

# Igualdad y violencia de género

Comentario a la STC 59/2008

**Elena Larrauri Pijoan**

Universitat Pompeu Fabra

### Abstract\*

*La promulgación de la Ley Integral de Protección contra la Violencia de Género conllevó la creación de delitos específicos cuando la víctima fuera la mujer pareja. Adicionalmente estableció en el delito de violencia ocasional una pena distinta en atención al género de la víctima. Ello produjo una intensa discusión en la que se acusó al legislador de infringir el principio de igualdad. En este artículo se presentan las razones del Tribunal Constitucional para declarar que la diferente pena está en este caso justificada. Se exponen los argumentos basados en la distinta gravedad de la ofensa y se ofrece una interpretación para aplicar el artículo 153.1 cuando esta mayor gravedad esté presente.*

*The enactment of the 'Integral Law Against Gender Violence' has enhanced penalties for several behaviours like threats or coercion when these are done against the female partner. It has also established a different prison sentence in the crime of occasional minor violence when the author is the man or when it is the woman. This produced a heated discussion in order to see if the equality principle was infringed. This paper deals with the discussion that arose from this law and with the sentence of to the Constitutional Court in order to find out when different punishments are justified in criminal law. I present the reasons based on the different seriousness of the offence and try to suggest an accurate interpretation of the offence of occasional violence.*

*Der Erlass des sog. Gesamtgesetzes für den Schutz gegen die zwischengeschlechtliche Gewalt hat zu der Schaffung spezifischer Tatbestände geführt, die den Fall umfassen, in denen das Opfer eine Frau ist, die Partner des Täters ist. Ferner hat das erwähnte Gesetz bezüglich des Tatbestands der gelegentlichen Gewalt die Strafe von dem Geschlecht des Opfers abhängig gemacht. Das hat eine Diskussion ausgelöst, in der es dem Gesetzgeber ein Verstoß gegen das Prinzip der Gleichheit vorgeworfen wurde. Dieser Beitrag stellt die von dem Verfassungsgericht angeführten Gründe dar, um die Ungleichheit für gerechtfertigt zu erklären. Die verschiedenen Argumente bzgl. der unterschiedliche Schwere der Tat werden thematisiert sowie schließlich eine Auffassung vertreten, nach der Art. 153.1 spanischen StGB in den schwerwiegenden Fällen anzuwenden ist.*

*Title: Equality and gender violence.*

*Titel: Gleichheit und zwischengeschlechtliche Gewalt*

*Palabras clave: Violencia de genero, principio de igualdad, prevención de violencia contra mujeres, pareja.*

*Keywords: Gender violence, equality principle, prevention of intimate violence against women.*

*Stichwörter: zwischengeschlechtliche Gewalt, Gleichheitsprinzip, Prävention von Gewalt gegen Frauen, Paar.*

---

\* Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación 'Políticas de Reinserción en el ámbito Penal' (DER2008-05041/JURI). Agradezco la ayuda bibliográfica y sugerencias de los profesores David Felip, Hugo O. Seleme y José Juan Moreso. Manuel Cachón, Paula Casals y Enric Fossas reconocerán muchas de sus ideas en el texto, pero sin duda ninguno de ellos es responsable ni comparte necesariamente la interpretación final del mismo. El profesor William Freddy Pérez tiene siempre la amabilidad de corregir y mejorar mis textos. Los profesores y asistentes al XIII Encuentro del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, celebrada el 12 de noviembre de 2008, contribuyeron con sus vívidas discusiones a que yo pudiera clarificar mis ideas. Y el debate con el seminario de profesores de derecho civil de la UPF fue una nueva oportunidad para contrastar mis ideas. Frente a la creencia de que estamos rodeados de escépticos me congratulo de estar rodeada de colegas apasionados.

## *Sumario*

- 1. Introducción**
- 2. Los autores del delito de maltrato ocasional**
- 3. La fundamentación del Tribunal Constitucional**
- 4. Comentario a la STC 59/2008 de 14 de mayo**
- 5. Consideraciones criminológicas**
- 6. Tabla de sentencias citadas**
- 7. Bibliografía**

## 1. Introducción

El objeto de este breve comentario es exponer la STC 59/2008 de 14 de mayo, en la que el Tribunal Constitucional responde a la cuestión de inconstitucionalidad planteada al artículo 153.1 del código penal en la redacción de éste dada por la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de diciembre, en adelante LOVG).

Como es suficientemente conocido, el artículo 153 establece una pena distinta en función de quien sea la víctima del maltrato ocasional. Así, su párrafo primero dispone:

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare 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...».

En tanto que el segundo párrafo preceptúa lo siguiente:

«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...».

Esta diferencia, que no se reproduce en el castigo de la violencia habitual del artículo 173.2, ha sido objeto de una gran polémica por entenderse que vulnera el principio de igualdad.

A continuación pretendo examinar inicialmente los argumentos de quienes alegan la vulneración de ese principio, resumir después el razonamiento del Tribunal Constitucional, y finalizar con unas reflexiones personales acerca de la Sentencia. A pesar de que expondré unas breves consideraciones criminológicas en la última parte del texto, para aquel lector que no llegue debe advertirse que es necesario observar cómo se está aplicando en la práctica judicial el artículo 153 para conocer qué penas se están efectivamente aplicando y por otro lado será necesario contrastar con futuras investigaciones de qué forma los Jueces y Tribunales van a (re) interpretar la decisión del Tribunal Constitucional.

