

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 153 DEL CÓDIGO PENAL¹

Ana I. Pérez Machío

Profa. Dra. Derecho Penal UPV/EHU

Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua

Resumen: Las críticas vertidas fundamentalmente, en torno a la redacción con la que se dotó al actual artículo 153 del Código Penal, subrayan básicamente la desproporcionalidad y la vuelta al Derecho Penal de autor. Frente a ello, el presente artículo pretende aportar una interpretación diversa que, basada en el reparto de roles asignados tradicionalmente a las mujeres en las relaciones de pareja, encuentre un sustento jurídico que permita avalar la constitucionalidad de dicho precepto, tal y como lo manifestara el Tribunal Constitucional en el año 2008.

Palabras clave: género, mujer, Derecho Penal, Derecho Penal de autor, vulnerabilidad de la víctima, medidas de acción positiva.

Recibido: julio 2010. Aceptado: octubre 2010

1 El presente trabajo se enmarca en el proyecto del Grupo CONSOLIDADO GICCAS IT-383-07

Abstract: The critiques spilt fundamentally, around the draft with the one that was endowed to the article 153 of the Criminal Code, underline basically the “not proportionality” and the return to the “author’s Criminal law”. Opposite to it, the present article tries to contribute a diverse interpretation that, based on the distribution of roles assigned traditionally to the women in the relations of couple, finds a juridical sustenance that allows to support the constitutionality of the above mentioned rule, as the Constitutional Court was demonstrating it in the year 2008.

Key words: gender, woman, Criminal Law, Author’s Criminal Law; Vulnerability of the victim; Measures of positive action

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Los nuevos tipos penales de “violencia doméstica” y su justificación constitucional como “medidas de acción positiva” o de “discriminación positiva”: argumentos para una justificación político-criminal; 3. La incidencia de la Ley Orgánica 1/2004 en la ratio legis del artículo 153 Código Penal; 3.1. Introducción; 3.2. Artículo 153 como Derecho Penal de autor y Derecho Penal del enemigo; 3.3. La sanción de la violencia de género y la agravación de la situación de vulnerabilidad de la víctima como contra argumento al Derecho Penal de autor y al Derecho Penal del enemigo; 3.3.1. La sanción de la violencia de género en el artículo 153 CP; 3.3.2. La agravación basada en la situación de vulnerabilidad de la víctima; 3.4. El artículo 153 y la ruptura con el principio de proporcionalidad; 3.5. Alternativas doctrinales para una interpretación del artículo 153 CP

1. Introducción

La asunción de la internacionalización de los derechos humanos de las mujeres junto a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género² hacen suponer, inicialmente, que el Derecho interno español se ha embarcado en la difícil tarea de erradicar la violencia de género sufrida por la totalidad de las mujeres víctimas que se encuentran en el territorio del Estado.

2 En adelante LO 1/2004.

La violencia de género objeto de análisis 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 (artículo 1.3 LO 1/2004). En cuanto manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, debe ser ejercida 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 aún sin convivencia (artículo. 1.1 LO 1/2004). Desde esta perspectiva, el ámbito de influencia de la Ley integral recae sobre conductas de carácter familiar o doméstico, no haciéndose extensivo a otras modalidades de violencia de género que, como las discriminaciones laborales o el tráfico de mujeres, ya están previstas en leyes de género con mayor tradición que la nuestra, como, por ejemplo, la VAWA estadounidense.

Pues bien, la LO 1/2004 delimita las conductas de violencia de género e introduce novedades incriminatorias importantes, que, en el ámbito del artículo 153 CP, se concretan en la conversión en delito de la falta de maltrato de obra. Al margen de las consideraciones que se puedan realizar al resto de reformas penales incorporadas a partir de la entrada en vigor de la presente normativa, el presente trabajo centrará su atención en las críticas doctrinales que ha suscitado el artículo 153 CP que, en opinión de varios autores, implica, por un lado, la presencia de un “Derecho Penal de autor y Derecho Penal del enemigo”³; y, por otro, un reto al principio de proporcionalidad, cuestiones ambas, que en opinión de este sector doctrinal, deben zanjarse declarando su inconstitucionalidad.

3 Véanse, en este sentido, MAQUEDA ABREU M.L, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p. 2; VILLACAMPA ESTIARTE, C, “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, p.2

2. Los nuevos tipos penales de “violencia doméstica” y su justificación constitucional como “medidas de acción positiva” o de “discriminación positiva”: argumentos para una justificación político-criminal

Antes de entrar a analizar las críticas ahora mencionadas, interesa previamente realizar una introducción sobre la justificación constitucional de esta clase de reformas.

Muchas siguen siendo las voces que se manifiestan contra la reforma operada a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica mencionada, fundamentalmente por el aumento punitivo sufrido en cada uno de estos preceptos, atendido el sexo tanto del sujeto activo, como del pasivo. Este grupo de autores critica el hecho de que sean razones meramente utilitaristas las que sirvan de fundamento para la conversión en delictivas de unas conductas que, de no haber sido cometidas por hombres, seguirían ostentando la condición de meras faltas⁴. Hay que convenir con ellos en el carácter utilitarista de los motivos que impulsan tal decisión, sin embargo, es necesario ir más allá en la interpretación de los fundamentos jurídicos en los que se basa el incremento punitivo

4 CORTÉS BECHIARELLI E., (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación”, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 245. Desde esta misma perspectiva, GONZÁLEZ RUS, J.J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la referencia de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, coordinados por Carbonell Mateu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Díez. Edit Dykinson, s.l. Madrid, p. 496, destaca, en este sentido, que la discriminación positiva para la mujer en el ámbito penal acaba convirtiéndose en una discriminación negativa para el hombre, en la medida en que no sólo protege especialmente a la mujer, sino que, dado que los tipos penales dirigidos a la protección de la mujer exigen correlativamente que el sujeto activo del delito sea varón, acaban sancionando una discriminación negativa en perjuicio de éste. Presunción además acrecentada —continúa— por el hecho de que socialmente hoy se acepta prácticamente sin discusión la premisa de que en cualquier conflicto de pareja, la culpa, la responsabilidad, en definitiva, corresponde primordialmente al hombre.

de dichas prácticas cuando se dirigen contra la mujer, no pudiendo ser catalogadas automáticamente de anticonstitucionales.

En cuanto expresión de un derecho antidiscriminatorio, el artículo 14 de la Constitución⁵ viene a tutelar de forma distinta a los desiguales desde una doble perspectiva. Por un lado, como manifestación negativa del mencionado derecho, se prohíbe la adopción de medidas que se fundamenten en las características de identidad que distinguen al grupo minoritario y lo sitúen en una posición de subordinación. Como consecuencia de ello, existen en el propio Código Penal diversas manifestaciones de este mandato constitucional con las que se otorga una especial protección a un determinado colectivo socialmente subordinado, para que sus señas de identidad no impidan el pleno goce de los derechos y libertades que como personas les corresponden (art. 22.4 CP, art. 314 CP, 511 y 512 CP, entre otros)⁶.

Por otro lado, la vertiente positiva de este derecho se concreta en la legitimación de políticas o medidas de acción positiva, tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados, entre los que se encuentra la mujer. El Tribunal Constitucional ha señalado, en múltiples ocasiones, que el sexo es uno de los factores de discriminación que, por contrarios a la esencial dignidad de la persona, estima inadmisibles a la luz del artículo 14 CE; de ahí que sea necesario exigir una justificación reforzada cuando la diferencia de trato pretenda basarse en esta sola consideración, no pudiendo tampoco olvidarse que poner fin a la “histórica situación de inferioridad de la mujer”, a su “desigual punto de partida”, es un objetivo constitucionalmente planteado en la actuación de los poderes públicos, en orden a la consecución de las condiciones de igualdad que propugna el artículo 9.2 CE⁷. El logro del objetivo igualatorio entre hombres

5 En adelante CE.

6 LAURENZO COPELLO, P, “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Jueces para la Democracia*, 54, p.26.

7 Véase, el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 16/1995, de 24 de enero.

y mujeres permite, por lo tanto, el establecimiento de un “derecho desigual igualitario”, es decir, la adopción de “medidas de acción positiva”, referidas, en un contexto de bienes escasos —mercado laboral, educativo—, a determinados bienes que se conceden a aquellos colectivos históricamente discriminados y de los cuales queda privado otro grupo⁸.

El Tribunal Constitucional entiende que la virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación; esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE.

