva de la acción agresiva –la lesión, amenaza, etc.–, potenciado en el caso de bienes jurídicos como la salud psíquica o la libertad por la especial sensibilidad derivada de las agresiones pretéritas a miembros de un colectivo con el que se identifica, que la hacen más vulnerable. Por otro lado, se produce a la vez un daño directo en su dignidad personal. Este último efecto se traslada también a los restantes miembros del colectivo que conocen el hecho. A ello se añade un posible efecto de contagio, que propicie nuevas agresiones con esa misma motivación.

Cuando el Tribunal Constitucional hace referencia a la dignidad parece estar pensando también en este efecto: la violencia «hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado» [FJ 9.a)].

Pero, a diferencia de la circunstancia examinada en el punto anterior, que es indiscutida en su efecto lesivo y en su concurrencia en la violencia del varón hacia su mujer pareja, ésta es más problemática en ambos aspectos. Por un lado, parece discurrir demasiado cerca de la frontera que delimita la lícita responsabilidad personal de la ilícita responsabilidad por hechos de otros; por otro lado, no es fácil acreditar su efectiva concurrencia; por último, tampoco es sencillo determinar qué peso debería dársele en la agravación de la pena.

a) En cuanto a lo primero, la objeción puede ser es más aparente que real, pero sólo si se da a este elemento un contenido adecuado. A primera vista pudiera parecer que en estos casos se está haciendo responder al agresor por las agresiones previas de sus congéneres a otras mujeres, en las que no ha tenido responsabilidad alguna. Si así fuera, tomar en cuenta este dato sería, sin duda, inconstitucional por contravenir el principio de culpabilidad/responsabilidad personal. Así lo entendía el Auto de la Juez de Murcia que propició la STC 59/2008, alegando infracción del principio de culpabilidad por atribuir al varón «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor».

Pero, aunque el riesgo de castigar a alguien por hechos ajenos puede estar presente (41), es posible sortearlo tomando en cuenta el contexto objetivo de la agresión, esto es, centrando el desvalor en el efecto de la acción propia sobre una víctima más vulnerable por agresiones previas, aunque no sean contra ella sino contra terceros de su mismo colectivo. Igual que una lesión física que en circunstancias normales causaría un daño menor puede causar lesiones graves o incluso matar a una víctima ya debilitada, y si el agresor conoce este dato le es imputable el resultado, una agresión de menor entidad a la dignidad de otra persona cuando esta dignidad haya sido previamente socavada por agresiones reiteradas a quienes comparten sus ideas, su raza o su sexo puede causar un daño agravado, y quien con su acto lo provoca, conociendo las circunstancias, responde de ese resultado como propio. En este sentido, rebatiendo el argumento de la Juez de Murcia, acierta la Sentencia 59/2008, al menos en el plano teórico, al indicar que en estos casos habría un «desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cul-

(41) De hecho, es una referencia habitual en los comentarios críticos. Véase, por todos, la contundente exposición de GIMBERNAT ORDEIG en «Prólogo» a la 14.ª edición... (como en nota 12), p. 22.

tural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa», añadiendo después que ello «no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de la propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción» [FJ 11.b)].

b) Pero, si bien el planteamiento teórico es correcto, mucho más problemática es la cuestión fáctica de si esta circunstancia se da efectivamente en la violencia en la pareja. Tanto la STC 59/2008 como la doctrina favorable a los tipos agravados dan por cierta la presencia de este elemento de agravación. Pero sobre ello, aparte de las propias afirmaciones de quienes lo defienden, no hay datos bastantes que muestren que este componente es parte esencial de la violencia de género, y que ello provoque una lesividad superior.

Contra lo que se presupone en la STC y contra lo que sucede en otros casos, como el racismo, creo que es por lo menos discutible que este componente adicional esté presente en la mayor parte de las agresiones entre parejas, aunque sin duda lo está en alguna. Para que haya un genuino desvalor añadido, y no una ilícita responsabilidad por hechos ajenos pretéritos, es preciso que la mujer se vea a sí misma al ser agredida como parte del colectivo de las mujeres y el hombre a sí como parte del colectivo de los hombres, y ambos representando los roles arcaicos atribuidos a cada sexo por la cultura dominante del varón. Este análisis externo del fenómeno, que es por ejemplo el que hace el feminismo, podría ser correcto como interpretación sociológica del hecho, pero es dudoso que la mujer agredida y el varón agresor vean su acto en esta clave y que ello contribuya por un lado a un mayor sufrimiento de la víctima y por otro a un aumento de las agresiones de los varones en general. A la mujer le afectan los golpes y sobre todo el miedo continuo y la rebaja de su dignidad que procede de estos actos, pero no como exponentes de la dominación masculina sobre la mujer, sino, mucho más simple, como exponente crudo de la violencia (especialmente intensa) de una persona sobre otra, de cualquier persona sobre cualquier otra en contextos de agresiones habituales entre personas próximas y en condiciones de inferioridad física de una de ellas (42). Por otro lado, tampoco parece muy plausible que el agresor en la mayor parte o en todos los casos (aunque en alguno pueda ser así) vea su acto y le dé el significado de un desprecio a la dignidad del colectivo femenino, sino más bien como un acto de violencia sin más contra una persona próxima y vulnerable, acto que presenta la habitual crudeza y persistencia a lo largo del tiempo de los desencuentros entre personas que han sido muy próximas.

Es probable que en la raíz de la violencia en el seno de la pareja esté con frecuencia presente una «estrategia» masculina para mantener el control (43), pero

(42) Este planteamiento se aproxima a las tesis etiológicas, que «hallan las causas del fenómeno en razones individuales o sociales de carácter no estructural en cuanto a la distinción de géneros», y se aparta de las estructuralistas, que apuntan como razón estructural «la desigualdad social de géneros alimentada por los patrones culturales atribuidos a cada género en esta sociedad patriarcal» –VILLACAMPA ESTIARTE, *La violencia de género...* (como en nota 1), pp. 25 y ss., cit. pp. 27 y ss.

(43) Como, por ejemplo, afirma LAURENZO COPELLO, que habla de «“relación de poder” que favorece el uso de estrategias violentas para mantener el control» –*La violencia de género...* (como en nota 11), cit. p. 18. En el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, *La violencia de género...* (como en

esto no es un elemento distintivo de la violencia de género, sino de una buena parte de las violencias entre personas próximas y, en cualquier caso, la presencia de este afán de dominar no añade nada nuevo al desvalor propio de la violencia examinada en su contexto.