## 2. Los autores del delito de maltrato ocasional

Desde la expedición de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, se asiste a un discurso mucho más sensible con la desigualdad en el derecho penal. Este discurso acostumbra a concentrarse en el nuevo artículo 153 que, redactado de acuerdo con la citada ley, establece una distinción: pena de prisión de *6 meses* a un año 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, o persona especialmente vulnerable*

que conviva con el autor"; y pena de prisión de 3 meses a un año cuando la víctima sea cualquier otra persona perteneciente al círculo familiar.

Simplificando mucho, surge el slogan de que 'si un hombre pega a la mujer se le castiga con una pena mayor; si una mujer pega al hombre se le castiga con una pena menor'; y por consiguiente se alega la vulneración del artículo 14 de la Constitución española que reconoce el derecho a la igualdad, porque, sigue el argumento, por los mismos hechos se imponen penas distintas.

Si alguna persona ajena a las discusiones teóricas leyera el artículo 153 del código penal, no entendería fácilmente la polémica: De un lado porque el citado precepto, como todos los preceptos del código penal, utiliza la expresión 'El que'; y en consecuencia dado que siempre se afirma que este pronombre nos comprende a todos, podría imponerse a hombre o mujer. Es por tanto una determinada interpretación la que entiende que sólo se considera sujeto activo al hombre. Por otro lado, además, el artículo añade como víctima a cualquier persona especialmente vulnerable, sea del sexo que sea. En consecuencia una podría replicar a la simplicidad del slogan con la pregunta: ¿Dónde está la desigualdad?

Ahora bien, en cuanto actualmente es mayoritaria la posición que infiere de la expresión 'El que' un sujeto activo exclusivamente varón, dedicaré un espacio a exponer sus razones.

Quienes entienden que, a diferencia de lo que ocurre en el resto de tipos penales, allí se alude a un sujeto activo exclusivamente varón, se basan en dos argumentos. El primero deriva de una interpretación literal/convencional: si el sujeto pasivo es la esposa, el sujeto activo deberá ser hombre.

Frente a esto puede afirmarse que evidentemente nuestra sociedad conoce relaciones de mujer con mujer y que, en consecuencia, el hecho de que se señale como víctima a la mujer no lleva necesariamente a considerar que ésta sólo puede ser víctima de un hombre, sino que admite que puede ser víctima también de otra mujer.

El segundo argumento se basa en una interpretación teleológica referida a la finalidad de la LOVG, expresada en su art. 1. Este precepto dispone que la 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 (...) (subrayado añadido)

En este caso podría replicarse que si bien el propósito de la ley es luchar contra la violencia que se aplica a las mujeres en una sociedad estructurada jerárquicamente y que concede mayor poder a los hombres, esa pretensión no se limita sólo a la violencia ejercida por los hombres. En esta línea una podría preguntarse:

(...) ¿Se trata de proteger a las mujeres de toda la violencia que reciban, o hay una jerarquía en el tratamiento hacia la violencia *no por sus efectos* -igual de 'violentos' en los dos casos- sino por *de dónde proviene?*<sup>1</sup>

A mi juicio también la violencia que se produce entre parejas de mujeres se da en un contexto jerárquicamente estructurado; y éste contexto probablemente tiene consecuencias para la forma cómo se ejerce la violencia en las relaciones entre mujer/mujer. Así por ejemplo, que incluso en las relaciones mujer/mujer se adopten roles de dominación, o que una de las formas de violencia sea precisamente la amenaza de revelar las relaciones homosexuales, sólo tiene sentido en una sociedad organizada de forma asimétrica con base en el sexo<sup>2</sup>.

Para expresar con un ejemplo mi atisbo de idea: la estructura jerárquica de géneros de nuestra sociedad es lo que probablemente explica que sean mayoritariamente mujeres las personas que son objeto de traslado forzoso con fines de explotación sexual. En este sentido, estos delitos también son expresión de 'las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres', pero de ello no podría razonablemente deducirse que los únicos autores de estos delitos pueden ser los hombres.

Por lo que respecta a la cuestión de si el hombre puede ser víctima, la respuesta es afirmativa: el artículo 153 admite como víctimas, además de la mujer pareja, a 'personas especialmente vulnerables'. La diferencia, y objeto de la crítica de desigualdad, es que para que el hombre pueda ser sujeto pasivo deberá probarse la convivencia y la situación de especial vulnerabilidad, mientras que en el caso de la mujer bastaría con probar que es mujer pareja.

De todos modos reconozco que la idea de concebir sólo al hombre como sujeto activo es probablemente la que estaba en la mente de los legisladores, quienes querían combatir el *problema social actual* de mujeres maltratadas por sus parejas masculinas. Por ello, en aras de contribuir a la discusión acerca del principio de igualdad, asumiré que el art. 153.1 sólo admite como sujeto activo al hombre y contempla de forma diferenciada como víctima a la mujer.