Desde el punto de vista penal, el debate, lejos de incidir en la polémica acerca de la constitucionalidad de la intromisión en el Derecho Penal de las mencionadas “acciones positivas”, se centra en la existencia o no de fundamentos que justifiquen una protección reforzada de colectivos especialmente vulnerables y consecuentemente un incremento punitivo de las sanciones aplicables a los autores materiales de las conductas dirigidas contra

8 Así se recoge en el Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia 229/1992 del Tribunal Constitucional, de 14 de octubre y en el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 14 de enero. También recogen idéntica definición ALONSO ÁLAMO, M, “Protección penal de la igualdad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, 2008, p. 24; MONTALBÁN HUERTAS, I, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 56.

dichas colectividades; negando, al mismo tiempo sustantividad a las acciones positivas en el ámbito del *Ius Puniendi*⁹.

Pues bien, sin entrar en la polémica constitucional acerca de la diferenciación y la delimitación jurídica entre las acciones positivas y las medidas de discriminación positivas¹⁰, por lo que se refiere a la fundamentación de la protección reforzada de determinados colectivos de víctimas y, consecuentemente, al aumento punitivo de las sanciones aplicables a los autores materiales, hay que tener en cuenta, lo que a continuación se menciona.

Por lo que respecta al incremento punitivo, no son sólo razones de corte político-criminal limitadas, exclusivamente, a dar respuesta a una determinada demanda social, sino más bien dirigidas a enfrentarse a una realidad protagonizada por la existencia de relaciones de poder y de sumisión por parte de un determinado colectivo que precisa de una mayor tutela penal, por ser consideradas todas las mujeres “víctimas especialmente vulnerables”, ante la situación de desigualdad real que diariamente vienen sufriendo¹¹. Como ponen de manifiesto algunos autores, las

-
- 9 En este sentido, MATA Y MARTÍN, R: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, Valladolid, p. 115; REY MARTÍNEZ, F: “La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, Valladolid, p.35; SANZ MORÁN, A.J.: “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, Valladolid, p.63.
- 10 Hay autores que, sin embargo, continúan considerándolas “medidas de acción positiva”, así, BALAGUER, M.L.: *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Madrid: Cátedra, 2005, p. 172; MONTALBÁN HUERTAS, I, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 57.
- 11 Así lo recogen, entre otros autores, LAURENZO COPELLO, P, “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Jueces para la Democracia*, 54, p. 20; MAQUEDA ABREU M.L, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, p.4.

agresiones a las mujeres en el marco de las relaciones de pareja heterosexual tienen riesgos peculiares que las hacen diferentes de otras formas de violencia. En este sentido, la especial situación de dependencia económica o emocional que provoca la sumisión y, a veces, la persecución atemorizante de algunas mujeres por su pareja tiene como origen la histórica sujeción de las mujeres a los hombres en la esfera familiar¹². Ese marco social y privado del ámbito familiar, tradicionalmente alejado de cualquier intervención de carácter público, ampara la comisión de determinados tipos de conductas que constituyen vestigios de una tradición histórica marcada por la desigualdad estructural.

La protección penal reforzada de la mujer, a través de los tipos agravados introducidos con la Ley Orgánica 1/2004, responde, en este sentido, a una materialización de la vertiente positiva del derecho de igualdad, reconocido en el artículo 14 CE, que permite la legitimación de medidas que garanticen el pleno ejercicio y el disfrute de derechos y libertades a todos aquellos colectivos que se encuentren en situación de subordinación social¹³. Es cierto, como apuntara el Consejo General del Poder Judicial en su “Informe” al Anteproyecto de esta Ley, que no estamos en presencia de bienes escasos o limitados de forma que sólo un grupo pueda acceder a ellos¹⁴. Sin embargo, también es verdad que la dinámica por

12 RUIZ MIGUEL, A, “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, 55, 2006, p. 39.

13 En este sentido lo han interpretado ALONSO DE ESCAMILA M./LAMARCA PÉREZ C., “Reflexiones sobre las medidas penales de protección contra la violencia de género”, en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, coordinados por García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Girau, Valle Mariscal de Gante. Edit. Edisofer s.l. Madrid, 2008, p. 1763, donde destacan que la legalidad penal vigente en materia de violencia de género no supone una vulneración del principio de igualdad sino que, por el contrario, responde o se inspira en este mismo principio y es precisamente su respeto lo que la normativa pretende defender o restaurar.

14 Así lo recoge el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la mujer*, p. 24. En idéntico sentido, VILLACAMPA ESTIARTE, C, “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 9, 2007, p. 12.

la que tradicionalmente discurren las relaciones afectivas entre hombres y mujeres marca unas determinadas pautas de comportamiento que limitan o privan, en ocasiones, el pleno disfrute de los mismos, a pesar de encontrarse legalmente reconocidos a todas las personas por el hecho de serlo, incluidas las mujeres. Por lo tanto, no se debería afirmar con tanta rotundidad, como lo hizo el Consejo General del Poder Judicial en el “Informe” aludido que, la inexistencia de una situación de desventaja inicial deslegitima la superprotección penal de la mujer contemplada en la actual LO 1/2004¹⁵. No son razones de desigualdad formal las que justifican el recurso al Derecho Penal como instrumento de “discriminación positiva”, sino más bien de desigualdad material, marcada por unas determinadas pautas de conducta educativas y culturales que sitúan a la mujer en una posición de inferioridad y de subordinación a la hora de disfrutar de determinados bienes, posiciones o derechos que el Ordenamiento Jurídico les reconoce en igualdad de condiciones que a los hombres¹⁶.

Desde esta perspectiva, y contrariamente a los que manifiestan que la razón de la discriminación (positiva) y, por tanto, de la sobreprotección de las mujeres radica única y exclusivamente en la constatación de su naturaleza de víctima habitual de los delitos en los que se otorga ese exceso de tutela, sin otro fundamento material que su cualidad de mujer¹⁷, hay que destacar que son

15 Así lo recoge el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la mujer*, p. 26.

16 Contrariamente a este planteamiento, BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del Derecho Penal”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminológicas*, 2007, p. 24; DEL ROSAL BLASCO, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?”, en *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, coordinados por Carbonell Mateu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Díez. Edit Dykinson, s.l. Madrid, 2005; POLAINO NAVARRETE, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho Penal: luces y sombras”, en *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, coordinado por Burgos Ladrón de Guevara. Edit. Comares, Granada, 2008, p. 43, entre otros.

17 DEL ROSAL BLASCO, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?”, en *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del*

razones de corte criminológico las que han de traerse a colación para una comprensión adecuada e integral de la complejidad de las relaciones de violencia de los hombres sobre las mujeres¹⁸. Así, junto al argumento del género, tantas veces aludido, los fundamentos de política-criminal destacan la posición de subordinación social que impacta en los índices de victimización, factores de vulnerabilidad, como la diversidad cultural y religiosa, determinados usos y costumbres y también, la situación de irregularidad administrativa, esto es, el estatuto administrativo ostentado por cada una de las mujeres que existen en el territorio del Estado, entre las que destacan especialmente las irregulares¹⁹.

En este orden de cosas, la cuestión radica, como muy acertadamente ha destacado Larrauri Pijoan, en determinar si el Derecho Penal está dispuesto a asumir las distintas fuentes de poder y opresión y su impacto en la victimización de los distintos colectivos. Pues bien, desde esta perspectiva, al igual que otras ramas del Ordenamiento Jurídico, el Derecho Penal debe asumir su parcela de responsabilidad, sancionando de forma desigual lo diferente, atribuyendo individualizadamente una sanción agravada a los maridos o parejas que cometan determinadas agresiones a sus mujeres²⁰.

Rosal, coordinados por Carbonell Mateu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Díez. Edit Dykinson, s.l. Madrid, 2005, p. 348.

- 18 En opinión de GARCÍA ALBERO, R, “Las perspectivas de género en Derecho Penal. Algunas reflexiones”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española. Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. III, 2004, p. 486, el Ius Puniendi puede y debe irrumpir en la alcoba porque es precisamente en este núcleo de enculturación donde se transmiten y legitiman los estereotipos sobre los que se apoyan las relaciones jerárquicas de dominación.
- 19 Así lo recoge, ASUA BATARRITA, A.: “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales”, en *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 133.
- 20 LARRAURI PIJOAN, E, *Criminología Crítica*, Trotta, Madrid, 2007, p. 110. También, en este sentido, FERRANTE, A, “Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Actualidad Jurídica*

Así, relacionada la desigualdad de las mujeres con prácticas educativas y culturales, tendentes, en ocasiones, a la privación de bienes tan fundamentales como la libertad, la integridad e incluso la vida, el Derecho Penal, en cuanto instrumento de “ultima ratio”, se presenta, en estos casos, como el único medio eficaz frente a la posibilidad de comisión de conductas ilícitas y de la reafirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, encaminadas hacia posturas respetuosas con el derecho.