Dicho de otra forma, si bien muy probablemente una buena parte de las agresiones del varón a su mujer pareja tienen una causa objetivamente ligada al sexo de ambos, es mucho más dudoso que respondan a una motivación genuinamente sexista –y no lo es la que pretende dominar al otro, porque ésta es una característica general de una buena parte de las violencias, en cualquier ámbito– del autor y que provoquen en la víctima el desvalor *añadido* que resultaría de la identificación con un colectivo marginado (y no sólo el desvalor que procede de la humillación por la dominación, al que se hacía referencia en el apartado anterior, que desde luego sí está presente).

En cualquier caso, las anteriores observaciones no ponen en duda que tal elemento agravatorio a la dignidad pueda darse, sino su frecuencia y su importancia. Así como el factor agravatorio examinado en el apartado anterior es casi constante en la violencia de género, éste, seguramente, es mucho más raro, y, sobre todo, mucho menos relevante desde la perspectiva de la antijuridicidad material del hecho.

c) La dignidad es un bien jurídico escurridizo. Está presente en la mayor parte de las agresiones contra la persona –todas entrañan un atentado a su dignidad– y por eso a la vez no tiene un claro campo propio. Como ha apuntado Lascu-raín Sánchez, los atentados contra la dignidad «en la inmensa mayoría de los casos no son sino un peculiar modo de lesionar otros bienes jurídicos de indudable mayor aferrabilidad» (44). De hecho, así como cualquiera es capaz de identificar sin problemas acciones que lesionen la vida, la salud, la libertad, el honor o la libertad sexual, muchos tendrían problemas para identificar una acción inequívoca, que no afecte a los bienes jurídicos antes citados, y que a la vez sea un atentado penalmente relevante a la dignidad. Esta dificultad se observa perfectamente a la hora de interpretar los artículos del Título VII del Libro II del Código penal, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral». Algunos tipos no plantean problemas, como las torturas o la violencia física o psíquica habitual, pero no los plantean porque en ellos es obvio el componente lesivo de la libertad, la salud y la integridad. Sin embargo, es casi imposible determinar con siquiera aproximación qué conductas caen bajo el artículo 173.1 CP (Infligir a otro «un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral»), hasta el punto de que es quizás el ejemplo más claro de tipo que vulnera el mandato de determinación o certe-

nota 11), pp. 4 y ss. Quizás «estrategia» sea un término demasiado ambicioso para describir tal actividad, pero la idea básica es clara. Destaca, desde una perspectiva criminológica, la vinculación de violencia habitual y control o dominio sobre la mujer, LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica* (como en nota 9), pp. 40 y ss., con ulteriores referencias.

(44) «Comentario introductorio al Título VII del libro II CP, «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», en Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.) y Agustín Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código penal*. Civitas: Madrid, 1997, cit. p. 505. E incluso va un paso más allá, al identificar la integridad moral con «el objeto mediato o inmediato de protección del entero Código penal» –*ob. cit.* p. 504–. Desde luego lo es de los delitos contra las personas, pero sólo de forma muy mediata de otros, como, por ejemplo, los delitos patrimoniales o socioeconómicos.

za (45). Esta imprecisión tiene que ver precisamente con la naturaleza del bien que trata de proteger: la nuda dignidad de la persona, al margen de otros efectos sobre otros bienes, lo que cuadra con su entendimiento como tipo básico de este título (46). Lo que muestra este artículo es que la dignidad por sí sola es un concepto prácticamente vacío, si no se pone en relación con la lesión de otros bienes más sustantivos como el honor, la integridad y salud –muy especialmente la psíquica–, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, o la propia vida.

En la violencia de género el atentado a la dignidad de la mujer es patente, y lo es porque se traduce en agresiones reiteradas a su integridad física y psíquica y a su libertad, con la amenaza constante de nuevas agresiones. Algo característico de la violencia en contextos de proximidad y dependencia entre agresor y agredido. Esa parte del atentado a la dignidad es la que se examinó en el apartado anterior segundo, y es incuestionable y puede ser muy grave incluso cuando la lesión es externamente menor, pero contextualmente mayor. Pero aquí no estamos valorando ahora ese aspecto de la violencia, sino el que procede de una lesión a la dignidad por pertenencia a un colectivo tradicionalmente marginado, hecho que puede agravar el sufrimiento de la víctima. La lesividad en estos casos es directamente proporcional al *grado de marginación* del colectivo. Las agresiones contra personas de raza negra en una sociedad muy racista, heredera inmediata del esclavismo, podían entrañar un daño notable, hasta el punto de justificar un aumento significativo de la pena del agresor que actuara con dicha motivación externamente perceptible. Otro ejemplo podría ser las agresiones antisemitas tras el nazismo, que podrían justificar tipos penales en los que se valorara de manera especial dicho contexto. Pero, en sociedades o momentos históricos donde la discriminación tenga una importancia secundaria, pierde fuerza lesiva el comportamiento realizado con dicha motivación.

Ello se ve muy bien si se piensa en posibles discriminaciones inversas a las habituales, esto es, de grupos marginales a grupos dominantes (47). Los miembros de estos últimos difícilmente se ven dañados, amenazados o afectados en su dignidad por la acción discriminatoria, aunque lo sea de manera notoria, y ello tiene que ver con el hecho de que en estos casos la pertenencia al grupo discriminado, pero socialmente dominante, no afecta a la auto ni heteroestima del ofendido. Pues bien, resulta evidente que en nuestra sociedad actual la situación de marginación del

(45) Para LASCURAIN SÁNCHEZ, tales preceptos «no parecen superar el listón constitucional de respeto al principio de legalidad» –*Comentarios* (como en nota 44), p. 504.

(46) Así, por ejemplo, STS de 819/2002.