Finalmente, antes de abordar la fundamentación del Tribunal Constitucional, y en cuanto quizás sea otra forma de avanzar en el debate, quisiera introducir una comparación de esta polémica con la que se produce en la interpretación de la *agravante de racismo*/desprecio del sexo contenida en el artículo 22.4, que estipula la posibilidad de imponer una agravación de la pena a la persona que actúa con una determinada finalidad.

---

<sup>1</sup> OSBORNE VERDUGO, «De la 'violencia' (de género) a las 'cifras de la violencia': una cuestión política», *Empiria*, 2008, p. 116: la autora está arguyendo en realidad dos cuestiones: que también las mujeres aparecen en la Macroencuesta realizada por el Instituto de la Mujer como autoras de comportamientos agresivos y además que las víctimas mujeres no son sólo las mujeres pareja -como presupone la Ley Integral- sino también especialmente las hijas y las madres. Esta exclusión es fruto de un doble pre-juicio teórico: minimizar las violencias que no proceden de la pareja y presuponer que las mujeres sólo pueden ser víctimas.

<sup>2</sup> Más amplio en LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007.

¿Por qué este artículo no ha sido cuestionado por discriminatorio? En primer lugar, seguramente porque exigir la prueba de una determinada finalidad ha conllevado una aplicación muy marginal de este precepto<sup>3</sup>. En segundo lugar, al margen de otras consideraciones vinculadas quizás a una mayor susceptibilidad frente a las distinciones producto de reivindicaciones feministas, es porque (se cree que) la agravante puede imponerse a *todo el mundo* que actúe por una determinada motivación.

No obstante este último supuesto, hay autores que niegan que ello deba ser así. *Queralt*, al interpretar los ‘motivos racistas’, defiende que este artículo sólo podría destinarse a los ‘blancos’ (pero no a los negros), pues es un caso de acción positiva destinada a mejorar la posición de un grupo subordinado, por lo que no tendría sentido extenderla a los miembros del grupo discriminado<sup>4</sup> (los cuales -reconstruyo libremente lo que imagino debe ser el argumento subyacente-, pueden actuar por racismo, pero no ‘discriminar’ a quien precisamente constituye el grupo dominante). Si se acepta este razonamiento, debería concluirse que el artículo 22.4 también prevé una agravante que *sólo* puede imponerse a los hombres.

La opinión de *Queralt* no parece dar una respuesta adecuada a los supuestos de agresiones de negros contra negros<sup>5</sup>. Dejar sin castigo esta posibilidad es similar al ejemplo que he expuesto con anterioridad: una sociedad estructurada jerárquicamente en torno a la variable de raza produce efectos *independientemente* de cuál sea la raza del autor. Así por ejemplo en los casos de racismo de policías negros contra negros, ¿se negaría en este caso que actúan por motivos racistas porque los autores son negros?

La interpretación que defiende que la agravante sólo puede imponerse a las personas que pertenecen al grupo dominante es distinta de la que se sostiene en EEUU, donde la legislación denominada ‘*hate crimes*’ también puede aplicarse a un delito realizado por un negro contra un blanco, siempre que se demuestre que el primero actúa por móviles racistas<sup>6</sup>.

En consecuencia, bajo la interpretación norteamericana la agravante de delitos cometidos por motivos racistas o por discriminación sexista puede ser de aplicación a todo el mundo; por el contrario, como hemos visto, si el fundamento es conseguir una mayor prevención para el colectivo subordinado, entonces, aun cuando el precepto estuviera redactado de forma neutral, no podría atribuirse a todos los eventuales autores, sino sólo a los que forman parte del colectivo dominante.

---

<sup>3</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», *ADPCP*, 2004, p. 170.

<sup>4</sup> QUERALT JIMÉNEZ, «La última respuesta penal a la violencia de género», *La Ley*, 2006.

<sup>5</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *La Ley*, 2006.

<sup>6</sup> JACOBS/POTTER, *Hate Crimes*, 1998; LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y Sistema Penal*, 2008.

### 3. La fundamentación del Tribunal Constitucional

Como es conocido, el artículo 153.1 ha sido objeto de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad. Una de ellas fue resuelta por el TC, quien en su STC 59/ 2008 de 14 de mayo declaró la constitucionalidad del precepto.

En breve, el TC declaró que la igualdad reconocida en el artículo 14 de la Constitución no implica una prohibición de diferenciación, sino que es compatible con el trato diferenciado cuando: a) la diferencia jurídica persigue un fin legítimo y b) las consecuencias de la diferencia no son desproporcionadas.

La prohibición de discriminación también está contenida en el artículo 14. Pero parece ser – si entiendo bien- que el TC discute la compatibilidad del art. 153.1 con el principio de igualdad general (art. 14.1) y no con la prohibición de discriminación contenida en el art. 14.2 de la Constitución, porque el motivo exclusivo de la diferenciación no es el sexo, sino el ámbito relacional en el que se producen las agresiones (en este sentido también STC 76/2008 de 3 de julio, de 2008).