3. La incidencia de la Ley Orgánica 1/2004 en la ratio legis del artículo 153 Código Penal

3.1. Introducción

Tomando como referencia el contenido normativo de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, una destacada jurisprudencia advierte que el maltrato en el seno de las relaciones personales “*se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad por tratarse de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”, señalando al mismo tiempo que, pese a ser indudable su afección a la integridad de las personas, al tratarse de un acometimiento físico debe sentarse que se extiende más allá de aquella integridad personal, al atentar a valores constitucionales esenciales como el derecho a la dignidad de las personas, con independencia de que se proyecten asimismo sobre la integridad moral, la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones

Aranzadi, 679, p. 3; RUIZ MIGUEL, A, “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, 55, 2006, p. 38. En contra ACALE SÁNCHEZ, M, *Discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 113, donde destaca que el hecho de que el hombre sea castigado con una pena, no le produce a la mujer víctima de violencia ningún beneficio, pues en paralelo al incremento de la pena, ella no va a recibir nada que en positivo le ayude a salir de la situación en la que se encuentra.

en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar, especialmente la mujer²¹.

En suma, como recogía la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia 101/2006, de entre los bienes jurídicos protegidos por la norma se alza el de la dignidad personal, traducido en que un miembro del grupo familiar se coloque en una situación de superioridad física y moral frente al otro, de dominio del hombre sobre la mujer, reduciendo a ésta a la práctica consideración de objeto. Sin entrar en valoraciones acerca del bien jurídico protegido en el artículo 153 CP, que excederían los límites del presente trabajo, baste señalar que si bien no compartimos con la Audiencia Provincial de Barcelona la consideración de la dignidad humana como bien jurídico protegido por el Derecho Penal²², interesa, sin embargo, destacar como lo hace el presente órgano jurisdiccional la situación de inferioridad y la consideración de objeto por parte del sujeto pasivo en esta clase de situaciones, precisamente para entender el incremento punitivo previsto en el artículo 153 CP.

Pues bien, junto a estas primeras consideraciones interesa, en este momento, destacar dos de las críticas vertidas en torno al contenido típico del artículo 153 CP, esto es, su consideración como derecho penal de autor/derecho penal del enemigo y su afección al principio de proporcionalidad que, en el sentido manifestado, han venido resultando los argumentos básicos de las distintas cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por el mismo.

21 Sentencia 182/2005, de la Audiencia Provincial de Girona, de 15 de febrero; Sentencia 101/2006 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de enero; Sentencia 221/2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de febrero; Sentencia 251/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de marzo, entre otras.

22 Para una profundización de la específica naturaleza de la dignidad humana en el ámbito del Derecho Penal, véase PÉREZ MACHÍO, A.I. *El delito contra la integridad moral del artículo 173.1*; Servicio editorial de la UPV/EHU, 2005, Bilbo y de la misma, *Mobbing y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

3.2. Artículo 153 como derecho penal de autor y Derecho Penal del enemigo

No son pocos los que consideran que el contenido típico del artículo 153 CP —y de otros tipos penales que fueron reformados con la entrada en vigor del la LO 1/2004— resulta un reflejo del denominado “derecho penal de autor”, llegando incluso a calificarlo como “derecho penal del enemigo”.

En efecto, existe un grupo doctrinal que considera que el artículo 153 CP representa una manifestación del derecho penal de autor que vulnera el principio de culpabilidad²³. Para ello se pone de relieve que la imposición de una pena severa ante un injusto injustificante, en atención a que el sujeto activo es hombre y el pasivo mujer, se fundamenta en la presunción, que no admite prueba en contrario, de que el hombre que maltrata a una mujer siempre se prevale de su superioridad y tiene el fin de mantener el dominio sobre la misma. Con ello se está vulnerando —se afirma— el principio de culpabilidad y el de responsabilidad del hecho²⁴.

Desde esta perspectiva, la cuestión del sexo masculino del sujeto activo implica una agravación de la responsabilidad del hombre sustentada en una doble presunción. En primer lugar, de una mayor peligrosidad que se considerará presente siempre en todo hombre; y, en segundo lugar, de la concurrencia de la gravedad precisa para justificar una agravación de la responsabilidad de tal entidad como la que se sanciona en el precepto.

23 MATA Y MARTÍN, R: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, 2009, Lex Nova, Valladolid, p. 120.

24 Así lo recogía el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LO 1/2004. En idéntico sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J, “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la referencia de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, coordinados por Carbonell Mateu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Díez. Edit Dykinson, s.l. Madrid, p. 498.

En definitiva, esta consideración del Derecho penal de autor fundamenta la pena, no en la gravedad del hecho realizado —dirán— sino en la condición personal del autor lo que contradice, en opinión de este sector doctrinal, la exigencia constitucional de culpabilidad del hecho.

La crítica ahora expuesta implica la aceptación de la aplicación automática del delito del artículo 153.1 CP, que como se tendrá ocasión de comprobar más adelante resulta contrario a la ratio legis del mismo, que no debe desvincularse de la finalidad de la LO 1/2004²⁵.

Por otra parte, también hay quien considera que el artículo 153 representa una manifestación del derecho penal del enemigo²⁶. Esta tesis está estrechamente unida a aquella otra que ve en el derecho penal de género una manifestación de la discriminación positiva. El establecimiento de penas más severas para el hombre que para la mujer ante una misma conducta ha llevado a sugerir que el derecho Penal de género podría llegar a ser considerado como una manifestación del derecho penal del enemigo, contrapuesto al derecho penal del ciudadano, en cuanto que la referencia introducida a partir de la LO 1/2004, y las anteriores en materia de violencia doméstica, está inspirada en una filosofía de combate especialmente asegurativo en unos concretos focos de peligro en el ámbito familiar, precisamente de sujetos que provocan —dirán— inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma. Desde esta perspectiva, habida cuenta del caldo de cultivo (sensacionalismo mediático y progresivos y reiterados agravamientos de la represión de los maltratadores familiares), creado a lo largo de varios años, el legislador considera al maltratador como un especial foco de peligro que no respeta a los demás (a su pareja)

25 ALONSO ÁLAMO, M., “Protección penal de la igualdad”, *Cuadernos de Política Criminal*, 95, 2008, p. 38.

26 POLAINO NAVARRETE, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho Penal: luces y sombras”, en *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, coordinado por Burgos Ladrón de Guevara. Edit. Comares, Granada, 2008, p. 58.

como personas de derecho, que impide el desarrollo de la personalidad de los demás por la inseguridad cognitiva que el sujeto produce, siendo, en este sentido, necesario combatirlo de forma rigurosa, adelantando el ámbito de actuación del Derecho Penal para atajar el peligro que el maltratador entraña en el momento en que se manifiesta en sus primeros síntomas, sin esperar a que el peligro llegue a mayores²⁷.

Pero frente a esta crítica cabe señalar que el derecho penal de género no participa de los rasgos propios del llamado derecho penal de enemigo, a saber, anticipación de la punibilidad, desproporción de las penas, disminución de las garantías procesales y agravamiento de las reglas penitenciarias²⁸.

En efecto, de lo deducido por los que interpretan la emergencia del derecho penal del enemigo, no parecen existir suficientes datos como para hablar de un paradigma de derecho penal como el presente. Las reformas introducidas en materia de violencia de género y, específicamente, la del artículo 153.1 CP implican una progresiva actualización de criterios que marcan un compromiso social, institucional y legislativo de necesaria reacción frente a este tipo de violencia. El aumento de penas no es superior al producido en otro delito, la creación de nuevos tipos es tan tenue que aunque en algunos casos se muestre como innecesaria, no va más allá de una controvertida decisión legislativa²⁹.

Así, frente a quienes postulan que la agravación punitiva del artículo 153.1 CP resulta el reflejo de un Derecho Penal de

27 En este sentido, POLAINO NAVARRETE, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho Penal: luces y sombras”, en *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, coordinado por Burgos Ladrón de Guevara. Edit. Comares, Granada, 2008, p. 61.

28 En este sentido, ALONSO ÁLAMO, “Protección penal de la igualdad”, *Cuadernos de Política Criminal*, 95, 2008, p. 37 y QUERALT JIMÉNEZ, J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 1, p. 1430, entre otros.

29 MORILLAS CUEVA, L., “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, coordinados por Carbonell Mateu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Díez. Edit Dykinson, s.l. Madrid, p. 652.

autor/Derecho Penal del enemigo³⁰ —centrado en una presunción legislativa de peligrosidad del mismo—, hay que advertir que dicho incremento no se fundamenta en el sexo del sujeto activo, sino más bien en la posición de subordinación que mayoritariamente ostentan las mujeres en las relaciones de pareja³¹, al tratarse de atentados contra la integridad que encuentran su razón de ser en la perpetuación de unos determinados roles asignados de manera exclusiva al sexo femenino³².