(47) Ello es así hasta el punto de que incluso se ha considerado elemento constitutivo de la discriminación su carácter «unidireccional», del grupo dominante al marginado –así, LAURENZO COPELLO, *La violencia de género...* (como en nota 11), p. 12, con referencias adicionales–. La cuestión es polémica, y hay quien admite la bidireccionalidad –así, LARRAURI PIJOAN, *Igualdad y violencia de género* (como en nota 11), p. 7, que da cuenta de la violencia entre personas del mismo grupo marginado, por ejemplo de policías negros a detenidos también negros, y lo explica sobre la base de que «una sociedad estructurada jerárquicamente en torno a la variable raza produce efectos *independientemente* de cuál sea la raza del autor», cit. p. 7. En el texto se admite la posible bidireccionalidad de la discriminación, en la forma descrita por Larrauri, pero a la vez la asimetría en sus efectos lesivos. En la dirección habitual causa un daño individualizado a la dignidad, porque el desprecio por el grupo se extiende a sus componentes, mientras que en la inversa sólo produce un daño genérico –también importante, pero de menor trascendencia.

colectivo de las mujeres respecto del de los hombres no tiene nada que ver ni con épocas pasadas, ni con lo que sucede en otras sociedades, donde puede alcanzar un nivel que los aproxime al de los ejemplos de la esclavitud o el nazismo. Sigue habiendo, desde luego, desigualdades, pero afortunadamente la mayor parte de las mujeres y los varones atribuyen al otro género exactamente la misma dignidad y derechos que al propio y se comportan de acuerdo a ello. El efecto inmediato de esta forma de ver las cosas es que, primero, la mayor parte de las acciones violentas entre unos y otras carecerán del efecto lesivo suplementario que podría justificar una agravación; y, segundo, incluso cuando esté presente en el autor dicha motivación, la percepción de la víctima de sí misma a partir de la agresión dependerá mucho de la entidad de dicha agresión y muy poco del sentimiento de pertenencia a un grupo marginado, que ella no siente como tal. Aplicar en estos casos una agravante, como la genérica del artículo 22.4 CP es razonable –y un dato reseñable que parece ir en la línea aquí apuntada es lo poco que se ha aplicado por razón de sexo–, pero una agravación específica como la de los artículos que comentamos parece simplemente desproporcionada.

En *resumen*, el contexto de una agresión condiciona su lesividad hasta el punto de que dos hechos que parecen externamente iguales produzcan efectos muy distintos. Hasta aquí no hay nada incorrecto en aceptar que, por ejemplo, una amenaza, una lesión o una coacción 'leves' puedan producir efectos graves.

Uno de los contextos más notoriamente lesivos es el de la proximidad vital y la dependencia que caracteriza, por ejemplo, la violencia doméstica, cuyo efecto agravante es incuestionable. Estas situaciones propician frecuentemente situaciones de especial vulnerabilidad de las víctimas, que, de darse, agravan el hecho, y a la vez generan un desvalor material añadido, en forma de sufrimiento psíquico y rebaja en la dignidad personal. La combinación de ambos efectos, vulnerabilidad demostrada en el caso concreto, y superior resultado lesivo, justifican la imposición de una pena agravada.

Otro de estos contextos es la pertenencia del agredido a un grupo marginado cuando dicha pertenencia es además motivo de la agresión. El peso de este factor es proporcional a la situación de marginalidad del grupo en una concreta sociedad, porque es ese dato el que condiciona la percepción de la víctima de sí misma y con ello su especial vulnerabilidad. En sociedades como la nuestra, y por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo, este elemento tiene una importancia marginal que sólo puede justificar, y sólo cuando esté presente, una agravación menor.

B) ¿PROPORCIONALIDAD O SOBREINCLUSIÓN?: ¿ES LA VIOLENCIA DE UN HOMBRE A SU PAREJA FEMENINA SIEMPRE VIOLENCIA DE GÉNERO?

A la vista de lo anterior, si los tipos penales que estamos analizando describieran el comportamiento típico sobre la base de los elementos materiales de agravación que hemos examinado (los que permiten hablar de genuina violencia de género), este apartado no requeriría ulterior desarrollo. Pero, aunque combatir esta clase

de violencia sea su finalidad, lo cierto es que los tipos no aluden a la violencia de género, sino en general a la violencia de un hombre a su mujer pareja. Y la pregunta obvia es si esta violencia es siempre violencia de género, esto es, violencia en la que se da un efecto agravatorio contextual derivado de las relaciones entre autor y víctima. Si fuera así, el tipo sería ajustado a su fundamento material, si no, sería sobreincluyente y, por ello, desproporcionado.

Quienes se han mostrado favorables a la regulación insisten en la singularidad de la violencia en estos casos, pero, cuando se analiza su argumentación, se observa que ésta se dirige más bien a mostrar que en la violencia de género concurren elementos contextuales que justifican una agravación, algo que aquí no se discute, antes que a mostrar que el factor agravatorio está presente siempre (y sólo en estos casos, aunque de ello me ocuparé en el siguiente punto), esto es, que toda violencia entre de un hombre a su mujer entraña violencia de género.

Sobre este particular no se aporta realmente dato alguno que avale tal pretensión. Y no se aporta porque todo parece apuntar a que no existe. Repárese en que aceptar dicha relación constante presupone necesariamente aceptar a su vez una de estas dos hipótesis, a cual más inverosímil: la primera, que no es posible una relación de pareja igualitaria, esto es, en la que los cónyuges se sitúen y vean al otro en un mismo plano, sin que el hombre adopte una posición dominante y a la vez se identifique como parte de un grupo que también lo es, y la mujer una posición dominada y parte de un grupo a su vez sojuzgado; la segunda, que si la anterior fuera falsa, porque existieran parejas igualitarias, sus integrantes no podrían en ningún momento ofenderse, maltratarse o lesionarse.

Ahora bien, que hay parejas igualitarias –posiblemente mayoría en países como el nuestro, o al menos un grupo importante, aunque bastaría con una sola– parece una afirmación tan trivial como que entre ellas alguna vez puede haber malos tratos o lesiones, como los hay en cualquier otra relación humana imaginable. Presuponer que no caben agresiones en la pareja sin el contexto que justifica la agravación es tan inverosímil como afirmar que no es posible que un heterosexual agrede a un homosexual sin tintes homófobos o un blanco agrede a un negro sin que la acción esté necesariamente impregnada de tintes racistas.

De los tres posibles elementos de agravación que hemos examinado, ninguno se da de forma necesaria en la violencia de un hombre sobre su mujer pareja. Ya hemos visto que la vulnerabilidad, entendida en sentido estricto, no es una consecuencia inevitablemente unida a los colectivos culturalmente marginados, sino que su presencia debe evaluarse caso por caso, y parece trivial que tal elemento estará presente unas veces y otras no.

