

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)

POR MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR
Y M^ª ANGELES RUEDA MARTÍN.

Profesores Titulares de Derecho Penal
en la Universidad de Zaragoza.

(La Ley, diciembre, 2004)

Con licencia para su publicación
y derechos de Copyright cedidos
por Editorial La Ley.



En torno a la denominada, hasta ahora, violencia doméstica se han producido en los seis últimos años una avalancha de reformas que, a la vista del incremento incesante de las cifras de este tipo de violencia ¹, hace presagiar que no han alcanzado su fin ², de manera que aquellos autores, como los que suscriben estas líneas, que se hayan ocupado de este tema en el último año, habrán contemplado que su trabajo se encontraba al poco tiempo desfasado ³. Como características generales de estas reformas se pueden destacar las siguientes. Por una parte, en este ámbito se han introducido nuevos delitos que antes eran faltas (art. 153 del Código Penal), se ha ampliado alguno de los ya existentes (art. 173.2 y 3 del Código Penal), se han endurecido de una manera considerable las penas y las medidas de seguridad (introduciendo algunas nuevas y ampliando otras de las ya existentes) ⁴ y en suma se han adelantado las barreras de protección de bienes jurídicos de tal forma que en estos momentos se puede plantear la cuestión de si nos encontramos ya ante un verdadero “Derecho penal del enemigo” frente al “Derecho pe-

nal del ciudadano” ⁵. No es éste, sin embargo, el problema que vamos a tratar en la presente contribución, sino que lo que se pretende es efectuar unas consideraciones u observaciones sobre la presentación y tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

El Proyecto inicialmente presentado por el Gobierno desató desde un principio una interesante polémica entre los diversos agentes jurídicos y sociales, en particular en lo relativo a la protección penal. Encontró las oposiciones más enconadas entre algunos sectores de los jueces y de la doctrina penal, que estimaban con diversos argumentos que el Proyecto del Gobierno chocaba con los principios básicos que deben informar la legislación penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, al incorporar al Código Penal tipos agravados de violencia en la pareja en función de la condición sexual de uno de ellos, pero no del otro ⁶. En la tramitación parlamentaria se ha logrado alcanzar una unanimidad política en relación con el conjunto del Proyecto (320 votos a favor). Recordemos también que incluso en el título del Proyecto de Ley Orgánica se ha reflejado la unanimidad política frente a la opinión de la Real Academia de la Lengua Española que desaconsejó la utilización de la expresión “violencia de género” ⁷. Sin embargo, no se ha logrado alcanzar la unanimidad en los aspectos político-criminales del Proyecto, aun cuando se han introducido nuevos tipos agravados y privilegiados con los que corregir o compensar los efectos indeseados de un tratamiento penal desigual del hombre y de la mujer ⁸.

El Proyecto castiga con una pena superior los malos tratos, las lesiones (pero no todas), las amenazas leves y las coacciones leves cuando la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, y también cuando la víctima sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.



1 Véanse a título de ejemplo las estadísticas proporcionadas por el Informe de la Caixa sobre los malos tratos a mujeres en España, publicado en [http://www.pdfs.lacaixa.comunicacions.com/webes/wpp0pdfp.nsf/vico/es10_c6_esp.pdf/\\$file/es10_c6_esp.pdf](http://www.pdfs.lacaixa.comunicacions.com/webes/wpp0pdfp.nsf/vico/es10_c6_esp.pdf/$file/es10_c6_esp.pdf), así como los datos más recientes proporcionados por el Instituto de la Mujer, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la dirección: <http://www.mtas.es/mujer/MCIFRAS/PRINCIPA2.HTM>

2 En efecto, en el ámbito penal y con posterioridad al Código Penal de 1995, hay que mencionar las reformas operadas por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el ámbito procesal destacan la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

3 Además esta forma de proceder por parte del legislador es de dudosa racionalidad, porque no se ha evaluado la eficacia de las reformas anteriores desde un punto de vista empírico y científico. También el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, señala que el mencionado anteproyecto nace en un contexto de una pluralidad de iniciativas legislativas, que por su corto espacio de vigencia no permite aún valorar su eficacia real para combatir este fenómeno social. Por otra parte, es necesario poner de manifiesto que a cada reforma penal en este ámbito le ha seguido un incremento y no un descenso de las cifras de víctimas.