Así lo menciona el Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de mayo de 2008, cuando destaca que “*no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo, ni de la víctima, ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la*

-
- 30 CORTÉS BECHIARELLI, E, “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación”, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p.271; MANJÓN-CABEZA OLMEDA A, “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho Penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de violencia sobre la mujer”, *Tutela penal y judicial frente a la violencia de género*, Madrid: Colex, 2006, p. 18; MENDOZA CALDERÓN, S, “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 CP”, *Revista General de Derecho Penal*, 3, 2005, p. 48.
- 31 Véanse, en este sentido, LAURENZO COPELLO, P, LAURENZO COPELLO, P, “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Jueces para la Democracia*, 54, 2005, p. 28; LÓPEZ ÁLVAREZ/GONZÁLEZ DE HEREDIA/ORTEGA GIMÉNEZ, “Reflexiones multidisciplinarias acerca de la violencia de género y doméstica”, *La Ley*, 6440, 2006, p. 3; QUERALT I JIMÉNEZ, J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 1, p. 148.
- 32 LAURENZO COPELLO, P, “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coordinados por García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Girau, Valle Mariscal de Gante, tomo II. Edit. Edisofer, Madrid, 2008, p. 2108.

sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considere razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”³³.

En definitiva, tal y como tendremos ocasión de comprobar a continuación, la agravación punitiva del precepto ahora comentado, no se fundamenta en el sexo del sujeto activo, sino más bien en la comisión de unas conductas que resultan reflejo de lo que tradicionalmente viene denominándose “violencia de género”, esto es, una clase de comportamientos que histórica y culturalmente vienen sometiendo a las mujeres a los dictados de los hombres en un alarde de masculinidad nada acorde con los principios de igualdad y de no discriminación.

3.3. La sanción de la violencia de género y la agravación de la situación de vulnerabilidad de la víctima como contra argumento al Derecho Penal de autor y al Derecho Penal del enemigo

3.3.1. La sanción de la violencia de género en el artículo 153 CP

La Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 20 de diciembre de 1993, definió el concepto de violencia de género a partir de una serie de caracteres específicos que la distinguen de otras formas de violencia social en cuanto “*manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre*”.

Así entendida, la violencia de género se presenta como un sistema de dominación por el cual se perpetúa la desigualdad entre mujeres y hombres como estrategia de control sobre ellas³⁴. Siguiendo en este aspecto a Lorenzo Copello, dos datos

33 Véase el Fundamento Jurídico 9 de la Sentencia 59/2008 del Tribunal Constitucional, de 14 de mayo.

34 Véase, en este sentido, LAURENZO COPELLO, P, “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y

se desprenden de esta definición. Por un lado, que se trata de un tipo de violencia asociada a la discriminación estructural de un determinado grupo social, a la posición de subordinación que ocupan sus integrantes en el contexto comunitario; y, por otro lado, que ese grupo social discriminado son las mujeres, en tanto destinatarias de una asignación de roles domésticos que las sitúa en un estatus de segunda clase³⁵.

Según las disposiciones internacionales por “violencia de género” debe entenderse todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer³⁶. De esta forma, lo que dota de sentido a esta clase de violencia —como categoría sociológica— es el sujeto pasivo, esto es, la víctima mujer, en cuanto se trata de una manifestación de la falta de igualdad entre los dos sexos, siendo habitual que sea un hombre quien imprima la violencia, como estrategia para mantener su posición de control y autoridad³⁷.

el victimismo punitivo”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coordinados por García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Girau, Valle Mariscal de Gante, tomo II. Edit. Edisofer, Madrid, 2008, p. 2106.

- 35 LAURENZO COPELLO, P, “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coordinados por García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Girau, Valle Mariscal de Gante, tomo II. Edit. Edisofer, Madrid, 2008, p. 2106; de la misma: “La violencia de género en el Derecho Penal. Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 345. En idéntico sentido, BARRÈRE, M^a A., “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 29, entiende que se trata de una violencia que actúa contra las mujeres que no puede ser interpretada como una especie de meros “hechos brutales” aislados e individualizados, sino que por el contrario, ha de ser interpretada en clave política, esto es, en clave de reconocimiento de una situación que instituye estructuras y relaciones injustas de poder en forma de violencia.
- 36 ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 74.
- 37 LAURENZO COPELLO, P, “Violencia de género y Derecho Penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en

Pues bien, ésta es precisamente la interpretación que se ha de seguir en la aplicación del artículo 153 CP. Dicho precepto sanciona o debe sancionar aquellos comportamientos que son manifestación de la violencia de género, dirigidos contra las mujeres. No se trata de un precepto de aplicación sistemática en cuanto el sujeto pasivo del mismo es una mujer y el activo un hombre, debiendo exigirse para la imputación objetiva, la efectiva concurrencia de una situación de violencia de género³⁸, esto es, de prácticas en las que las actuaciones de los hombres contra las mujeres sean manifestación de la subordinación social y cultural que sufren éstas como consecuencia de estructuras patriarcales que asignan a lo femenino lugares de sumisión.

En este sentido, debe quedar claro que el contenido del artículo 153.1 debe interpretarse en relación al artículo 1.1 de la LO 1/2004, para evitar caer en el error de la aplicación sistemática del precepto, en cuanto concurra objetivamente una relación de pareja, el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer. En efecto, el artículo 153.1 CP castiga con más pena, no cualquier ataque contra una mujer, sino contra aquella mujer que se encuentra en una relación de pareja o expareja, regular o de hecho, ataque que proviene de su (ex) cónyuge o (ex) compañero y que hunde sus raíces en la estructura patriarcal dominante en la historia, basada por lo tanto, en razones histórico-culturales y no de sexo en sentido biológico³⁹.

Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, coordinados por García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Girau, Valle Mariscal de Gante, tomo II. Edit. Edisofer, Madrid, 2008, p. 2107.

38 En este sentido, ALONSO ÁLAMO, “Protección penal de la igualdad”, *Cuadernos de Política Criminal*, 95, 2008, p. 31, donde además de las prácticas de violencia de género, viene exigiendo la existencia de una acción peligrosa para el bien jurídico que se pretende proteger, que, en su opinión, recae sobre la igualdad, esto es, el derecho a ser tratado como igual, o igualdad real.

39 ALONSO ÁLAMO, “Protección penal de la igualdad”, *Cuadernos de Política Criminal*, 95, 2008, p. 35; CUELLO CONTRERAS/CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/CRUZ MÁRQUEZ: *La violencia de género y doméstica en Extremadura (1990-2002)*, Junta de Extremadura, Badajoz, 2008, 29; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Ciudadanía, sistema penal y mujer”, en *Estudios penales en homenaje a*

Por lo tanto, frente a quienes consideran este precepto como una manifestación del Derecho Penal de autor o del Derecho Penal del enemigo, una interpretación acorde con la finalidad de la LO 1/2004, limita la efectividad de la presente normativa a los supuestos que impliquen desigualdad estructural, no representada por cualquier tipo de violencia de un hombre sobre una mujer⁴⁰, sino por aquellos casos en los que la violencia contra las mujeres en la pareja se asocia con los roles femeninos de sumisión y dependencia⁴¹. Ello determina, en última instancia que el concepto de violencia de género no va unido al sexo del sujeto activo, sino al del sujeto pasivo y al rol que tradicionalmente se le reconoce a éste⁴².

Enrique Gimbernat, coordinados por García Valdés, Cuerda Riezu, Martínez Escamilla, Alcácer Girau, Valle Mariscal de Gante, tomo II. Edit. Edisofer, Madrid, 2008, p. 208; GONZÁLEZ RUS, J.J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la referencia de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, coordinados por Carbonell Mateu, Del Rosal Blasco, Morillas Cueva, Orts Berenguer, Quintanar Díez. Edit Dykinson, s.l. Madrid, 2005, p. 500; MATA Y MARTÍN, R: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, 2009, Lex Nova, Valladolid, p. 112; MONTALBÁN HUERTAS, I, “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”, en www.ortegaygasset.edu/circunstancia/numero12/art7_imp.htm, 2008, p.8; QUERALT JIMÉNEZ, J, “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 1, 2006, p. 2.

40 LARRAURI PIJOAN, E, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 100; MONTALBÁN HUERTAS, I, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 66.

41 MONTALBÁN HUERTAS, I, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 70. En este mismo sentido, QUERALT I JIMÉNEZ, J, “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005), p. 149.