A continuación el TC expone por qué a su juicio en este caso la diferencia está justificada. Y en resumen defiende que la distinta penalidad –el trato diferenciado- está justificada debido a las ‘altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja’ (por tanto, *finalidad legítima* de la diferencia por motivos de prevención de los comportamientos agresivos).

Debe recordarse que la posibilidad de prevenir comportamientos mediante la pena de prisión es uno de los motivos frecuentemente esgrimidos para justificar la tipificación de determinadas conductas, y que el TC ha admitido que, en efecto, una mayor pena produce mayores efectos preventivos (por ejemplo al razonar sobre por qué la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia debía ser, además de infracción administrativa, un comportamiento delictivo. STC 161/1997 de 2 de octubre). Al margen de que ello sea cuestionable, esta afirmación de la virtud preventiva de la pena de prisión ha sido generalmente aceptada, por lo que resulta al menos curioso que ahora sea objeto de tanta controversia.

Una vez confirmada la existencia de una finalidad legítima, el TC procede a examinar si las consecuencias de esta diferenciación jurídica son *desproporcionadas*<sup>7</sup>. En este caso la argumentación del TC es más sumaria y afirma en síntesis que el desequilibrio ‘no es patente y excesivo o irrazonable’, puesto que la diferencia se produce: i) sólo en el mínimo de la pena; ii) hay una pena alternativa de trabajo en beneficio a la comunidad que es

---

<sup>7</sup> EL TC no se detiene extensamente en el examen del requisito de la *adecuación*, esto es, si una alternativa no diferenciadora conseguiría el mismo resultado. El TC se interroga: ¿no sería incluso acaso mayor el efecto preventivo si incluimos a más sujetos activos potenciales en el ámbito del delito? Finalmente su respuesta aporta dos argumentos: ‘la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesita de una pena mayor’, se refiere posiblemente a que añadir a las mujeres como sujeto activo no aumenta el efecto preventivo. Presumiblemente el TC parte del tópico de que ‘ellas no pegan’. En cualquier caso, para justificar la restricción de sujetos activos sólo al hombre, el TC añade finalmente consideraciones de merecimiento.



idéntica en ambos casos; iii) en el supuesto de circunstancias excepcionales la pena puede rebajarse un grado acudiendo al artículo 153.4.

Finalmente, el TC se formula la siguiente pregunta: admitiendo que las víctimas en las relaciones de pareja son en su mayoría mujeres, ¿que motivo hay para *restringir* el mayor castigo sólo al hombre?. El TC podría haber contestado: ‘No se castiga solo al hombre’; pues como ya he manifestado, que el mayor castigo se restrinja sólo al hombre es apenas una posible interpretación de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, pero una determinada lectura del art. 1 de la LOVG y el peso de las tradiciones culturales han llevado a la interpretación mayoritaria de que el autor sólo puede ser un hombre.

Esta restricción al sujeto activo hombre es sin duda el aspecto que mayores controversias desata, puesto que la doctrina penal acostumbra a diferenciar un derecho penal de víctimas que se advierte legítimo (esto es, penas más graves en atención a grupos de víctimas más vulnerables), de un derecho penal de autor (que impone penas distintas a sujetos activos distintos) que se considera ilegítimo<sup>8 9</sup>.

Para fundamentar la restricción de sujetos activos sólo a hombres, el TC se aleja de las finalidades preventivas que había invocado hasta el momento, pese a que podría perfectamente haber mantenido su razonamiento sobre bases preventivas y señalar, como había apuntado *Ruiz Miguel*<sup>10</sup>, que la diferenciación es lo que precisamente puede aumentar el efecto preventivo, al dirigir el mensaje directamente a los potenciales agresores.

De todos modos, como he anticipado, el TC resuelve que la diferencia de penalidad y la restricción de una mayor pena a los autores hombres está fundamentada, además de por consideraciones preventivas por razones basadas en el merecimiento, pues:

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: 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*, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su *dignidad*, en cuanto negadora de

---

<sup>8</sup> BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal», *La Ley*, 2004, p. 25. Creo que es apresurado tildar a la LOVG de ‘derecho penal de autor’. Sólo si concluimos que no hay ningún motivo que justifique en estos casos imponer más pena, podría admitirse que se le impone ‘al hombre, por ser hombre’.

<sup>9</sup> Creo que es apresurado tildar a la LOVG de ‘derecho penal de autor’. Sólo si concluimos que no hay ningún motivo que justifique en estos casos imponer más pena, podría admitirse que se le impone ‘al hombre, por ser hombre’.

<sup>10</sup> RUIZ MIGUEL, «La Ley contra la violencia de género y discriminación positiva», *Jueces para la Democracia*, 2006, p. 44.

su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado (subrayado añadido).

#### **4. Comentario a la STC 59/2008 de 14 de mayo**

Creo que en las discusiones acerca de si la diferencia de pena está justificada se mezclan varios aspectos que quizás sea conveniente delimitar. El primero de ellos es si estamos frente a comportamientos iguales; el segundo es la polémica acerca de la mayor gravedad, y el tercero es si la mayor gravedad se produce 'siempre' en toda agresión. Intentaré responder de forma separada a las distintas cuestiones.