4 Véase el análisis realizado en nuestro trabajo: “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo y similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, en prensa.

5 Véase haciendo una referencia general a todas las reformas penales que han venido acompañando a las que vamos a referirnos Díaz-Maroto y Villarejo/Suárez González en el Prólogo a la 30ª edición del *Código penal y legislación complementaria* de la Editorial Civitas, Madrid, 2004.



Se modifica el artículo 148 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:

«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1º

Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psicológica, del lesionado.

2º

Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3º

Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º

Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5º

Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

El artículo 153 del Código Penal, queda redactado como sigue:

«1

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

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

2

Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

6

De entre las primeras manifestaciones que se han hecho a este respecto, véanse las críticas vertidas sobre el Proyecto de Ley por parte del Grupo de Estudios de Política Criminal en los diarios *El País*, *El Mundo* y *ABC*; Gimbernat Ordeig, *Prólogo a la décima edición del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 17 y ss.; Martínez-Buján Pérez, "Una rectificación insuficiente del Gobierno", *La Voz de Galicia*, 9 de julio de 2004. Asimismo véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

7

La Real Academia Española (RAE) elaboró el pasado 13 de mayo de 2004 un completo informe sobre la expresión "violencia de género" en el que recomendó el uso de la denominación "violencia doméstica" y no "de género". En lugar de este último anglicismo propuso que el proyecto de Ley integral contra la violencia de género pasase a denominarse "Ley integral contra la violencia doméstica o por razón de sexo".

En el mencionado informe la RAE indicó que la palabra "género" tiene en español los sentidos generales de "conjunto de seres establecido en función de características comunes" y "clase o tipo". Recuerda además el significado gramatical de género y su clasificación en masculino, femenino y, en algunas lenguas, también en neutro, y señala que para designar la condición orgánica, biológica, por la cual los seres vivos son masculinos o femeninos, "debe emplearse el término 'sexo'".

Es decir, "las palabras tienen 'género' y no 'sexo', mientras que los seres vivos tienen 'sexo' (y no 'género')". El origen de la expresión "violencia de género" procede, como señala Lázaro Carreter, de la Conferencia de Pekín de 1995, en la que ciento ochenta gobiernos firmaron un documento donde se adoptaba el vocablo inglés *gender*, "sexo", para combatir la *violence of gender* (la ejercida por los hombres sobre las mujeres) y la *gender equality* de mujeres y hombres.

De ahí que se preguntara el ilustre lingüista aragonés si "deben obedecerse las leyes, decretos, regulaciones y demás rémoras contra el libre albedrío humano cuando contienen yerros idiomáticos reveladores de que, al dictarlas, se ha hecho una higa al diccionario"; véase Lázaro Carreter, *El nuevo dardo en la palabra*, Aguilar, 2ª ed., Madrid, 2003, pp. 193 y ss.

8

Los arts 28 bis a 32, que comprenden la tutela penal, fueron aprobados por 190 votos a favor, 130 en contra y una abstención.

**3**

Las penas previstas en los dos apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Se añaden dos apartados, numerados como 4 y 5, al artículo 171 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

«4

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

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

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

5

El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las con-

templadas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo con la siguiente redacción:

«2

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

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

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado»⁶.

El artículo 620 del Código Penal queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1º

Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º

Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.