42 ACALE SÁNCHEZ, M: “El artículo primero de la LO 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en *Política criminal y reformas penales*, 2007, Tirant lo

3.3.2. *La agravación basada en la situación de vulnerabilidad de la víctima*

Tal y como se acaba de poner de manifiesto, el aumento punitivo del precepto, ahora comentado, hunde sus raíces en prácticas históricas y culturales caracterizadas por someter a las mujeres a los dictados de la sociedad del patriarcado. Desde esta perspectiva, el dato biológico de la condición femenina del sujeto pasivo, no determinará la aplicación sistemática del precepto.

Al igual que sucede con otras leyes de género, como la VAWA estadounidense, si bien el artículo 153 debe dirigirse —en el sentido mencionado— a erradicar la violencia contra las mujeres, lo cierto es que el fundamento de la vulnerabilidad y la privacidad del ámbito doméstico justifica la extensión del ámbito de aplicación subjetivo del mismo a los familiares más vulnerables que conviven con el hombre.

Precisamente este argumento de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del precepto a los sujetos que no son las mujeres, permite igualmente superar las críticas vertidas contra el artículo 153.1 CP, basadas en la existencia de agravaciones automáticas fundadas en el sexo del sujeto pasivo, puesto que la protección reforzada de dicho precepto no se limita a las mujeres en las relaciones de pareja, sino que se hace extensiva, precisamente, a cualquier persona vulnerable que conviva con el autor⁴³.

Blanch, 2007, Valencia, p. 42. Ese es precisamente el fundamento de las “leyes de género” que se han aprobado con anterioridad al 2004 en otros Estados, por ejemplo, la VAWA estadounidense. Como la doctrina estadounidense conviene en destacar, el fundamento de la criminalización de esta clase de conductas reside en la raíz del problema, al tratarse de comportamientos basados en la cuestión del género, cometidos por unos determinados sujetos que mantienen una relación muy específica con el sujeto pasivo al que se dirigen (esposa o mujer con la que se tiene o se ha tenido una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia). En este sentido, FITZGERALD, L.M., “The Violence Against Women Act: is it an effective solution?”, *The Social Justice Review*, p. 4 (1992-1993), p. 50

43 En contra de este planteamiento, ACALE SÁNCHEZ (2006), *Discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 153, estima que no es precisamente la especial vulnerabilidad de la mujer el

Así lo recoge expresamente dicho precepto, en el que el mayor desvalor de acción y de resultado se produce bien en los casos de mujeres víctimas sometidas en una relación de pareja (art. 153.1), bien en los supuestos de “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (art. 153.2).

El número 1 del artículo 153 que se configura como tipo agravado requiere que 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 que se trate de “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*” y su número 2 alude a “*alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior*”. De este modo, en sintonía con la LO 1/2004, el precepto se vincula a la violencia de género, es decir, a aquella que representa una manifestación de la discriminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder sufridas por las mujeres, pero también a la “violencia doméstica” ejercida sobre las personas más vulnerables del ámbito familiar, residiendo, a la vista del contenido literal del precepto, en una mayor vulnerabilidad, el incremento punitivo contemplado en el mismo⁴⁴. Cuestión distinta reside en si la opción del legislador español de sancionar en una misma ley estas dos modalidades de violencia, es decir, la violencia de género y la doméstica, es la solución más acorde con la finalidad que inicialmente parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la LO 1/2004.

dato que ha tenido en consideración el legislador en la LOPIVG; en la medida en que expresamente hace referencia a dicha especial condición de las otras personas que convivan con el autor, está poniendo de manifiesto que cuando se trata de la mujer, no hace falta demostrar dicha especial vulnerabilidad, pues se presume, mientras en estos segundos casos hay que probarla.

- 44 Muy acertadamente, así lo recoge, QUERALT JIMÉNEZ, J, “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 150. En este mismo sentido, IÑIGO CORROZA, E, “Aspectos penales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género. Aspectos Jurídico penales, procesales y laborales*, Pamplona: Aranzadi, 2005), p. 25.

Con ello, el Derecho Penal no excluye de la tutela a los hombres víctimas de los actos de violencia de sus parejas⁴⁵; es más, los propios tipos introducidos a partir de la Ley Orgánica 1/2004 aceptan la equivalencia del maltrato de personas especialmente vulnerables, donde puede tener cabida la agresión de la mujer a su pareja hombre⁴⁶. Es verdad que no se especifican las circunstancias de las que se desprende dicha situación de especial vulnerabilidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en otros tipos penales que, como el 180.1.3º, identifican la minoría de edad o la incapacidad con categorías constitutivas de dicho concepto). Sin embargo, atendida la propia descripción típica de este precepto, ésta no puede equipararse ni a menores, ni a incapaces⁴⁷, puesto que la tutela penal de los mismos comporta, en estos supuestos, una penalidad autónoma a la que genera el amparo de la mujer o de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

En efecto, según el contenido normativo del artículo 153, la pena de prisión de 6 meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y un día a 3 años se reserva para los supuestos en los que 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*

45 Así lo recoge, CAMARERO BENITO, S, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 3, que califica este precepto como un tipo especial que sólo puede cometerse por el hombre contra la mujer.

46 RUÍZ MIGUEL, A, “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Jueces para la Democracia*, 55, 2006, p. 45.

47 Según FERRANTE, A, “Análisis de las novedades penales y procesales de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 679, 2005, p. 2, la expresión “persona especialmente vulnerable” se refiere precisamente a las aludidas respecto al artículo 180.3 CP. Sorprende, en este sentido, que no se haya apreciado que los ancianos y menores, descendientes y ascendientes ya estaban totalmente tutelados en todas las modificaciones introducidas con la LO 1/2004.

especialmente vulnerable que conviva con el autor” (art. 153.1 CP), siendo de aplicación la pena de prisión de 3 meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y un día a 3 años, cuando la víctima fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP, esto es, descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (art. 153.2 CP).

Por lo tanto, el diferente marco penológico concurrente frente a supuestos en los que la víctima sea una “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” y el aplicable respecto a los casos en los que los ofendidos sean menores, ancianos e incapaces, impide la equiparación entre estos últimos y las denominadas “personas especialmente vulnerables”. En este sentido, una interpretación respetuosa con el contenido de los mismos debería ser suficiente para evitar que se limite el conjunto de potenciales víctimas, a las mujeres (aunque de las estadísticas se deduce que son el colectivo más afectado), y hacerlo extensivo a todas aquellas personas especialmente vulnerables que presenten una situación similar de dependencia, subordinación e inferioridad de la que se prevalezca el autor de los hechos, incluidos los hombres⁴⁸. La dificultad de dotar de contenido a un concepto jurídico tan indeterminado como el presente no debe suponer, sin embargo, un obstáculo, para que los órganos jurisdiccionales sean capaces de proceder a una aplicación correcta del mismo, no cayendo en

48 Así se recoge, por ejemplo, en la Sentencia 208/2007, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de enero, donde el órgano juzgador aplica el artículo 153 a una mujer que, en el transcurso de una discusión, abofetea a su ex-marido y le araña en la mandíbula.

interpretaciones erróneas que lo sitúen próximo a categorías ya amparadas en el propio artículo 173.2 CP que implicarían una reiteración innecesaria e ilógica de los sujetos tutelados a partir de la reforma de 2004.

Ahora bien, aunque la inclusión, junto a la mujer, de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor reduce las críticas del Derecho Penal de autor y del Derecho Penal del enemigo al elemento de la convivencia, lo cierto es que la sanción de ambas clases de violencias genera un rechazo por parte de quienes abogan por la específica sanción de lo que venimos considerando como “violencia de género”.

Por lo que respecta a la primera cuestión, mientras en los supuestos de personas especialmente vulnerables, el colectivo de víctimas se puede hacer extensivo, incluso, a los casos de hombres víctimas de violencia doméstica por parte de su mujer o ex - mujer, siempre que convivan con ella, el Código Penal prescinde de dicho requisito —convivencia— en los casos de mujeres víctimas. Respecto al colectivo de personas especialmente vulnerables, la convivencia se convierte en un elemento determinante de la situación de superioridad de la que se prevalece el autor material de los hechos. Por lo que se refiere a este grupo de personas, la extinción del elemento de la convivencia rompe el nexo de unión entre el sujeto activo y el pasivo, eliminando la dependencia de la víctima, situación ésta que no procede, sin embargo, en los casos de víctimas mujeres.