Lo mismo sucede con el segundo elemento examinado. Un golpe, una amenaza o una coacción individual pueden ser el germen de una conducta de maltrato habitual en un contexto de dominación, pero pueden también no serlo, y los tribunales deberán determinar la presencia de este elemento en cada caso. Por último, el tercer factor de agravación –el desvalor añadido que proceda de la identificación con un grupo marginado– es, como vimos, el más frágil de los tres, y aceptar su presencia constante sería tanto como afirmar que no cabe una relación entre hombre y mujer en pareja como la que, por otro lado es la tónica habitual de la mayor parte de las parejas en una sociedad igualitaria como la nuestra.

Con ello la conclusión inmediata es que los tipos que estamos examinando son *inexcusablemente sobreinclusivos*: de su tenor literal no se deriva restricción algu-

na de carácter material, por lo que necesariamente abarcan casos en los que la razón agravatoria está presente, y otros en los que no, lo que, de no remediarse mediante algún tipo de interpretación restrictiva (48), supondría una palmaria infracción del principio de proporcionalidad.

C) ¿SINGULARIDAD O SUBINCLUSIÓN?: ¿ES LA VIOLENCIA DE GÉNERO UNA VIOLENCIA INCOMPARABLE A OTRAS?

A diferencia de la pregunta del apartado anterior, relevante desde cualquier punto de vista por su efecto en la proporcionalidad, la que ahora se examina requiere una justificación previa que atañe a la relevancia jurídica de la subinclusión.

Que una norma penal castigue hechos que no lo merecen es a primera vista más grave que que no castigue otros que también lo merecen. Es simplemente injusto imponer una condena en el primer caso, aunque formalmente la ley parezca permitirlo, y el penado tiene razones para solicitar amparo por desproporcionalidad. En el segundo caso, sin embargo, la sanción impuesta al infractor parece materialmente justificada, y efectivamente lo estará si por tal se entiende *sólo* que en ella concurren los elementos de desvalor material que permiten justificar la sanción.

Si los hechos se analizaran aisladamente, la conclusión sería que en uno se castiga a quien no lo merece y en el otro a quien lo merece, así que la asimetría entre ambos sería evidente. Pero la situación cambia por completo cuando se da entrada al principio de igualdad, porque desde esta perspectiva ambos son igualmente disvaliosos: en el primer caso hay un tratamiento igual de hechos que lo merecen distinto; en el segundo lo hay distinto de hechos que lo merecen igual. Si el principio de igualdad significa que deben tratarse igual los casos iguales y desigual los desiguales (49), entonces, desde este punto de vista, la subinclusión es igual de nociva que la suprainclusión, y lo es, primero, para el ordenamiento y sus principios; segundo, para la víctima del hecho no sancionado; tercero, para el responsable del hecho sancionado.

a) Un ordenamiento ideal debe castigar sólo lo que merezca sanción y todo lo que merezca sanción. Si castiga más de la cuenta es desproporcionado (conculca la prohibición de exceso), pero si castiga menos incumple su deber de protección de los bienes jurídicos (conculca lo que podría denominarse prohibición de defeceto). En otras ramas del derecho estas lagunas pueden cubrirse mediante analogía, pero no en Derecho penal, por imperativo del principio de legalidad, lo que no quiere decir que sean adecuadas. De hecho, el ordenamiento es consciente de esta insatisfactoria posibilidad y por eso prevé una disposición como la del artículo 4.2 CP que impone al juez o tribunal que cree que un hecho no penado por la ley es

(48) Cuestión que se aborda *infra* en el apartado D.

(49) «El principio de igualdad consiste en que ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deben ser asimismo iguales: han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permite diferenciarlo de otro, se encuentre carente de racionalidad y sea arbitrario, porque tal factor diferencial no resulte necesario para la protección de bienes y derechos buscada por el legislador» (SSTC 60/1984; en la misma línea 114/1987; 142/1993, 49/2008, y otras muchas).

digno de represión el deber de abstenerse de todo procedimiento sobre él (principio de legalidad), pero a la vez de acudir al gobierno exponiendo las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción y abrir así la vía a una reforma legal (prohibición de defecto).

¿Podría cuestionarse la constitucionalidad de una ley apelando a la prohibición de defecto? Si la prohibición de exceso ya plantea muchos problemas, debido a las dificultades para determinar cuándo concurre y habida cuenta del margen de libertad que, por su propia condición, corresponde al legislador, la de defecto presenta estas características de modo aún más acusado. Seguramente habría que limitarlo a los casos más claros y extremos. Y entre ellos deben situarse los casos de subinclusión objetivamente discriminatoria, que abarca los supuestos de discriminación por motivo de raza, sexo, religión etc., tanto al seleccionar los sujetos pasivos del tipo penal, como al seleccionar los sujetos activos.

La justicia no sólo exige poder responder a la pregunta del condenado «¿por qué yo?», que se contesta con argumentos de proporcionalidad, sino también a otras dos: una más del propio condenado —«¿por qué yo sólo?»— y otra de la víctima —«¿por qué yo no?»—, que se contestan con argumentos de igualdad, y si en alguno de los dos casos la única respuesta es «por tu raza» o «por tu sexo» en contextos en los que este dato es irrelevante, habrá una inconstitucional vulneración de este principio.

b) Discriminación en las víctimas. Dos personas con idéntica pretensión de protección deben ser igualmente protegidas, y si se discrimina a alguna de ellas por razones no atendibles, la norma, o el acto jurídico que así lo haga es contrario al principio de igualdad.

Por ejemplo, en el supuesto hipotético de que hoy se considerara penalmente protegible la fidelidad conyugal, una norma, como la que efectivamente existía en España, que protegía más al varón frente a la infidelidad de su mujer —adulterio— que a ésta frente a la infidelidad de aquél —sólo amancebamiento—, sería inconstitucional por discriminatoria por razón de sexo. Creo que sobre ello caben pocas dudas (50). Si la pena prevista para el adulterio femenino se considerara materialmente adecuada a la gravedad del hecho, la norma sería proporcional, pero al no regular la infidelidad del varón o hacerlo con menor pena, dejando total o parcialmente desprotegido el bien jurídico, sería subincluyente y discriminatoria.

c) Discriminación en los autores. Lo mismo sucede con la fijación de los responsables de los delitos. También aquí quienes realicen un mismo hecho en las mismas circunstancias deben ser tratados igual, y si se castiga a unos, pero no a otros y la selección se hace de manera discriminatoria —por razón de raza, sexo, etcétera—, la norma infringirá el principio de igualdad. El mismo ejemplo anterior puede valer para este caso. Tal sistema hipotético de normas, discriminatorio para la mujer como víctima, también la discriminaría como posible autora de la infidelidad al sancionarla con una pena superior que a su pareja masculina que realizara el mismo hecho.