Respecto del primer punto, la última crítica que he leído ha sido la del Profesor *Gimbernat* quien en su Prólogo a la Decimocuarta Edición (Julio 2008) del Código Penal reitera que se impone la misma pena por *idénticas* conductas. No obstante la pregunta acerca de si son 'idénticas' es precisamente lo que se debate.

En un reciente escrito<sup>11</sup> procuré expresar la diferencia que a mi juicio existe en la agresión del hombre hacia la mujer. Manifesté que en mi opinión no son comportamientos idénticos aquellos cuyas 'propiedades relevantes', como expondré a continuación, no lo son<sup>12</sup>.

Hay supuestos de 'comportamientos idénticos' que tienen consecuencias distintas, así por ejemplo el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas<sup>13</sup>; del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer<sup>14</sup>.

Creo que la discusión general implícita es que tomar en consideración el género conlleva reflexionar acerca de cómo éste transforma todo el sistema penal. Es curioso que en general se acepte que el nivel de ingresos altera el significado de 'idénticos comportamientos' y que sepamos cómo 500 euros de multa no significan una 'multa idéntica'. Y que, sin embargo, se encuentren tantas reticencias frente a la idea de que el género modifica el significado de un comportamiento.

A mi juicio, incorporar la variable género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son 'idénticos'. Así, el

---

<sup>11</sup> LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007.

<sup>12</sup> Quisiera insistir en que esta afirmación no anticipa una toma de posición referida a otros extremos vinculados a la discusión, como por ejemplo la polémica acerca de si esta diferencia se produce en todos los casos, si requiere o no de prueba, si es justificable que sólo se produzca la agravación respecto de la mujer pareja y no respecto de las hijas, la incoherencia de no prever esta agravación en la violencia habitual (art. 173.2), si aumentar la pena es eficaz para prevenir estas agresiones, y si hubiera sido mejor una sentencia interpretativa, por mencionar sólo algunos de los múltiples aspectos que se entremezclan en el debate.

<sup>13</sup> LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007.

<sup>14</sup> El ejemplo es de *Paula Casals* (Investigadora Icrea, UPF).

género produce una diferencia no sólo en los casos en que explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal<sup>15</sup> y también en los castigos (creo que una misma pena de prisión no es una pena de prisión idéntica cuando se toma en consideración el género).

Expuesta la incidencia de la variable género en el diverso significado de comportamientos 'idénticos', la segunda cuestión es el debate acerca de si los ataques de un hombre contra una mujer son más graves que a la inversa.

Partiendo de los ejemplos un poco sesgados de *Gimbernat* –¡el tirón de orejas a la hipotética abusadora estaría incluso justificado!-, intentaré reflexionar acerca de si 'el tirón de orejas, empujón o colleja' a la antipática ludópata que 'ha arruinado irreversiblemente el patrimonio familiar, jugando a la ruleta en el casino de Torrelodones', que expone el profesor *Gimbernat*, presenta una mayor gravedad por el hecho de que lo realiza su pareja masculina y cuáles son los motivos en los que fundamento esta mayor gravedad<sup>16</sup>.

A mi juicio, al hombre se le conmina con una mayor pena no sólo, o no necesariamente, porque le mueva un ánimo discriminatorio, sino porque *en general* el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, y ello se debe a dos motivos: el *mayor temor* que la agresión de un hombre ocasiona y la *mayor posibilidad* de que se produzca un resultado lesivo<sup>17</sup>.

Es interesante leer las reflexiones de *Johnson* a propósito de la polémica existente en Estados Unidos respecto a la 'simetría de género', esto es, al descubrimiento en las encuestas de victimización de que 'las mujeres también pegan'<sup>18</sup>. Al respecto el autor observa

Sea cual sea la variable que se use para medir la violencia –como el tipo de actos que se realizan, el daño producido, la frecuencia de la violencia, o la causación de miedo en la pareja- la violencia entre parejas (incluso la ocasional) no es simétrica respecto a los géneros.

El hecho de que realzar la distinta constitución física (independientemente de que algún día conozcamos a la señora que mide dos metros...) sea tan arriesgado, es debido a que se teme que reconocer una diferencia física, -las cuales son también en gran parte producto de valores culturales que imponen un cuerpo, para ser 'femenina', no especialmente apto para defenderse-, pueda servir como base para justificar una desigualdad social<sup>19</sup>.

Y por cierto, permítaseme desmentir, como parecen dar a entender los votos particulares de los Magistrados Ramón Rodríguez Arribas y Jorge Rodríguez Zapata, que el reconocimiento de mayor vulnerabilidad de la mujer conlleve una reificación de la imagen

<sup>15</sup> Véase más ampliamente LARRAURI PIJOAN, *Mujeres y Sistema Penal*, 2008.

<sup>16</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la Decimocuarta edición del Código penal*, 2008.

<sup>17</sup> Que ello no es improbable puede verse en las estadísticas aportadas por la Dra. Stanko (6 de noviembre, 2008, Institut Seguretat Pública de Catalunya): de las 100 mujeres muertas en Londres en 2007, sólo en un caso lo fue a manos de extraño, siendo en todos los demás víctimas de sus propias parejas o familiares.