En efecto, los ejemplos jurisprudenciales manejados y aquellos que diariamente constituyen el centro de la noticia evidencian que la interrupción de convivencia por parte de las mujeres no es asumida por el sujeto activo, que no acepta la ruptura de la relación, ni mucho menos, la inexistencia de vínculo alguno de pertenencia. Siendo precisamente esta sensación de propiedad la que ha marcado la desigualdad estructural y el reparto de roles de género que, hoy en día, siguen sufriendo muchas mujeres, es legítimo que la presente “convivencia” fije la diferente tutela recibida por unas (mujeres) y otros colectivos de víctimas (personas especialmente vulnerables), atendida la diferente relación que les

vincula al autor de los hechos, tal y como se deduce del contenido normativo del artículo 1 LO 1/2004, que debe ser integrado como sustrato material del contenido típico del artículo 153.1 CP.

Sin embargo, la consideración de la mujer como colectivo más vulnerable se sustenta sobre la base de los elevados porcentajes de mujeres víctimas de violencia de género que sufren un riesgo adicional en las relaciones de pareja⁴⁹, no contemplado frente a otros sujetos, que también se encuentran en situación de vulnerabilidad, ni, si quiera, frente a estas mismas mujeres en otras relaciones de naturaleza diversa (relaciones de amistad, laborales, etc.).

En relación a la segunda cuestión, es decir, las críticas a la sanción conjunta de la violencia doméstica y la violencia de género, se sustenta sobre la base de que el contenido normativo del precepto no consigue romper con la tradición penal que viene homologando la violencia de género a otras violencias que tienen lugar en el ámbito de las relaciones afectivas. La inclusión de otros miembros vulnerables de la familia sitúa a las mujeres en un universo de las personas “dependientes”, no en el lugar de las personas estructuralmente discriminadas y oprimidas. En este sentido, tal y como muy acertadamente se viene destacando, la violencia de género es un problema de la ciudadanía y su atención y la defensa de los derechos de las mujeres debe ser construida desde un espacio propio, autónomo⁵⁰ e independiente de cualquier

49 Según estudios recientes ascienden al 90% del total de víctimas afectadas por esta clase de violencia. Así lo recoge, LARRAURI PIJOAN, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 122. En idéntico sentido se pronuncian, PICKUP, WILLIAMS y SWEETMAN, *Ending Violence Against Women: A challenge for Development and Humanitarian Work*, Oxford: Oxfam, 2001, p. 81, cuando destacan que el 42% de las mujeres en Kenia; el 38% de las mujeres en Corea; el 28% de las mujeres en EEUU; y el 35% de las mujeres en Egipto han sido objeto de violencia por parte de sus parejas a lo largo del año 2000. A ello añaden que la OMS estima que el 52% de las mujeres sufren violencia psíquica por parte de sus parejas

50 BODELÓN, E: “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 285.

otra clase de violencia que hunde sus raíces en causas diferentes a las desigualdades estructurales propias de las conductas a las que ahora nos estamos refiriendo⁵¹.

En definitiva, si bien este segundo argumento, esto es, el concreto ámbito de aplicación subjetivo del artículo 153 CP, permite junto al de la sanción de la violencia de género, superar las críticas vertidas en torno a la idea del Derecho Penal de autor y Derecho Penal del enemigo, anteriormente citadas, lo cierto es que hubiera sido preferible que el legislador del 2004, limitase la aplicación del artículo 153 CP a la ratio legis del mismo, basada en la sanción de la violencia de género, tal y como se recoge en las disposiciones de la LO 1/2004.

Si la finalidad de dicha normativa residía en erradicar la violencia sufrida por las mujeres como consecuencia del tradicional reparto de roles de género, la sanción conjunta de ésta y de otra clase de violencias equiparan a esta primera a unos comportamientos que nada tienen que ver con las desigualdades estructurales y la aleja del objetivo prioritario con el que surgió dicha regulación.

3.4. El artículo 153 y la ruptura con el principio de proporcionalidad

Junto a la identificación del artículo 153 con lo que se concibe como Derecho Penal de autor y Derecho Penal del enemigo, otra de las críticas del precepto reside en su ruptura con el principio de proporcionalidad⁵².

51 LAURENZO COPELLO, P: “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en *Género, violencia y derecho*, coordinado por Lorenzo Copello, Maqueda Abreu, Rubio. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 333; MATA Y MARTÍN, R: “Algunas dificultades de la noción de la ley de violencia de género”, en *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, Valladolid, p. 111.

52 Para una profundización en el principio de proporcionalidad, véase, DE LA MATA BARRANCO, N, J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

La sustantividad del precepto sostenida sobre la base de la existencia de una determinada relación de poder, en cuanto vínculo que une al sujeto activo con el pasivo, no convence a una doctrina que considera este tipo delictivo como un reto al principio de intervención mínima del Derecho Penal y fundamentalmente al de proporcionalidad de las penas⁵³, sin requerir, siquiera, el requisito de la habitualidad⁵⁴. Precisamente la vulneración del principio de proporcionalidad constituye el sustrato material de algunas de las cuestiones de inconstitucionalidad que ha suscitado el presente precepto, una de las cuales ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional a través de su Auto 233/2004, de 7 de junio.

En la cuestión mencionada, se planteaba fundamentalmente la vulneración del principio de proporcionalidad entre el hecho y la sanción al interpretarse que, en el específico caso del artículo 153, la pena de privación de libertad de 3 meses a un año (apréciese que no se alude al límite mínimo de 6 meses —actualmente previsto en el nuevo artículo 153.1 CP— ya que “la cuestión” se plantea antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 en relación al 153 que fue modificado a través de la Reforma introducida con la Ley Orgánica 11/2003) no respeta dicho presupuesto fundamental al castigarse como delito, en aras de la cualidad del sujeto pasivo, lo que constituye una falta, imponiendo la pena de prisión aludida, que entiende claramente desproporcionada a la luz del artículo 25.1 CE, en relación con el derecho a la libertad personal, recogido en el artículo 17 CE, al ser muy superior a la correspondiente a la misma conducta realizada sobre distinto sujeto pasivo, tipificada en el artículo

53 CORTÉS BECHIARELLI, E, “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación”, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 250.

54 MENDOZA CALDERÓN, S, “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 CP”, *Revista General de Derecho Penal*, 3, 2005, p. 15.

617 CP⁵⁵ y castigada como falta con una pena de multa o de localización permanente.

En su argumentación, el Tribunal Constitucional afirma la proporcionalidad de una sanción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no están constitucionalmente proscritos, ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentadamente apta para dicha persecución, debiendo indagarse si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto cuestionado que, a tenor de la reforma operada a raíz de la LO 11/2003, se concreta en la erradicación de todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido, de modo que no queden fuera, dentro de lo posible, ninguna forma de variedad de conducta violenta en el ámbito al que nos estamos refiriendo⁵⁶.

La conversión en delictivos de unos comportamientos que, hasta la fecha, eran considerados meras faltas, para dotar a la mujer de una mayor protección frente a casos de especial vulnerabilidad, generados por la desigualdad estructural derivada de las relaciones de pareja, no resulta algo excesivo para el Alto Tribunal⁵⁷. En opinión del presente órgano jurisdiccional la amplitud extensiva con la que se tutela a las mujeres, frente a otros colectivos que parecen no encontrarse amparados bajo el presente marco protector, ha de ser interpretada desde la perspectiva de la situación de discriminación que tradicionalmente han venido soportando las mujeres.

55 Así se recoge en la Cuestión de inconstitucionalidad que plantea ante el Tribunal Constitucional el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia.

56 Así lo recoge en el Fundamento Jurídico 4º del Auto 233/2004, de 7 de junio.

57 Como destaca QUERALT JIMÉNEZ, J, “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 1, 2006, p. 1427, el plus de punibilidad viene justificado por la especial relación entre la víctima y victimario, situación de la que éste se aprovecha. En idéntico sentido MAGRO SERVET, V, “Los nuevos instrumentos legales contra la violencia doméstica”, *La Ley*, 5914, 2003, p. 2, viene destacando que se trata de elevar la sanción de estas conductas contra las personas en razón al círculo especial de los sujetos pasivos y su relación con el agresor.

En efecto, si bien los comportamientos sancionables en el artículo 153.1 se identifican con prácticas de acometimiento físico y/o psíquico de carácter leve, su esencia no parece residir tanto en el mero hecho de afectar directamente a la integridad corporal —si ello fuera así, hubiese bastado con el recurso a los tipos correspondientes de faltas y, en su caso, la agravante mixta de parentesco— sino más bien en la existencia de un plus de punibilidad directamente relacionado —en consonancia con la LO 1/2004— con la atmósfera de subordinación y de inferioridad en la que se sitúa la víctima de estos comportamientos respecto al autor material de los hechos, que llega incluso a ser tratada, en palabras de la propia jurisprudencia, como un objeto en manos del mismo.