(50) Y tan incorrecto como sería tratar de justificar un trato más benévolo para el hombre deduciéndolo de un supuesto menor desvalor social de su hecho, sería tratar de justificar lo contrario, esto es, un trato más severo, deduciéndolo de una, también supuesta o real —es indiferente—, mayor tendencia a cometerlo. En un régimen de igualdad, ambas infidelidades deberían tener el mismo trato.

En conclusión, aunque la subinclusión *parece* menos grave que la suprainclusión (y seguramente ello explica que tienda a dársele menor importancia), creo que *no siempre lo es*. Es cierto que en estos casos, a diferencia de los anteriores, se está sancionando algo que *aparentemente merece* sanción, al presentar el fundamento material de la agravación, pero ello es así sólo si se obvia la premisa valorativa que incorpora el principio de igualdad/no discriminación, conforme a la cual los casos iguales deben tratarse igual sin que quepa discriminación por razón de raza, sexo, etc. Porque, una vez que se introduce esta premisa, la sancionabilidad de un comportamiento depende no sólo de que esté presente en él el fundamento material que justifica la pena (su justificación subyacente), sino *además* de que también alcance la sanción a otros hechos de idéntico fundamento material y que sólo se distingan del hecho típico en la raza, sexo, etc., del autor. La subinclusión supone una inconstitucional discriminación en la medida en que lo único que distinga a dos casos con idéntico desvalor material a la hora de castigar uno y no castigar el otro sea la raza, el sexo, etc. del autor o de la víctima.

Llegamos con ello a la cuestión central en este punto: ¿son los artículos analizados discriminatoriamente subincluyentes? Que la pregunta es importante, y que el propio legislador era consciente de ello y también de que la respuesta aparente es positiva, se pone de relieve en el debate parlamentario y especialmente en la inclusión, durante el mismo, de la ya criticada referencia a «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», disposición que se introdujo con el fin de superar una posible declaración de inconstitucionalidad.

Si recurrimos, una vez más, a los elementos materiales que podrían constituir la justificación subyacente de los tipos, la situación es la siguiente.

Por lo que respecta al primero, *vulnerabilidad*, resulta obvio, y el propio legislador lo reconoce con el inciso añadido, que persona especialmente vulnerable no lo es sólo la mujer y respecto de su pareja masculina, sino que puede serlo la misma mujer en otra relación, o el hombre, si se dan las circunstancias precisas. Es verdad que en el caso del hombre la vulnerabilidad ya no provendrá específicamente de su pertenencia a un colectivo marginado, pero, en este punto, lo importante para la antijuridicidad no es de dónde procede la situación de indefensión, sino que exista. Por otro lado, la mujer sigue perteneciendo al colectivo marginado también cuando es agredida por quien no es su pareja masculina, así que la conclusión inevitable es que, si la fundamentación fuera sólo la vulnerabilidad, estos tipos serían subincluyentes: no brindarían la misma protección a todos los ciudadanos en iguales circunstancias de indefensión.

En cuanto al segundo –mayor daño derivado de la posible *extensión temporal* de la violencia–, sucede lo mismo, e incluso de manera más palmaria. Buena prueba de que el elemento material de agravación abarca otras situaciones distintas a las del hombre agresor de su pareja femenina, es que el tipo en el que se sanciona la violencia doméstica habitual (el art. 173.2 CP) es mucho más amplio que el artículo 153 CP, y no hace distinción alguna de género. Sería casi estrambótico interpretar que la lesividad cambia para los diferentes sujetos pasivos cuando se pasa de un acto ocasional de violencia, pero en un contexto de posible habitualidad (art. 153 CP), a una situación efectiva de habitualidad (art. 173.2 CP). Por ello, al brindarse en aquél una protección especial a la mujer pareja que no se brinda a ella misma en otras situaciones, o a otras mujeres u otros sujetos del círculo doméstico, en los que

pueden darse exactamente las mismas circunstancias de agravación derivadas de la extensión temporal de la violencia, se incurre también en subinclusión.

Por último, otro tanto pasa con el tercer supuesto –lesividad derivada de la pertenencia a un *colectivo históricamente marginado*. La agravación no procede en este caso del hecho de ser mujer sin más, sino del hecho de serlo en un contexto histórico de marginación de las mujeres. Ello implica, inmediatamente, que la agravación debería ser posible para cualquier agresión a una mujer por el hecho de serlo, y no sólo a manos de su pareja masculina (51). Por otra parte, tampoco hay razón alguna para negar la misma protección a integrantes de cualquier otro colectivo históricamente marginado, como los homosexuales, los que profesan religiones minoritarias, los inmigrantes de diferente raza, etc. una vez más, y sin fundamento material que lo justifique, se introducen diferencias infringiendo el principio de igualdad.

Concluyendo, nada hace pensar que la presencia del desvalor material que hemos analizado, en cualquiera de sus tres variantes, sea exclusiva de las agresiones del hombre a quien es o ha sido su mujer pareja, y no más bien de cualquier situación de violencia habitual de cualquiera sobre otro en ciertos contextos de convivencia estrecha y desigualdad entre agresor y víctima, cuando ésta pertenezca a un grupo marginado. Por poner un ejemplo, las agresiones reiteradas de un padre a su hijo homosexual con el que ya no convive, motivadas por su condición sexual, reúnen punto por punto todos los elementos materiales que el Tribunal Constitucional ha señalado como justificantes de la violencia de género, y, sin embargo, no tiene la misma protección que las víctimas de ésta.