9 Por cierto, obsérvese que sólo en el supuesto de las amenazas leves y no en el de las coacciones leves, se ha tipificado en el número 5 del artículo 171 la misma conducta como delito cuando afecte a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

10 Nos referimos, a mero título de ejemplo, al delito de violación tipificado en el artículo 429 del Código Penal de 1973 y antes de la reforma operada sobre este texto legal en 1989. En este precepto se establecía que: «La violación de una *mujer* será castigada con la pena de reclusión menor. Se comete violación yaciendo con una *mujer* en cualquiera de los casos siguientes:

- Cuando se usare fuerza o intimidación.
- Cuando la *mujer* se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores».

No obstante, recientemente ha habido un intento previo de introducción de un delito especificando que el sujeto pasivo tenía que ser una mujer, concretamente en el Proyecto de la LO 11/2003, en el artículo 149.2 del Código Penal que establecía «el que causare a una *mujer*, cualquiera que fuese su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz». Aunque la redacción final de este segundo apartado del artículo 149 ha sido otra, la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, publicada en el BOE de 30 de septiembre de 2003, se refiere expresamente a «la mutilación genital de *mujeres* y *niñas* como práctica que debe combatirse con la máxima firmeza».

11 Véase Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 66 y ss.

12 Véase Gimbernat Ordeig, *Prólogo a la décima edición del Código penal*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 18. Véase también en este sentido Martínez-Buján Pérez, «Una rectificación insuficiente del Gobierno», *La Voz de Galicia*, 9 de julio de 2004.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

El texto en negrita ha sido introducido en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en el Congreso.

El sujeto activo de todos los comportamientos considerados en el Proyecto como delito cuando la víctima es una mujer, viene definido por el anónimo «el que», por lo que se plantea la pregunta de a quién se refiere el aludido «el que». En efecto, puede ser un hombre, ¿pero cabe también la posibilidad de que se trate de una mujer? El espíritu de la ley reduce el ámbito de los autores sólo a los hombres, según el artículo 1.1 del Proyecto, que establece que «la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Ahora bien, la incorporación de todos estos preceptos al Código penal puede llevarnos a poner en duda que el hombre sea el único sujeto activo, lo que implica cuestionar al mismo tiempo que se trate de una ley integral para la mujer, puesto que su contenido acabará fragmentándose e integrándose en el cuerpo legislativo correspondiente (penal, procesal, etc.), de modo que en el futuro no se acudirá a ella como punto de referencia único. Pero volviendo a la primera pregunta: ¿es que acaso no puede plantearse que una mujer cometa estas conductas contra su propia pareja que también es mujer y que, en consecuencia, pueda ser castigada por estos delitos que sólo mencionan la condición de mujer en el ámbito del sujeto pasivo, pero no en el del suje-

to activo? Si la respuesta fuera afirmativa, lo paradójico sería que sólo se comprendieran las coacciones leves, las amenazas leves, los malos tratos y las lesiones en parejas homosexuales femeninas, pero no en parejas homosexuales masculinas.

La vidriosa problemática que se plantea es si se pueden establecer figuras delictivas atendiendo exclusivamente a la circunstancia sexual del sujeto que, o bien las sufre, o bien las realiza, prescindiendo de cualquier otro fundamento material que lo acompañe. Desde un punto de vista histórico, no está de más indicar que tal manera de establecer formas delictivas en función de la condición sexual de la víctima o del autor recuerda otras figuras de antaño que se incluían en los códigos penales del siglo XIX y que afortunadamente fueron desapareciendo a lo largo del siglo XX¹⁰.

Pues bien, la explicación de la actual tendencia legislativa, que aun cuando recuerda tiempos pretéritos, no tiene nada que ver con ellos ni en su génesis ni en su filosofía, puede encontrarse en los «nuevos gestores de la moral colectiva» a los que se refiere Silva Sánchez, y en concreto a asociaciones como las feministas¹¹ que se han convertido, como señala Gimbernat Ordeig, «en grupos de presión que pretenden –y en muchos casos consiguen– la consagración legislativa de sus postulados, acudiendo precisamente a la criminalización o, en su caso, cuando el comportamiento está ya previamente tipificado, al endurecimiento de las sanciones»¹².