<sup>18</sup> JOHNSON, *A Typology of Domestic Violence. Intimate Terrorism, Violent Resistance and Situational Couple Violence*, 2008, p. 108.

<sup>19</sup> LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007.

de 'sexo débil' de la mujer, o sea contraria a su dignidad (!). Esta posición a mi juicio incurre en algunos errores: por un lado, confunde la reivindicación (de la igualdad) con la realidad (de la vulnerabilidad); por otro lado, parece extraer de la desigualdad física consecuencias morales, confundiendo desigualdad física y desigualdad moral<sup>20</sup>.

Consiguientemente, a mi juicio como ya manifesté<sup>21</sup>, es errónea la práctica judicial que de forma automática menciona 'forcejeos mutuos', dando a entender que estamos frente a comportamientos de igual desvalor. La expresión 'agresiones mutuas' oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente.

En este sentido causa estupor leer los hechos que la Audiencia de Barcelona considera como 'agresiones mutuas', y que le llevan por tanto a calificar el comportamiento como falta, en vez de delito. Como correctamente corrige el TS (Ponente: Sanchez Melgar, STS 58/2008 de 25 de enero, RJ 2008\1563), los hechos constatan que las agresiones se producen, en una ocasión, porque al hombre no le gusta la ropa que lleva su pareja femenina, y en otra, porque ella se niega a tener relaciones sexuales (y con el precedente de que el año anterior *él* la había rociado con alcohol y le prende fuego). Cuesta entender dónde mira la Audiencia para encontrar "(...) situaciones, como las de *pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas* entre los miembros de la pareja (...) (subrayado añadido).

O también es sorprendente la Sentencia de la AP Cáceres, 14 de noviembre, 2006, sección 2ª, en la que se recogen los siguientes hechos: ella le abofeteó y le estiró de las orejas por lo que el Tribunal lo considera 'agresiones mutuas' e impone a ambos la misma pena de 6 meses, pero en el caso del hombre éste es el *mínimo* del marco penal del artículo 153.1 y en el caso de la mujer los seis meses de prisión no es el mínimo de pena sino casi el *máximo de la mitad inferior* del art. 153.2.

Un motivo adicional por el cual la agresión del hombre a su pareja femenina puede considerarse más grave y por tanto más reprobable, es que él está agrediendo a una persona en un contexto que socialmente la hace más vulnerable. Para intentar fundamentar esta afirmación me valdré del razonamiento de *Moller Okin* quien analiza el propio matrimonio como una fuente *adicional* de vulnerabilidad<sup>22</sup>. En opinión de esta autora, la división del trabajo con base en la cual se estructura actualmente la institución del matrimonio, y en la que el trabajo pagado o mejor pagado lo ocupa él, da lugar a una asimetría de poder que constituye una fuente de vulnerabilidad.

Esta asimetría de poder se va fraguando, sigue exponiendo la autora, en tres fases. i) anticipación del matrimonio: la expectativa de casarse ya condiciona nuestra formación y expectativas laborales, independientemente de que luego nos casemos o no; ii) vigencia del matrimonio: el hecho de que ella ya tenga quizás una menor formación, unido a las diferencias de salario, implica que ella dé prioridad al trabajo del hombre y conlleva a la

<sup>20</sup> Esta última afirmación me ha sido aportada por *Paula Casals*.

<sup>21</sup> LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007.

<sup>22</sup> MOLLER OKIN, *Justice, Gender and the Family*, 1989.

larga, especialmente si hay hijos, o bien el cese de la actividad laboral o un intento de compatibilizar horarios con una creciente diferencia salarial. Todo ello comporta una posición de menor poder para negociar la división del trabajo en el hogar y una mayor tolerancia a determinados comportamientos por las pérdidas que ocasionaría la ruptura de la relación. Y por último, iii) disolución del matrimonio, cuando el nivel económico de ella experimenta una drástica reducción: se queda con la responsabilidad de los hijos, prácticamente alejada o en un mercado laboral precario, sin la formación profesional que él ha adquirido y con unos conocimientos (como poner lavadoras o planchar) que no son valorados económicamente.

De formas muy variadas en nuestra sociedad las mujeres se convierten en vulnerables por el matrimonio. El primer paso son sus expectativas personales (y reforzadas socialmente) de que tendrán hijos y serán sus cuidadoras principales, y que para realizar este rol necesitaran atraer y mantener el apoyo económico del hombre, a cuyo trabajo se espera que den prioridad. Se hacen más vulnerables posteriormente con la división de trabajo existente durante el matrimonio. Luego se ven desfavorecidas en el mercado laboral porque el trabajo, incluido el profesional, aun se estructura sobre la base de que los trabajadores tienen 'esposas' en casa. Se vuelven mucho más vulnerables si son las principales encargadas de sus hijos, y finalmente la vulnerabilidad escala al máximo si el matrimonio se disuelve y se encuentran solas al cuidado de los hijos<sup>23</sup>.

En consecuencia, en general la mujer pareja está en una situación de mayor vulnerabilidad producto precisa y adicionalmente de su vida en pareja. A la vulnerabilidad física debemos añadir entonces las dificultades por haber entrado en una institución cuya forma de estructuración sitúa a una de las partes -la mujer- en una posición de mayor vulnerabilidad<sup>24</sup>.