En contextos de convivencia forzada o casi forzada y espacio territorial pequeño y aislado del exterior el ejercicio de violencia habitual del superior sobre el inferior tiene unas connotaciones especiales. Las torturas, el acoso en las cárceles, en escala menor en el colegio, los malos tratos reiterados a descendientes son ejemplos de este tipo de situaciones, que también se dan de modo paradigmático en la violencia de género. Actos que aisladamente considerados podrían tener un efecto lesivo menor, se convierten en graves limitaciones de la libertad y la dignidad en este tipo de contextos vitales. En la medida en que los tipos que examinamos dejan fuera de su tenor literal cualquiera de estas situaciones de idéntico desvalor material, son subinclusivos, y en la medida en que, al faltar un elemento material diferenciador propio, la línea entre lo típico y lo atípico (o lo típico agravado y lo no agravado) se traza sólo por la frontera del sexo del agresor y la víctima, son discriminatorios.

D) ¿CABEN SOLUCIONES POR VÍA DE INTERPRETACIÓN A LA SOBRE Y SUBINCLUSIÓN?

Soluciones plenamente satisfactorias, no, y soluciones que permitan superar la inconstitucionalidad, con muchas reservas, al menos para la subinclusión.

(51) Destaca LARRAURI PIJOAN cómo en las parejas homosexuales de mujeres puede darse también un contexto jerárquicamente estructurado, con roles de dominación, «Igualdad y violencia de género» (como en nota 11), p. 6.

1. La sobreinclusión puede evitarse introduciendo una restricción teleológica del alcance del tipo: algo que no es infrecuente en la teoría penal (52), y que no plantea problemas de legalidad al operar a favor del reo. De hecho, son muchos, incluyendo los cuatro magistrados que emitieron votos particulares a la STC 59/2008, los que opinan que la constitucionalidad de estos preceptos pasa al menos por requerir la prueba en el caso concreto de que se dan los elementos de agravación propios de la violencia de género (53), esto es, que la violencia ejercida sea, en palabras de la Ley Integral que hace suyas el Tribunal Constitucional, «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

Sin embargo, el problema principal que se plantea ahora es que el Tribunal Constitucional tuvo en su mano dictar una sentencia interpretativa que evitara la sobreinclusión, acomodando la extensión del tipo a los casos en los que está presente la lesividad cualificada, y no lo hizo. Con ello parece dar por buena esta situación, o al menos crea la apariencia de darla.

Podría, sin embargo, hacerse una interpretación algo más benévola de la sentencia en este punto. Pese a que no es expresamente interpretativa, es cierto que en

(52) Los criterios de imputación objetiva, por ejemplo, no son otra cosa que restricciones teleológicas a los tipos penales cuyo tenor literal abarca más de lo que permite la fundamentación material del injusto.

(53) Así, en los cuatro votos particulares emitidos, de los magistrados CONDE MARTÍN DE HIJAS —«La Sentencia tiene realmente el significado de una Sentencia de las denominadas interpretativas, sobre cuya base no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable, no se haya llevado al fallo» (apartado 3 del voto particular); DELGADO BARRIO —«la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad del texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la base de que concurra aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder...», por lo cual el magistrado concluye que «este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el fallo» (apartado 4 del voto particular); RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ —que recuerda que la sentencia «utiliza la técnica de las llamadas sentencias interpretativas de rechazo (...), lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal cuestionado», pero a la vez genera una gran inseguridad «puesto que no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación compatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo» (apartado 3 del voto particular); y RODRÍGUEZ ARRIBAS —que acepta el fondo de la argumentación del Tribunal para considerar materialmente fundada la agravación, pero a la vez cree que ello «supone añadir algo al tipo penal en cuya descripción no está expreso» y ello obligaba «a hacer una sentencia interpretativa que así lo expresara en el fallo».

Éste es también un parecer muy extendido en la doctrina. Entre otros, BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, *La discriminación positiva...* (como en nota 3), pp. 5 y ss.; RUIZ MIGUEL, *La Ley contra la violencia de género...* (como en nota 20), pp. 43 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Qué puede hacer el Derecho penal...» (como en nota 28), p. 4; GARCÍA-PABLOS, *Sobre la denominada...* (como en nota 12), p. 12; GONZÁLEZ CUSSAC, *La intervención penal ...* (como en nota 10), pp. 141 y ss., 189 y 195, que vaticinó (como luego se vio, erróneamente) una previsible sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional —p. 195—; ALASTUEY DOBÓN, *Desarrollo parlamentario...* (como en nota 12), p. 67; RAMON RIBAS, *Violencia de género...* (como en nota 12), pp. 151 y s.; LARRAURI PIJOAN, *Igualdad y violencia de género* (como en nota 11), pp. 14 y ss. En términos similares, Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los «Criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», que excluye de la competencia de la Ley Integral las acciones que de forma notoria no constituyan expresión de la violencia de género. Por su parte, BOLEA BARDON cree que ni con una restricción teleológica, que supondría «forzar demasiado los tipos penales» puede salvarse la objeción de inconstitucionalidad —*En los límites...* (como en nota 12), pp. 24 y ss. y nota 45.

la argumentación de fondo se establece con claridad cuáles son las razones materiales que, a juicio del tribunal, permiten justificar la norma, de manera que sólo cuando tales circunstancias estén realmente presentes la sanción agravada sería proporcional (54). Y como se trata de elementos objetivos que determinan la gravedad del hecho, no pueden simplemente presumirse, sino que su presencia debe ser probada en el juicio. Serán los tribunales quienes determinen si es especial desvalor está presente o no.

La ausencia de una declaración interpretativa expresa por parte del tribunal podría entonces tener dos explicaciones alternativas:

La primera, la menos favorable para el alto Tribunal, sería que éste hubiera dado por cierto que el especial desvalor que justifica la agravación está siempre presente en toda agresión del varón a su mujer pareja, por lo que no habría razón alguna para una restricción teleológica. Si fue así, y desgraciadamente no puede descartarse que esta fuera la voluntad del Tribunal (55) y que los jueces así lo interpreten, sólo cabría lamentar el escaso rigor de la sentencia. Tan indudable como es que en muchas agresiones del hombre a su mujer pareja están presentes estas características, debería serlo que no en todas lo está. Y si se presume, sin prueba posible en contra, que tal desvalor está siempre presente, se está haciendo una inadmisibles presunción de culpabilidad o bien castigando al sujeto por hechos pasados de otros. Cualquiera de las dos alternativas es corrosiva para los principios del Derecho penal. No es extraño que la opinión de que aquí era necesaria una interpretación restrictiva esté tan extendida en la doctrina.