De entrada no hay que ignorar que la igualdad de derechos en el plano jurídico entre el hombre y la mujer desde nuestra Constitución de 1978 no se ha visto reflejada totalmente en el devenir social, que ha puesto de manifiesto una desigualdad de hecho entre hombres y mujeres en diversos ámbitos, entre ellos el de la convivencia familiar, expresión que empleamos en sentido amplio. Así, por ejemplo, hay hombres que maltratan a sus mujeres, prescindiendo de que son personas con los mismos derechos que ellos¹³. Esta reforma a la vista de la desigualdad imperante en muchos casos utiliza unos instrumentos jurídicos para establecer una discriminación (positiva) que compense dicha desigualdad. No obstante, la idea del tratamiento desigual entre hombre y mujer no es la idea rectora que preside todo el Proyecto, porque en ámbitos como el educativo se parte precisamente del fomento de la igualdad entre los sexos. En cambio, en otros sectores como el publicitario, el asistencial o el laboral se establecen medidas de discriminación positiva. También así se procede en el ámbito penal, pero la cuestión que se plantea no es tanto si esta discriminación es positiva o negativa, sino si estamos en presencia de un Derecho penal de autor frente al modelo garantista del Derecho penal del hecho, lo que podría dar al traste con el principio de culpabilidad¹⁴. No se trata tanto de si el criterio empleado en el Proyecto establece un Derecho penal de víctima, que puede ser legítimo, sino un Derecho penal de autor, que en ningún caso puede considerarse lícito. Por ejemplo, el Derecho penal sexual de menores es un Derecho penal de víctimas, pero el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. En este particular ámbito está justificado un Derecho penal sexual de menores frente al Derecho penal sexual de adultos por la especial protección dispensada en la Constitución española y en los Acuerdos Internacionales a los menores.

A pesar del incesante aumento de las cifras de fallecimientos producidos por este tipo de violencia no se modifican

los delitos contra la vida, sino únicamente algunos delitos contra la integridad corporal (malos tratos y lesiones) y algunos delitos contra la libertad (amenazas y coacciones). Tampoco se ha establecido un tipo agravado cuando la víctima "sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia" en los delitos sexuales¹⁵, aun cuando en ellos las víctimas son de forma abrumadoramente mayoritaria las mujeres. No obstante, si esta reforma se centra exclusivamente en la agravación cuando la víctima sea una de las señaladas en las coacciones leves, amenazas leves, lesiones leves y graves o malos tratos, por qué razón se ignora en las lesiones más graves de los artículos 149 y 150 del Código Penal, las amenazas y las coacciones cuando no sean leves, las torturas y otros tratos degradantes, o las detenciones ilegales y los secuestros. Máxime cuando en el artículo 1.3 del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género se establece que «la violencia de género a que se refiere la presente Ley 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». Esta protección integral que se pretende lograr en el Proyecto a favor de la mujer y frente a las agresiones de todo tipo de su pareja masculina, no se refleja pues sistemáticamente en el articulado del Código Penal en relación con los delitos y faltas contra las personas. Allí donde no está prevista expresamente la agravación hay que entender que habrá paridad de trato para el autor, sea hombre o mujer. Parece que asistimos a una protección asistemática, cuya razón de ser podría consistir en que la penalidad de las faltas, ahora transformadas en delito, resultaba insuficiente desde el punto de vista de la prevención general en la lucha contra la discriminación sexual cuando adopta la forma de violencia contra la mujer, pero esta explicación no resulta satisfactoria, porque se estaría justificando una agravación de la pena por razones meramente preventivas. Sin embargo, sólo si la polí-



13

Véase la Exposición de Motivos del Proyecto que indica que la violencia de género «se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

14

Véanse a este respecto, sobre el Derecho penal de autor y su contraposición con el principio de culpabilidad, las SsTC RTC 1991/151, de 4 de julio; RTC 1998/61, de 17 de marzo y las SsTS RJ 2003/1992, de 22 de enero y RJ 2001/9089, de 30 de octubre.