Sólo la atención a estas causas sociales estructurales -precisamente más allá de las diferencias individuales- es lo que puede explicar la gran diferencia en las tasas de victimización ('*gender imbalance*') y entender el porqué el género es un factor de riesgo relevante en las relaciones de pareja<sup>25</sup>.

A partir de esta constatación podemos afrontar la tercera cuestión que he anticipado: ¿está el legislador autorizado a establecer una presunción basándose en lo que sucede de forma mayoritaria? A mi juicio la situación que he descrito sucede en la abrumadora mayoría de casos. Pero la discusión es si la mayor vulnerabilidad de la mujer sucede en *todas* las ocasiones.

Esta parece ser la comprensión del TC cuando alude en diversas ocasiones a 'lo que su acto objetivamente expresa' o 'su significado social objetivo', lo cual parece dar a entender que, independientemente de lo que quiera el hombre en concreto, su comportamiento conlleva estas consecuencias. Con base en las afirmaciones del TC, el Profesor Gimbernat alega lo siguiente:

<sup>23</sup> MOLLER OKIN, *Justice, Gender and the Family*, 1989.

<sup>24</sup> Creo que esta fundamentación permite responder a la pregunta que me fue formulada acerca de si las agresiones psicológicas del hombre respecto a su mujer pareja son también más graves.

<sup>25</sup> JOHNSON, *A Typology of Domestic Violence. Intimate Terrorism, Violent Resistance and Situational Couple Violence*, 2008, pp. 105-107.

(...) cuando se trata de justificar la superior pena del artículo 153.1 CP, argumentando con que muchos de nuestros antepasados masculinos han contribuido a arraigar un 'modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja', (...) a estos autores no se les está haciendo responder por lo que han hecho personalmente, sino *por pertenecer a la estirpe 'hombre'*, donde, efectivamente, existen 'altísimas cifras' de autores que han ejercido y que ejercen la violencia sobre sus parejas o ex parejas femeninas de forma prepotente y abusando de una realmente existente situación de desigualdad.

Estoy dispuesta a conceder que los motivos por los cuales opino que una agresión del hombre a su pareja femenina es generalmente más grave, pueden no estar siempre presentes. Y creo que en los casos en que ello no se produzca, el juez está autorizado a 'desviarse' de la norma precisamente en la fase de individualización de la pena. El hecho de que el legislador establezca una *presunción* no impide que el Tribunal deba valorar si el fundamento agravatorio que motiva la norma concurre en este caso<sup>26</sup>.

Entiendo que ello es lo que sucede por ejemplo con la *agravante de parentesco* prevista en el art. 23, que incrementa la pena en determinados delitos cometidos por familiares. Pero este artículo se aplica, como creo que no podía ser de otro modo, siempre que concurra el fundamento que da origen a la agravación<sup>27</sup>.

Ahora bien, al admitir que los motivos por los cuales se eleva la pena pueden no concurrir siempre, parecería que con ello el artículo 153.1 establece una 'presunción iuris tantum'<sup>28</sup>, que funcionaría como una presunción 'contra reo' en el sentido de que es el agresor quien debería probar su menor culpabilidad<sup>29</sup>. Ello implica una inversión de la carga de la prueba contra la persona juzgada que deberá mostrar que no concurre en su caso el fundamento de la agravación.

Para evitar esta conclusión es por lo que en numerosas sentencias se interpreta que existe un *elemento del tipo implícito* -la existencia de un contexto de dominación- que la acusación debe probar que concurre.

En aras de explicitar cuál es el elemento que debe probarse, he intentado precisar que no se trata de la prueba de un ánimo o un móvil, pues ello es en la mayor parte de las ocasiones sumamente difícil. Se trata más bien, como ya exigían algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de probar que la agresión se produce en un 'contexto de dominación'<sup>30</sup> o tiene por finalidad establecer un control general coercitivo<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> De hecho una vez alcanzado este punto en la discusión, el debate ya no sería sobre el principio de igualdad, sino sobre si en la aplicación de la pena el juez ha infringido la proporcionalidad en sentido estricto (Mercedes Pérez Manzano, aportación al debate). En el mismo sentido QUERALT JIMÉNEZ, *La Ley*, 2006.

<sup>27</sup> Podría alegarse que las agravantes son de aplicación potestativa. Pero también en los tipos penales si falla un fundamento agravatorio de un subtipo agravado, éste deja de aplicarse.

<sup>28</sup> RUIZ MIGUEL, *Jueces para la Democracia*, 2006.

<sup>29</sup> LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007, p. 107, nota 46.

<sup>30</sup> LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica y Violencia de Género*, 2007.

<sup>31</sup> JOHNSON, *A Typology of Domestic Violence. Intimate Terrorism, Violent Resistance and Situational Couple Violence*, 2008.

Con esta expresión buscaba superar la dificultad probatoria del móvil y además centrar la atención no sólo en la agresión concreta, el 'tirón de orejas' o la 'colleja', sino en el contexto en el cual se había producido la agresión. Quizás podríamos intentar ahora una concreción mayor y afirmar que el maltrato ocasional es agravado cuando: 1) ocasionó un mayor temor y 2) produjo mayores posibilidades de lesión y 3) se produjo en un contexto de dominación.