En relación a las conductas tipificadas en el artículo mencionado, basta hacer un recorrido por el relato fáctico de algunos de los supuestos que, desde la perspectiva jurisprudencial, tienen cabida en el ámbito de aplicación del mismo, para apreciar la entidad de las conductas objeto de sanción: puñetazos⁵⁸; mordiscos; patadas⁵⁹; expresiones como “puta”, “zorra”⁶⁰, “dime cuánto

58 Así se recoge en el relato fáctico de diversas sentencias. Véanse, entre otras, el supuesto de Hecho de la Sentencia 388/2005 de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 30 de mayo, donde se produce un hematoma de coloración rojiza a nivel de región infracerebicular izquierdo, de carácter leve, susceptible de curar en un plazo de 12 días, no incapacitante, no precisando tampoco asistencia facultativa; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 898/2005, de 18 de octubre, donde se producen agresiones que agresiones que culminan en lesiones consistentes en contusión frontomalear izquierda, contusión y hematoma en antebrazo derecho y contusión y erosión en labio inferior por las que se precisa una primera asistencia, tardando en curar tres días; o el relato fáctico de la Sentencia 943/2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de noviembre, donde se narra cómo después de una serie de lesiones se producen contusiones lumbares y faciales con hematomas que curan en 6 días tras una primera asistencia; o el supuesto de hecho de la Sentencia 201/2007 del Tribunal Supremo, de 16 de marzo, donde se produjeron heridas consistentes en policontusiones en región occipital, en las palmas de las manos y en las rodillas.

59 Relato fáctico de la Sentencia 291/2007 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 21 de marzo.

60 Supuesto de hecho de la Sentencia 65/2005, de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de enero.

vales y así no hará falta que me robes el dinero”⁶¹; o hechos como zarandear a una persona⁶², entre otros.

Si bien formalmente la redacción típica del artículo 153.1 describe unas conductas carentes de entidad suficiente como para adquirir la condición de delictivas, en consonancia con lo mantenido por el sector doctrinal más crítico —téngase en cuenta que la descripción jurídica del precepto alude a causar un menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito; golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión—, lo cierto es que la jurisprudencia aporta ejemplos significativos de unas conductas que, de cometerse fuera del entorno familiar, en la atmósfera de inferioridad y de subordinación a la que venimos aludiendo, merecerían una consideración bien distinta.

La gravedad que ostentan los comportamientos incursos en el artículo 153.1 CP dota de entidad suficiente a un precepto erróneamente ubicado en sede de delitos de lesiones, pero caracterizado, a tenor de la finalidad perseguida por la LO 1/2004, por ser capaz de absorber todos aquellos comportamientos que, a través de las modalidades comisivas previstas en su tenor literal (menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el Código Penal o golpear o maltratar de obra sin causar lesión), implican una especial vulnerabilidad de la víctima, en cuanto elemento sustantivo de este precepto que, no ha sido bien acogido por un grupo doctrinal que lo tilda de “exceso punitivo”⁶³.

61 Relato fáctico de la Sentencia 39/2005, de 2 de marzo de 2005 de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa.

62 Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1992; Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de octubre de 2005.

63 Por todos, ACALE SÁNCHEZ, M, “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2005, p. 20, donde interpreta que la inclusión expresa de dicha clase de menoscabo no tiene justificación alguna y no hace más que sembrar dudas; ASUA BATARRITA, A, “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, p. 227; CORTÉS BECHIARELLI, E, “Novedades

Así, como ya se ha venido manifestando, la sustantividad del artículo 153 reside en sancionar sólo aquellas conductas que resultan manifestación del tradicional reparto de roles de género y permiten perpetuar una situación de dominación del hombre sobre la mujer. La amplitud extensiva del precepto se limitará a las conductas ahora mencionadas, debiendo evitarse una aplicación sistemática del mismo frente a cualquier tipo de lesión sufrida por una mujer, cuando el sujeto activo es un hombre con el que mantiene o ha mantenido una relación de afectividad, aún sin convivencia. Esta interpretación permite superar las críticas que consideran que el denominado derecho penal de género implica una sobreprotección de la mujer, pudiendo llegar a producir el efecto contrario, es decir, la perpetuación de la posición de inferioridad de la misma en las relaciones de pareja al interpretarse que todas las relaciones de afectividad presumen la automática vulnerabilidad de las mujeres, convirtiéndose dicha opción del legislador —dirán— en un exceso de protección que puede fomentar actitudes contrarias al reconocimiento de la mujer como ser autónomo y responsable⁶⁴.

legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre): propuestas de interpretación”, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 248; HUERTA TOCILDO, S., “Los límites del Derecho Penal en la prevención de la violencia doméstica”, *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 525; STANGELAND, P., “Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2005, p. 257; TAMARIT SUMALLA, JM, “Comentario al artículo 153”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona: Aranzadi, 2004, p. 125.

- 64 En este sentido, BOLEA BARDÓN, C, “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 22. En idéntico sentido, POLAINO NAVARRETE, M, “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho Penal: luces y sombras”, en *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, coordinado por Burgos Ladrón de Guevara. Edit. Comares, Granada, 2008, p. 53, cuando manifiesta que del contenido del artículo 153.1 CP puede deducirse la presunción legal de la especial vulnerabilidad de la mujer vinculada por relación de afectividad, hasta el punto de que el tipo se concreta por virtud del mero sexo de la misma, sea o no conviviente con

Con todo, frente al presente planteamiento, hay que convenir con el Tribunal Constitucional, que esta tutela penal reforzada de la mujer tiene que vincularse al problema de violencia sistemática y permanente que vienen sufriendo las mismas, fruto del reparto de roles de género, acrecentado por la intimidad y la privacidad propia del ámbito en el que se acometen estos comportamientos⁶⁵.

La presencia de una pena de prisión, cuyo límite máximo se extiende a un año de privación de libertad y su límite mínimo de 3 meses puede alcanzar los 6 meses⁶⁶ — cuando la víctima es una mujer—, no parece poder calificarse de desproporcionada, atendida, no sólo la posibilidad de que ésta se sustituya por la de trabajos en beneficio de la comunidad —junto a cursos terapéuticos para corregir la patología del maltratador⁶⁷— (según lo dispuesto en el artículo 88.1 párrafo tercero y en el propio artículo 153, donde los trabajos en beneficio de la comunidad figuran como alternativa a la privación de libertad), sino también ante la opción incorporada por el artículo 153.4 CP que permite la adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso, pudiendo la sanción del artículo 153.1 rebajarse en un grado⁶⁸.

el agresor, o bien por la especial vulnerabilidad de cualesquiera personas, siempre que sea conviviente.

65 En opinión de MAGRO SERVET, V, “El auto del Tribunal Constitucional 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, 6088, 2004, p. 4, apunta que la tradicionalmente la intimidad del hogar hacía que muchas personas considerasen este problema como algo privado de las propias víctimas; del mismo, “Análisis del nuevo artículo 153 del Código Penal”, p. 16.

66 Así lo han venido manifestando diversos autores. Véanse, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M, “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2005, p. 25.

67 BEJERANO GUERRA, F, “Ley integral contra la violencia de género [I]. Reformas penales”, *Juris*, 94, 2005, p. 52, se plantea la efectividad de estos programas cuando no exista la voluntariedad del sometimiento a los mismos, a pesar del interés del legislador de apostar firmemente por la rehabilitación del maltratador a través de los mismos.

68 En contra BOLEA BARDÓN, C, “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal*

De esta forma, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la ausencia de un tipo como el presente desplazaría la incriminación de las conductas incursas en el mismo al artículo 617.1 y 2 —según mantiene una doctrina y jurisprudencia mayoritaria—, cuya sanción (localización permanente o multa) lejos de cumplir con el objetivo de erradicar estas prácticas, bien pudiera comportar un efecto contrario a la finalidad perseguida, en un doble sentido:

- por un lado, respecto a la aplicación de la pena de localización permanente, la inexistencia de una disposición similar a la prevista en el párrafo tercero del artículo 620.2º, esto es, el cumplimiento de la localización permanente en domicilio diferente y alejado del de la víctima, —tratándose de una relación con convivencia— obligaría a la mujer víctima a soportar la presencia del autor de los hechos en el domicilio propio;
- y, por otro lado, el recurso a la pena de multa en los supuestos de dependencia económica, afectaría doblemente al sujeto pasivo de los hechos⁶⁹; por un lado, al continuar conviviendo con su agresor y, por otro lado, al quedar afectado el sustento económico de la propia víctima.