15

En relación con el supuesto relativo a la víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor puede entenderse ya comprendido por la circunstancia nº 3ª del art. 180.1, aplicable a las agresiones y abusos sexuales. En el acoso sexual (art. 184.3) y en la prostitución (art. 188.1) se tiene en cuenta también esta circunstancia de la víctima.

16

Véase Bodelón González, "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal", en *Sistema penal y problemas sociales* (Roberto Bergalli, coordinador), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 472-484.

17

Véase en este sentido el *Informe del Consejo General del Poder Judicial* al Anteproyecto de la Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia



tica del legislador obedeciera a que han cambiado efectivamente las valoraciones ético-sociales sobre estos fenómenos, y si lo que hasta hace poco era tenido por leve pasa actualmente a reputarse como grave, entonces cabría atender a una mayor gravedad del hecho desde el punto de vista del contenido de lo injusto y de la culpabilidad. A este respecto se puede constatar que ha habido una evolución presente en los últimos años en virtud de la cual la violencia contra las mujeres ha pasado de ser únicamente un problema de agresiones interpersonales, a un problema social como consecuencia de una desigualdad de las relaciones de pareja entre hombre y mujer ¹⁸.

La objeción de una posible inconstitucionalidad por supuesta infracción del principio de culpabilidad de este Proyecto en la tutela penal, se ha intentado superar introduciendo una tipificación expresa basada en la especial vulnerabilidad de la víctima que convive con el autor, atribuyéndole la misma penalidad que la prevista para el caso de la agresión del hombre sobre su pareja femenina. Esta fórmula no plantearía problemas en torno a la discriminación si la agravación se hubiese centrado en general en todas las personas especialmente vulnerables. Sin embargo, como no ha sido así y se mantienen dos supuestos alternativos, se produce la impresión de que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer, que siendo cierto en el plano social y en relación con la condición de mujer, puede no serlo en la situación concreta y real, atribuyéndole al autor lo que sería obra de otros ¹⁹. Siguiendo la tesis de Martín Vida, que analiza cuál es el fundamento jurídico-normativo en la Constitución española que justifica el empleo de las medidas de acción positiva en favor de los miembros de colectivos tradicionalmente discriminados (en particular de las mujeres), para que se pueda poner en marcha un programa de acción positiva a favor de los miembros de un cierto colectivo, es imprescindible que el mismo haya padecido una situación constatable en el tiempo de marginación, que ponga

de manifiesto una discriminación de tipo estructural que haga imposible hallar las causas precisas a las que obedece. Como en la mayoría de casos resulta imposible determinar quién es el responsable individual de la situación de discriminación, se opta —según la autora citada— por favorecer al colectivo con carácter general ¹⁸. Esto, sin embargo, no sucede en el ámbito penal, porque se puede identificar y castigar en la mayoría de los casos al autor responsable. Dicho de otra forma, esta atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con los principios del Derecho penal moderno en un Estado de Derecho, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos” por el hecho propio, y no por hechos ajenos.