La segunda explicación, más favorable, podría ser que el Tribunal Constitucional no hubiera dictado una sentencia interpretativa expresa debido al interés, más político que estrictamente jurídico, de no arrojar ninguna sombra de duda sobre la, por lo demás muy necesaria, Ley Integral, antes que como una negación de la existencia de acciones que no merecen la agravación específica.

Si la interpretación de la Sentencia que finalmente prevaleciera fuera ésta última, el problema de fondo de la sobreinclusión quedaría resuelto, aunque no de la mejor forma, porque siempre podría haber quien la interpretara en el otro sentido. Pero si prevaleciera la interpretación que no admite aquí sobreinclusión alguna el daño a la proporcionalidad sería irreparable.

Sea como sea, el juicio que merece la Sentencia en este punto no puede ser más que muy negativo, sea por mantener en toda su extensión literal unas normas que notoriamente abarcan más hechos que lo que permite su fundamentación material

(54) Sobre esto hay acuerdo entre quienes analizan la Sentencia. Véase, a modo de ejemplo, la opinión de los magistrados que emitieron votos particulares que se recoge en la cita precedente.

(55) En la línea de quienes, desde un planteamiento próximo al feminismo, entienden que el fundamento material de la agravación está presente siempre que un varón agrede a su mujer pareja. Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, *La violencia de género...* (como en nota 11), pp. 18 y ss.; o MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres...* (como en nota 11), p. 179. En este sentido, LARRAURI PIJOAN ha mostrado críticamente cómo las referencias del Tribunal Constitucional a «lo que su acto objetivamente expresa» o a su «significado social objetivo» pueden interpretarse en la línea citada de agravación automática –*Igualdad y violencia de género* (como en nota 11), cit. p. 13. Por su parte, destaca GARCÍA-PABLOS DE MOLINA la incongruencia interna de la STC al señalar primero los aspectos materiales de agravación y luego no requerir prueba sobre ellos –*Sobre la denominada «violencia de género»* (como en nota 12), p. 12.

subyacente, sea por dar pie, con su silencio, a que otros interpreten sus palabras en ese sentido (56).

2. Más problemática, y por varios motivos, resulta la subinclusión, que se produce siempre que en una relación autor víctima distinta a la de hombre agresor mujer pareja agredida está presente la especial agravación que el Tribunal Constitucional ha reconocido como materialmente relevante.

En realidad, en Derecho penal no es posible corregirla sin vulnerar el principio de legalidad, ya que la incorporación a la norma de supuestos no incluidos en su tenor literal sólo podría hacerse por analogía, y sería contra reo.

Sin embargo, el que una disposición singular sea subincluyente, no significa que lo sea también el ordenamiento en su conjunto para ese caso. Si existen otras disposiciones que permiten abarcar con la misma extensión los supuestos de hecho excluidos de la norma subincluyente, ésta podría interpretarse como un ejemplo singular –destacado por su mayor frecuencia de aparición, su significación social u otras razones– del caso general (57), que podría aplicarse en los casos no abarcados por la especial.

¿Podrían interpretarse así los tipos penales examinados?; ¿hay otras disposiciones que permitan, sin recurrir a la analogía, abarcar las conductas que ellos no alcanzan?

Hay dos candidatas para esta tarea: en primer lugar, la disposición añadida a los propios tipos que permite la agravación también cuando el hecho afecte a «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»; en segundo lugar, los diversos tipos que regulan las lesiones, las amenazas o las coacciones en general.

a) La primera solución es la que parece apuntar, aunque de manera no muy clara, la propia STC 59/2008 al contestar a la objeción de discriminación esgrimida por el recurso de la Juez de Murcia. Como en el inciso referido a que la víctima sea persona especialmente vulnerable «no hay restricción alguna en el sexo del sujeto activo, resultará que la misma pena que se asigna a las agresiones del varón hacia quien es o fue su pareja femenina (la pena del art. 153.1 CP) será la que merezcan las demás agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueren cuando el agredido o la agredida sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o la autora de la agresión» [FJ 4.b); se reitera este argumento en FJ 10].

Pero esta interpretación tiene varios problemas. En primer lugar, sitúa el acento del desvalor material en la vulnerabilidad de la mujer, lo cual, como hemos visto, es sólo un aspecto del desvalor asociado a la violencia de género (58). En segundo lugar, recurriendo a dicha posibilidad se podría resolver sólo una parte de la subinclusión: concretamente la de aquellas agresiones que tengan lugar en situaciones de convivencia efectiva, única a la que se refiere la disposición (59), pero no otras, como la del ejemplo del hijo homosexual antes citado.

(56) Y en ello hay que darle la razón al magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ cuando insiste en su voto particular en la inseguridad jurídica que provoca la sentencia. Véase la referencia en *supra*, nota 53. Insiste también en la inseguridad que genera, GARCÍA-PABLOS, *Sobre la denominada «violencia de género»* (como en nota 12), p. 12.

(57) En esta línea, y tomándola como punto de partida de su argumentación alternativa, RUIZ MIGUEL, *La Ley contra la violencia de género...* (como en nota 20), p. 45.

(58) En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *La intervención penal...* (como en nota 10), p. 154.

(59) Llaman la atención sobre ello, RUIZ MIGUEL, *La Ley contra la violencia de género...* (como en nota 20), pp. 45 y 46, que propone completar la subinclusión mediante las agravantes genéricas de abuso de superioridad o discriminación por razón de sexo, aunque no siempre el efecto permi-

b) La segunda posibilidad es acudir a los tipos comunes de lesiones, amenazas o coacciones. El sistema del Código para sancionar las agresiones a la integridad y la salud o la libertad es gradual, igual que lo son las propias agresiones. Desde las faltas hasta los delitos con consecuencias más graves, el Código permite modular la respuesta según la intensidad del ataque, y ello sin ningún tipo de restricciones ni por los sujetos activos ni pasivos. Nada impide, además, tener en cuenta el contexto del ataque, de manera que dos hechos de apariencia externa similar sean distintamente calificados según su respectiva lesividad contextual.

Las agresiones de los artículos analizados podrían ser interpretadas, entonces, como supuestos específicos en los que el legislador ha identificado elementos de agravación que justifican una mayor pena, sin que ello suponga que otros similares, con distintos sujetos pasivo y/o activo, no puedan merecer una pena igual si en ellos se dan las mismas condiciones de agravación. La agravación en este caso no se fundamentaría en el tipo especial –prohibición de analogía– sino en el común agravado por el resultado.