En cualquier caso, concuerdo con la opinión de los autores que indican que hubiera sido más correcto que el TC hubiera optado por una sentencia interpretativa<sup>32</sup> que eliminara las posibles interpretaciones inconstitucionales que, como admite el propio Tribunal Constitucional, el artículo 153.1 cobija. Expresado en mis propios términos, hubiera sido conveniente que el TC afirmara que en los casos en los que no concurre el fundamento agravatorio, la elevación de pena prevista no puede aplicarse.

### *5. Consideraciones criminológicas*

Como he expuesto en el inicio de este breve comentario, conocer la realidad judicial es a mi juicio relevante porque puede suceder que mientras todos estamos enfrascados en la discusión del principio de igualdad respecto el artículo 153.1, la práctica judicial discurre por caminos bastante distintos.

En este sentido importa destacar tres breves consideraciones. La primera se refiere a la necesidad de estudiar el nivel de aplicación de la falta de malos tratos prevista en el artículo 617. Esta investigación es pertinente porque en el supuesto de que los jueces exijan la presencia de un fundamento agravatorio para aplicar el art. 153.1 y concluyan que en algunos casos está ausente, parecería que la conclusión lógica sería aplicar el artículo 153.2.

El hecho de que recurran, como creo que lo hacen con cierta asiduidad, a la falta de malos tratos del artículo 617, pone en entredicho no sólo la reforma de la LO 1/2004, sino también la LO 11/2003 que pretendió eliminar del ámbito familiar la posibilidad de calificar como falta los malos tratos ocasionales.

Además sería excesivamente irónico que el hombre fuera castigado por la falta del artículo 617 –en los casos en los que no concurre el fundamento agravatorio– con una pena de multa o localización permanente y que a la mujer pareja se la castigara por el artículo 153.2 con una pena de prisión.

La segunda reflexión criminológica destacaría la importancia de estudiar el nivel de aplicación del artículo 153.4, que permite rebajar un grado la pena, pues parecería que un recurso del cual los jueces pueden disponer para individualizar la pena y evitar la infracción del principio de proporcionalidad está siendo infrautilizado. Este hecho debería

---

<sup>32</sup> PEÑARANDA RAMOS, «¿Qué puede hacer el derecho penal contra la violencia de género?», *Debate*, 2008.

ser objeto de mayor reflexión si uno está en efecto auténticamente preocupado por los efectos desproporcionados de las penas.

Por último, desde una perspectiva criminológica destacaría que a pesar de la sensación de que existe un aumento del tiempo de condena de las penas de prisión impulsado por la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, ésta ha tenido unos efectos más bien modestos, cuando no claramente contrarios, a efectos de aumentar la penalidad, a los que se pretendían<sup>33</sup>.

## 6. Tabla de sentencias citadas

### *Tribunal Constitucional*

STC, nº 59/2008, de 14 de mayo de 2008.

STC, nº 76/2008, de 3 de julio, de 2008.

STC, nº 161/1997, de 2 de octubre de 1997.

### *Tribunal Supremo*

STS, nº 58/2008, de 25 de enero de 2008, p. Sánchez Melgar.

### *Audiencias Provinciales*

SAP Cáceres, de 14 de noviembre de 2006, p. Pérez Aparicio.

## 7. Bibliografía

ANTÓN GARCÍA, Lorena/LARRAURI PIJOAN, Elena (2009) «Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas» (*Indret*, en prensa).

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, María Ángeles, «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal», *La Ley* (6146), 2004, martes 14 de diciembre.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (57), 2004, pp. 143-176.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Prólogo a la Decimocuarta Edición del Código Penal*. Madrid (Tecnos) 2008.

JACOBS, James B./POTTER, Kimberly, *Hate Crimes*, New York (Oxford University Press) 1998.

---

<sup>33</sup> ANTÓN GARCÍA/LARRAURI PIJOAN, «Violencia de género ocasional: un análisis de las penas ejecutadas», *Indret* (en prensa) 2009.



JOHNSON, Michael P., *A Typology of Domestic Violence. Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*, Boston (Northeastern University Press) 2008.

LARRAURI PIJOAN, Elena, *Criminología crítica y Violencia de Género*, Madrid (Trotta) 2007.

- *Mujeres y Sistema Penal*, Montevideo (IB de F) 2008.

MOLLER OKIN, Susan, *Justice, Gender and the Family*, USA (Basic Books) 1989.

OSBORNE VERDUGO, Raquel María, «De la 'violencia' (de género) a las 'cifras de la violencia': una cuestión política», *Empiria* (15), 2008, pp. 99-124.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Qué puede hacer el derecho penal contra la violencia de género?», *Debate* (2), 2008, Facultad de derecho, UAM.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, «La última respuesta penal a la violencia de género», *La Ley* (6420), 2006, lunes 13 de febrero.

RUIZ MIGUEL, Jesús Alfonso, «La Ley contra la violencia de género y discriminación positiva», *Jueces para la Democracia*, (55), 2006, pp. 35-47.