No obstante, se pretende proteger a la mujer de forma especial porque generalmente es la víctima en estos delitos ¹⁹. Esto se traduce en un mayor castigo del agresor cuando es hombre, pero únicamente en el ámbito de la relación de pareja. Porque si la discriminación se estableciera con carácter general y en cualquier ámbito sin duda constituiría un Derecho penal de autor. Pero ¿es un Derecho penal de autor reducir la discriminación a una parcela de las relaciones hombre-mujer determinada, la de relación de pareja, aun cuando la pretensión principal sea la de proteger de un modo especial a la mujer? En realidad sólo de una forma indirecta se protege a la víctima mujer frente a futuras agresiones, pero no frente a la ya realizada por la que se hace intervenir al Derecho penal y a sus consecuencias jurídico penales ²⁰. Lo cierto es que el efecto inmediato de la discriminación es la agravación de la pena al autor. Pero hay un efecto inescindible de esa protección especial para la mujer que se traduce también en un efecto secundario privilegiante cuando es ella la agresora contra su cónyuge o pareja masculina. La introducción de un nuevo apartado cuando la víctima es especialmente vulnerable salva la cuestión en los supuestos en los que la víctima-hombre es especialmente

ejercida sobre la mujer. Además aquí se revela una falta de sintonía interna en esta reforma cuando se exige expresamente en los supuestos de especial vulnerabilidad de la víctima la convivencia con el autor, siendo que no se requiere en el caso de que la víctima sea la mujer, ni tampoco se corresponde con que buena parte de los sujetos del art. 173.2 del Código Penal hayan dejado de estar vinculados en todos los supuestos por el nexo de la convivencia.

18

Véase Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002, p. 150.

19

Véase el *Informe de la actividad de los órganos judiciales sobre violencia doméstica*, año 2003, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, que señala que las mujeres constituyen el 90 % de las víctimas y los hombres son el 10 % restante. Consúltense el mencionado informe en la siguiente página web: <http://www.poderjudicial.es/egpj/Docuteca/ficheros.asp?intcodigo=3477&IdDoc=S>

20

En opinión de Larrauri, una mayor criminalización no comporta una mayor protección de las mujeres, y, por otro lado, considera esta autora que si se pretende hacer creer que una mera elevación de penas o la creación de nuevos delitos mejorará la situación de las mujeres, se están creando expectativas que luego se defraudan; véase Larrauri Pijoán, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, p. 276.



vulnerable, pero no deja de verse en tales casos que, la ley, queriendo proteger a la mujer cuando es víctima, acaba premiándola también cuando es agresora (y su víctima no es especialmente vulnerable). Por tanto, salvo que hallemos un fundamento material ajeno a la especial vulnerabilidad de la víctima que explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos, nos hallaríamos ante un Derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer, que tiene su correlato en la peligrosidad del autor que también se acabaría presumiendo, tal y como ha precisado Gimbernat Ordeig²¹.

Se podría deducir implícitamente en estos delitos que la condición de ser hombre en una relación de pareja heterosexual y consecuentemente víctima la mujer, no es un elemento típico (de la autoría y de la víctima), sino una condición objetiva de mayor punibilidad basada en consideraciones de política criminal, puesto que parece haberse prescindido de la posición de dominio en la configuración de las relaciones entre el sujeto pasivo y el activo, y únicamente se ha atendido al dato objetivo y exclusivo de la condición de hombre como sujeto activo y de mujer como sujeto pasivo. Así, podría incurrir también en este delito el hombre que desde una posición de inferioridad respecto de su cónyuge o pareja femenina la golpea, amenaza o coacciona levemente. Pero la configuración de tal cualidad como una condición objetiva de mayor punibilidad produciría graves consecuencias en el tratamiento del error, que es irrelevante, pues no se contempla en el Código Penal. Por ejemplo, en una discusión familiar el hombre, enfadado porque la hija ha llegado tarde a casa, golpea en lugar de a ésta, por error a su esposa, habría realizado la conducta tipificada en el artículo 153.1 (pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la

tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años), algo evidentemente inaceptable y absurdo. En cualquier caso nos encontraríamos con un vestigio de responsabilidad objetiva. Estas reflexiones nos conducen a cuestionarnos una vez más si los tipos delictivos referidos han de aplicarse mayoritariamente contra los hombres o sólo contra los hombres, y si han de aplicarse a aquellos hombres a quienes se debe atribuir responsabilidad penal en concreto o si, por el contrario, han de aplicarse a todos los hombres porque estructuralmente la discriminación (negativa) de la mujer es un problema general del que todos son responsables. En nuestra opinión, es necesario encontrar un criterio que proporcione un fundamento material para atribuir responsabilidad penal en concreto por esta clase de hechos.