Como destaca el Tribunal Constitucional y frente a aquellas voces que se alzan en contra de la presente normativa, lo cierto es que, a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva,

y *Criminología*, núm. 9, 2007, , p. 21, cuando manifiesta que del número 4 del artículo 153 no cabe deducir que dicha rebaja de la pena venga a suavizar la respuesta penal al fenómeno de la violencia doméstica.

69 Así lo recoge muy acertadamente, ACALE SÁNCHEZ, M, “Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2005, p. 24.

pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos en el presente precepto, ni se puede tildar de “exceso punitivo”, ni vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta.

3.5. Alternativas doctrinales para una interpretación del artículo 153 CP

Ante las distintas críticas puestas de manifiesto en el presente trabajo, y, asumiendo la necesidad de que la aplicación del artículo 153 CP se realice conforme a la finalidad perseguida por la LO 1/2004, esto es, erradicar la violencia de género, existen varias propuestas doctrinales encaminadas a concretar en la sanción de la violencia de género la ratio legis del precepto.

Según un importante sector doctrinal, una fórmula más acertada de garantizar esa mayor reprochabilidad por el hecho objetivo de la dominación, hubiera sido a través de la inclusión de una agravante genérica de “machismo” o de “obrar por motivos discriminatorios”⁷⁰ (prevista inicialmente durante los trabajos del Proyecto de Ley de Protección Integral, pero posteriormente rechazada en fase de enmiendas) lo que, como manifestación de la desigualdad estructural que sufren algunas mujeres en las relaciones de pareja, hubiese evitado los problemas que genera la discriminación positiva del Derecho Penal⁷¹. No parece, sin

70 Véanse, en este sentido, QUERAL JIMÉNEZ, J, “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 152; LAMARCA PÉREZ, C, “Las víctimas de violencia doméstica”, en *El marco legislativo español y las víctimas*, www.institutodevictimologia.com/Formacion20f.pdf, 2007, p. 9; NÚÑEZ FERNÁNDEZ/REQUEJO NAVEROS, “Lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Tutela penal y judicial frente a la violencia de género*, Madrid: Colex, 2006, p. 92.

71 COMAS D’ARGEMIR, M, “Ley Integral. Nuevas soluciones frente a la violencia de género”, *Iuris*, 87 2004, p. 66; MAGRO SERVET, V, “El auto

embargo, que de una medida de estas características pueda desprenderse una eficacia preventiva de tanta intensidad —capaz de inhibir a un mayor número de potenciales autores de la tentación de ejercer violencia sobre sus parejas— como la deducida, no sólo de la totalidad de la Ley Orgánica 1/2004, sino específicamente de las modificaciones introducidas en materia penal y, en concreto, en el artículo 153.1 CP.

Idéntica línea argumentativa siguieron algunos miembros del Consejo General del Poder Judicial que, en voto particular al Informe elaborado por dicho órgano al Anteproyecto de Ley Orgánica, interpretaban más adecuado, no tanto la inclusión de una agravante genérica, sino la manifestación expresa, en cada uno de los preceptos reformados, del especial propósito buscado por el autor, esto es, el favorecimiento de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder que marcan determinados vínculos de afectividad.

Entendido el mencionado propósito como el punto de inflexión en la reforma, este grupo de vocales interpretó que la descripción típica de cada uno de los preceptos, precedida por la intención o motivo que impulsa al autor a la comisión del hecho ilícito, se conformaba como una fórmula eficaz para superar las críticas vertidas en torno a la vuelta al Derecho Penal de autor⁷².

del Tribunal Constitucional 233/2004, de 7 de junio y la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal y la Ley 11/2003, de 29 de septiembre”, *La Ley*, 6088, 2004, p. 4; MENDOZA CALDERÓN, S., “Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 CP”, *Revista General de Derecho Penal*, 3, 2005, p. 37; QUERALT JIMÉNEZ, J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 1, 2006, p. 1429; del mismo, “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la violencia de género”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 2005, p. 169.

- 72 Véase así el VOTO PARTICULAR que formula el Excmo Sr. Vicepresidente del CGPJ, D. Fernando Salinas Molina y los Excmos. Srs. Vocales D. Luis Aguiar de Luque, Dña. Montserrat Comas D’argemir i Cendra, Dna. M. Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro y D. Felix Pantoja García al acuerdo de la comisión de Estudios e Informes de fecha de 21 de junio de 2004, pp. 35 y ss.

Al igual que sucedería respecto a la propuesta de inclusión de una agravante genérica, la presente recomendación tampoco fue atendida, si quiera, en fase de enmiendas por ninguno de los Grupos Parlamentarios. Aunque la referencia expresa de la filosofía inspiradora de la totalidad de la misma pudiera haber resultado eficaz para superar la problemática discriminatoria vertida sobre la Ley, lo cierto es que probablemente hubiera comportado más inconvenientes que ventajas, atendida la excesiva subjetividad que inunda a los preceptos que acogen como elementos sustantivos de los mismos el propósito o la finalidad perseguido por el autor de los hechos, como es el caso de la agravante del artículo 22.4 del Código Penal.

De hecho, la incorporación del elemento subjetivo condicionaría la protección de la mujer a que en cada acto de victimación el hombre actuara movido por la finalidad de mantener discriminada a la misma en el futuro, dejando fuera de su entorno una pluralidad de situaciones en las que por fuerza de la costumbre, muchos hombres vienen sometiendo a sus mujeres a actos de violencia de forma casi automática, esto es, sin plantearse nada más⁷³.

Desde esta perspectiva, consideramos adecuada la concreción manifiesta del específico elemento de la comisión de la violencia que representa una manifestación de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder sufridas por las mujeres y por otros colectivos, tal y como se contempla en la LO 1/2004. El problema reside en cómo objetivar dicho elemento en el contenido normativo del precepto, para evitar que un tipo penal sancionador de la violencia de género sobre las mujeres sea de aplicación sistemática, cuando la víctima sea una mujer (no se puede obviar, en este sentido, que no todas las conductas típicas dirigidas contra mujeres por parte de hombres son manifestación

73 ACALE SÁNCHEZ, M. “El artículo primero de la Lo 1/2004, de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 36.

de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres).

La presente problemática ya ha sido abordada en EEUU donde la criminalización de conductas motivadas por el género ha dado lugar a un interesante debate acerca de las dificultades probatorias de tal circunstancia. Desde esta perspectiva, la causa fundada en la circunstancia del género trata de abordarse desde un ámbito objetivo, valorándose la totalidad de circunstancias que rodean al supuesto de hecho: las características específicas que rodean a la relación que mantiene el autor con el sujeto pasivo; la existencia o no de insultos; episodios específicos de maltrato; perpetuación del estereotipo de mujer sumisa; existencia del control familiar por parte del autor de los hechos, etc⁷⁴.

Desde el punto de vista típico, dicha circunstancia no debe configurarse como un elemento subjetivo, puesto que no se debe corresponder con un determinado propósito o finalidad del autor material de los hechos. Con la comisión de un determinado tipo de violencia sobre la mujer, el sujeto activo no persigue la subordinación o discriminación de la víctima, más bien dichas circunstancias constituyen el motivo principal del hecho cometido, en el que la finalidad del autor parece aproximarse hacia la degradación y humillación de la víctima que se encuentra sometida a los dictados del mismo. Como se ha venido destacando, si bien la descripción de las conductas incursas en el artículo 153.1 las sitúa próximas a las prácticas contrarias a la integridad física, lo cierto es que la sustantividad del precepto exige un plus, esto es, algo más que la mera afeción a la integridad corporal de la víctima, como ya se ha reflejado en distintos ejemplos jurisprudenciales.

74 Así lo destacan varios autores, tras un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que se muestra muy restrictiva a la identificación de muchas conductas como delitos de violencia de género; véanse, BYRD, R., "Specific provisions of the Violence Against Women Act", *Journal of gender and law*, 2001-2002, p. 598; DALE, Ch, *Sexual harassment and violence against women: developments in Federal law*, New York: Novinka Books 2003, p. 49; SCHNEIDER, E, "Engaging with the state about domestic violence: continuing dilemmas and gender equality", *Journal of gender and law*, 1999-2000, p. 183, entre otros.

En este sentido, si bien consideramos muy acertada la propuesta de dotar a estos elementos de la sustantividad que les corresponde en el contenido normativo del artículo 153, su presencia en dicho precepto no debe representar subjetividad alguna, sino más bien la cualidad de circunstancia propia e inherente a la modalidad de violencia producida. De ahí, que a mayor desvalor de acción, también aumentará el desvalor de resultado y, consecuentemente, quedará suficientemente justificado el incremento punitivo previsto en el presente tipo penal.