Esta interpretación permitiría evitar los inconvenientes más conspicuos de la subinclusión. Pero tampoco está libre de problemas. El primero y fundamental es la forma en que se redactan los tipos. Es probable que la intención del legislador con la Ley integral fuera señalar que ciertas agresiones de apariencia leve son en realidad, por el contexto, graves [corrigiendo así además la inadecuada línea jurisprudencial que apreciaba falta y no delito en estos casos (60)], y, si así fuera realmente la tipificación expresa de la violencia de género no hubiera sido necesaria más que a efectos simbólicos, pero lo cierto es que los tipos hablan expresamente de causar menoscabo psíquico o lesión «no definidos como delito en este Código» (art. 153.1), o amenazar o coaccionar «de modo leve» (arts. 171.4 y 172.2 CP), lo que no parece poder interpretarse más que como causar lesiones, amenazas o coacciones que son leves *incluso teniendo en cuenta el contexto*.

Pero, aunque ésta es la interpretación más plausible desde la literalidad de los preceptos, hay que reconocer que, de ser aceptada, nos llevaría a una situación realmente paradójica: estaríamos justificando la agravación por una mayor lesividad que realmente no puede darse si las agresiones son legalmente definidas como leves atendiendo a todas las circunstancias. Por ello, creo que las citadas referencias legales deben interpretarse como que se causen lesiones, amenazas o coacciones que en un contexto normal serían menos graves o leves, pero que en el contexto específico de la violencia de género resultan finalmente graves, y por ello son adecuadamente consideradas como delitos y no faltas.

Con esta interpretación, la subinclusión podría ser materialmente corregida, aunque no se evitaría el daño colateral que deriva de la apariencia discriminatoria de dichos preceptos, ni, desde luego, la eventualidad de que los tribunales no realicen adecuadamente esta interpretación.

Ahora bien, y con ello *concluyo* el trabajo, la pregunta que cabe hacerse entonces, es, ¿qué valor tiene una ley que no sólo tiene toda la apariencia de inconstitu-

te una completa igualdad; LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica* (como en nota 9), p. 86; también *Igualdad y violencia de género* (como en nota...), p. 6.

(60) Llama la atención sobre este aspecto, VILLACAMPA ESTIARTE, *Violencia de género...* (como en nota 1), p. 157.

cionalidad en un tema tan sensible como la proporcionalidad y la igualdad, sino que objetivamente lo es salvo que se someta a una doble interpretación tan ajena a su tenor literal que casi la hace irreconocible? La respuesta es que apenas un valor simbólico a corto plazo de repudio de la violencia de género (61).

Al margen de las dudas acerca de su efectividad para reducir tal violencia (62), de la que se hacen eco hasta sus más fervientes partidarios, y de los posibles efectos contrarios a la finalidad que la inspiró que pueda producir –como la generación de una apariencia de desigualdad ante la Ley; la equiparación por arriba de comportamientos de desigual desvalor, que podría facilitar el que no se detecten los casos más graves (63); el efecto indirecto de mantenimiento de la imagen de la mujer como grupo naturalmente débil, necesitado de protección especial; o, por último, la persistencia de los clichés clásicos sobre roles masculino-femenino (64)–, prácticamente lo único positivo que puede derivarse de tal regulación es la llamada de atención simbólica sobre el problema de la violencia de género, llamada que, sin embargo, podía haberse conseguido por otras vías menos conflictivas.

El Tribunal Constitucional, olvidando su papel como máximo garante de la legalidad constitucional, ha permitido que esta desafortunada situación siga adelante, bien refrendando una norma que en su tenor literal es desproporcionada y discriminatoria –no es casual que en el Derecho comparado no haya referentes similares (65)–, bien dando pie a que alguno haga la peor interpretación posible de ella. Todo ello, una vez más, a cambio de muy poco. La lucha contra la violencia de género y la desigualdad es una causa con un objetivo justo y claro, que no debe enturbiarse con la presencia de compañeros de viaje, bien intencionados, pero tan poco afortunados como los tipos penales que examinamos y las sentencias que los avalan.

(61) RUIZ MIGUEL se plantea si no podría haberse hecho una descripción de la conducta agravada más neutra, pero arguye que la Ley pretendía conseguir sus fines no sólo con lo que la regla establece, sino con el propio hecho de establecer la regla. Así que concluye: «teniendo en cuenta la pretensión de lograr así, además, un impacto social excepcional, la medida puede considerarse necesaria» –*La Ley contra la violencia de género...* (como en nota 20), cit. p. 44. Pero el mismo efecto sin sus inconvenientes se podía haber alcanzado con una regulación como la sueca (véase, *supra*, nota 1), en la que la referencia de género va acompañada de la exigencia de verificar el desvalor material.

(62) Por lo que posiblemente haya que dar la razón a BOLEA BARDON cuando afirma que «en realidad, la Ley integral esconde, bajo un velo de ultraprotección, la imposibilidad de combatir el fenómeno de la violencia de género por medio de políticas sociales adecuadas», –*En los límites del Derecho penal...* (como en nota 12), cit. p. 22.

(63) Se ha destacado cómo esta regulación podría propiciar que los tribunales la aplicaran preferentemente en materia de violencia de género, sin detenerse a examinar si concurre la más grave violencia habitual del artículo 173.2 CP –ver PEÑARANDA RAMOS, *Qué puede hacer el Derecho penal...* (como en nota 28), p. 2, con referencias adicionales.

(64) Y podría añadirse una última cuestión, a la que no se ha prestado importancia, aunque creo que la tiene. Tanto la norma como la argumentación que la apoya se basan en el presupuesto, cada vez menos firme, de una *distinción tajante de sexos* que explicaría la relación estructuralmente asimétrica en las agresiones. Si alguna vez hubo esta separación a nivel legal y cultural, que no natural, que nunca la ha habido, hoy ni siquiera la hay en estos ámbitos. Puede destacarse, así, la aproximación de los roles, por no hablar de la propia gradualidad de características propias de cada sexo que conoce la naturaleza, y que ahora pueden forzarse artificialmente. La norma presupone una diferenciación sexual tajante, que la realidad natural, y hoy también la cultural e incluso legal, desmienten.

(65) Como ya se mencionó –*supra* nota 1–, la regulación sueca, que es la más próxima a la española en este punto, es mucho más atinada y respetuosa con los principios básicos del Derecho penal.