Con arreglo a una interpretación teleológica-sistemática se puede encontrar un fundamento material que explique la limitación de la autoría a la condición de ser hombre, y que reside, por un lado, en que el hombre, en la realización de estas conductas, ejerce su posición dominante en la relación de pareja con una mujer, de manera que el abuso de poder en dicha relación es lo que fundamenta una mayor gravedad de lo injusto de estos comportamientos que en los restantes. Sin embargo, esto no es suficiente, pues dicho fundamento material se comparte en todas las figuras delictivas en que se relacionan como víctimas los sujetos del art. 173.2, y en consecuencia también una mujer puede ejercer una posición de dominio en sus relaciones de pareja homosexual. Pero, por otro lado, con base en el artículo 1.1 del Proyecto se puede deducir que en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una mayor gravedad

de la culpabilidad, puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del “sexo femenino” con lo que nos encontramos con un elemento subjetivo de la culpabilidad, que excluye claramente las agresiones de mujeres contra sus parejas femeninas. Se trata entonces de un Derecho penal del hecho, porque se castigan hechos concretos y la condición de la autoría (y de la víctima) fundamenta una mayor gravedad de lo injusto y de la culpabilidad si atendemos a las razones materiales expuestas. Porque atender a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo no debe conducir necesariamente a interpretar los tipos conforme al Derecho penal de autor²². No obstante, cabe poner de manifiesto que la pena sería superior si a los tipos básicos de los arts. 153.2 y 171.5 de los sujetos mencionados en el art. 173.2 se les hubiera añadido la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios (pena en su mitad superior), evitando con ello los problemas que genera la cuestión de la discriminación positiva en el Derecho Penal. Pues, aunque ciertamente la discriminación —positiva para la mujer, pero negativa para el hombre— no logra evitarse, es asumible desde los principios penales. Al fin y al cabo la misma conducta realizada a la inversa (la mujer sobre el hombre) podría castigarse con una pena mínima superior a través de la apre-

21

Véase Gimbernat Ordeig, op. cit.

22

Véase Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, “Band I”, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, 139.

23

Véase nuestra propuesta de interpretación del fundamento de la autoría del delito del art. 153 aún vigente en “El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo y similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 14, 2004, en prensa.

24

Véase sobre esta particular cuestión Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp 147 y ss.



ciación de la circunstancia agravante de motivos discriminatorios.

Si apreciamos este doble fundamento material marginando el mero dato objetivo de la concurrencia de una determinada condición sexual, podemos evitar algunas valoraciones evidentemente injustas como, por ejemplo, los malos tratos recíprocos en una pareja hombre-mujer incluidos literalmente en el artículo 153 del Código Penal y que darían lugar, prescindiendo del fundamento material señalado, a que al hombre se le castigara con mayor pena que a su pareja²⁴. Además, en aquellas relaciones de pareja en las que hay violencia, puede haber una reacción defensiva con un exceso y el dato de quién es hombre o mujer, exclusivamente, no nos proporciona la información de quién es el maltratador.

Si no apreciamos el doble fundamento material que hemos puesto de relieve, otra alternativa legislativa para castigar más gravemente estos supuestos habría sido la de establecer un tipo agravado en función de la especial vulnerabilidad de la víctima, que casi siempre será la mujer. Lo que no es admisible es que se presuma una mayor vulnerabilidad de la víctima sin que se admita prueba en contrario. Pero esta perspectiva implica partir tan sólo del abuso de una relación de superioridad (del hombre sobre la mujer), sin atender a los motivos discriminatorios que están en la base de las relaciones de pareja dominadas por el ejercicio puntual de violencia física o psíquica contra la mujer.

En conclusión, una propuesta de interpretación de todos estos tipos delictivos con arreglo al doble fundamento presentado conduciría a la siguiente clasificación de conductas:

A

las agresiones leves (que consistan en coacciones, amenazas con o sin armas u otros instrumentos peligrosos, malos tratos y lesiones) sin que concurra ni el abuso de la relación de poder, ni los motivos discrimina-

torios deben ser calificadas como faltas (arts. 617 y 620);

B

las agresiones leves que consistan en coacciones o amenazas sin armas u otros instrumentos peligrosos en las que concurra el abuso de la relación de poder han de ser calificadas como falta agravada a tenor del art. 620 *in fine*;

C

las agresiones leves que consistan en malos tratos, lesiones y amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos en que concurra el abuso de la relación de poder, siendo el sujeto pasivo alguna de las personas citadas en el art. 173.2, han de ser calificadas como delito (arts. 153.2 y 171.5);

D

y, finalmente, las agresiones leves consistentes en coacciones, amenazas, malos tratos y lesiones, así como las lesiones graves, realizadas todas ellas con abuso de la relación de poder y por motivos discriminatorios, que son ejercidas contra la esposa o pareja femenina deben calificarse a través de las figuras superagravadas correspondientes de los arts. 148.4.º, 153.1, 171.4 y 172.2.

Por último, hay que resaltar también la presunta incoherencia intrasistémica en la que se incurriría cuando la violencia es puntual u ocasional, puesto que hay un trato diferenciado de los hechos en virtud del sexo, frente a los supuestos en los que la violencia o intimidación tiene carácter habitual (art. 173.2 del Código Penal), para el que el sexo de la víctima es irrelevante. Sin embargo, el fundamento material que hemos atribuido anteriormente para los casos en los que la víctima es la (ex)esposa o (ex)pareja femenina, relativo a los motivos discriminatorios del autor, no es posible llevarlo a una eventual modificación del art. 173.2 con base en el mismo sujeto pasivo sin que esto pudiera ser tachado abiertamente como un Derecho penal de autor. Esta calificación sería válida al menos parcial-

mente y en lo que concierne a la agravación, puesto que aparte de los hechos reiterados y habituales que efectivamente se castigan (Derecho penal de hecho), queda un aspecto de la valoración jurídica directamente vinculado a un determinado plan de vida (maltratador) y a la adopción de una determinada actitud existencial (machista)²⁴.

Por otra parte, la mencionada superagravación es facultativa en las lesiones graves, y obligatoria en cambio en las lesiones leves, los malos tratos, las amenazas leves y las coacciones leves. No obstante, en estos últimos delitos está previsto que el juez pueda imponer una pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del “autor” (no de la víctima) y a las circunstancias concurrentes en la realización del hecho, tipo privilegiado que sin embargo no se contempla en relación con el resto de tipos que comprenden este género de violencia.

La explicación para esto puede residir que estos tipos privilegiados sirven como elementos de corrección de la posible discriminación negativa de los hombres, pues en atención a sus circunstancias personales (que se trate de una persona no violenta, que no obre por motivos discriminatorios, etc.) o a las del hecho (reacciones defensivas, etc.) se puede atenuar la pena, hasta un extremo al que no llegaría nunca la mujer cuando fuera agresora. De forma que se complica tanto la regulación que al final no se sabe bien si se está discriminando positivamente al hombre o a la mujer. Aunque en términos globales sale más favorecida la mujer, pues ni puede realizar el tipo superagravado (salvo en aquellos casos excepcionales en que su víctima sea especialmente vulnerable y conviva con ella), ni el tipo privilegiado, sino que en general y en su caso responderá del tipo básico común, mientras que si el sujeto activo es el hombre lo normal será que responda del tipo superagravado, salvo en el supuesto raro y excepcional en el que se le aplique el tipo privilegiado.