

VIOLENCIA DOMÉSTICA. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

MARÍA POZA CISNEROS

La ponencia analiza la evolución de la respuesta penal a la violencia doméstica en España y las bases de la regulación actual, caracterizada por la distinción de distintos círculos de sujetos, por la diferenciación de pena por razón del sexo y relación conyugal o paraconyugal y por la coexistencia de delitos de hábito y de violencia física o moral ocasional. A partir de este análisis, se desarrollan las dudas que, desde el punto de vista de su constitucionalidad, ha planteado dicha regulación y la respuesta que el Tribunal Constitucional español ha ofrecido ante algunas de las dudas planteadas, negando la vulneración de derechos fundamentales que se entendían comprometidos, en especial, el derecho a la igualdad. Por último, se ofrece un avance de las más recientes interpretaciones jurisprudenciales en la materia que, en determinados aspectos, superan de manera más convincente, las dudas resueltas o pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Justicia.

Ante todo, quisiera comenzar por agradecer a los organizadores de estas interesantes Jornadas y, muy especialmente, a mis excelentes colegas y amigos, José F. Moreira das Neves y Pedro Albergaria, la oportunidad que me han ofrecido de compartir, desde mi peculiar perspectiva personal y profesional, algunas reflexiones relativas a la “experiencia” española en materia de violencia doméstica.

Y lo primero que quisiera poner de relieve es que, ciertamente, la española es “toda una experiencia”, con nulos precedentes y escasos seguidores en otros países¹, una experiencia que se ha vivido y se vive a diario, con opiniones encontradas, con polémicas continuas, en los tribunales, en la prensa y en el conjunto de la sociedad. Cuestión distinta, que dejo a su superior e

¹ Se cita, como falso precedente, la legislación sueca que, mencionada, en un Informe realizado por el Senado francés en 2005, como la única que, junto a la española, contemplaba una regulación especial de la violencia conyugal. Sin embargo, la ley sueca no establece diferencia penológica alguna por razón del sexo del autor. Con posterioridad, sólo se tiene noticia de la reforma introducida en la legislación brasileña, en la línea de la española y la tipificación agravada del feminicidio en Guatemala, el país centroamericano que alcanza un mayor índice de asesinatos femeninos, con 5.027 homicidios contabilizados desde el año 2000 hasta 2009, superando, incluso, a Ciudad Juárez con una cifra aproximada de 600 homicidios por año, 100 más que en la urbe mexicana. Debe reseñarse, sin embargo, que la Ley brasileña (Ley 11.340, de 7 de agosto de 2006, llamada “Ley Maria da Penha”), ni se limita a la violencia en el seno de la pareja, ni su sujeto activo es únicamente masculino.

ilustrado criterio, es determinar si se trata de una experiencia a imitar o a evitar.

La segunda precisión, como preámbulo de una exposición que pretendo sea, ante todo, descriptiva, se refiere a la necesidad de prestar especial atención a la violencia de género, en la particular acepción que de ella acoge la normativa española, que revela, en este punto, su verdadera singularidad. Se trata, al tiempo, del único aspecto en el que me permito la licencia de reconocirme en posición de ofrecer alguna aportación personal, en cuanto inicié el cuestionamiento constitucional de la nueva regulación penal en materia de violencia de género, mediante el planteamiento, en el verano del año 2005, de las dos primeras cuestiones de inconstitucionalidad que afectaban a la tipificación de los malos tratos y las amenazas leves, en términos tales que determinan una pena superior, en igualdad del resto de las circunstancias objetivas, para el sujeto activo varón, con víctima femenina, que para el sujeto activo mujer, con víctima masculina. Estas cuestiones, como las numerosas planteadas por otros Juzgados que se sucedieron, fueron resueltas, en sentido desestimatorio, por el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias² dictadas sobre cuestiones acumuladas, siendo la primera, la Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, relativa al art. 153.1 del Código Penal español, "a la que es fiel"³, como reconoce el propio Tribunal Constitucional, la Sentencia 45/2009, de 19 de febrero, que descartó que el art. 171.4 CP incurriera en vulneración de aquel precepto.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

1.1. Malos tratos

El insólito escenario de pendencia de cientos de cuestiones de inconstitucionalidad que precedió al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, no fue sino la respuesta plural y no concertada, al último episodio de un "frenesí" legislativo del que han participado todas las fuerzas políticas, en el poder o en la oposición, desde 1989. Desde esa fecha y hasta el año 2004, el legislador español, con independencia del color político predominante, desde una unanimidad que se ha mantenido, incluso, en la última reforma, se ha embarcado en una huída hacia adelante, para reprimir, con creciente severidad, la violencia

² Respecto de las coacciones leves, la STC 127/2009, de 26 de mayo, desestimó la cuestión planteada por el Juzgado de lo Penal n.º 2 de Albacete, en relación con el art. 172.2 del Código Penal, remitiéndose, a su vez, "a la doctrina sentada por la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta respecto del primer inciso del art. 153.1 CP, así como a la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la que, como recuerda la STC 127/2009, "la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, de amenazas leves entre los mismos sujetos y de nuevo con asignación de la misma pena".

³ STC 213/2009, de 29 de diciembre.

doméstica. En esa espiral represiva, principios como la proporcionalidad, la intervención mínima, la taxatividad de las normas penales, el non bis in idem o, últimamente, la igualdad o la culpabilidad de la persona, han sufrido tan serios embates que sólo los mayores, aunque no siempre mejores, esfuerzos dialécticos, han podido defender su subsistencia.

La evolución legislativa, siempre bajo el signo del endurecimiento de la respuesta punitiva, a través de la progresiva ampliación del círculo de sujetos pasivos y de las conductas punibles como delito, presenta tres grandes hitos o puntos de inflexión:

1. Incriminación sólo de la violencia habitual, aunque los actos aislados no fueran constitutivos de delito: junio 1989 e noviembre 2003.
2. Coexistencia de la violencia habitual con el maltrato o amenaza ocasionales, sin distinción de género: noviembre 2003 e junio de 2005.
3. Aparición de la distinción de género en la punición de estas conductas: a partir de junio de 2005.

La doctrina ha puesto de relieve los motivos, que no razones, de la rápida evolución de la penúltima a la última fase, consumada con tal premura que no fue posible evaluar el resultado de la reforma operada en el año 2003, ni, sobre todo, reflexionar seriamente acerca de las mejores soluciones ante la insuficiencias de la respuesta punitiva⁴.

El anterior Código Penal español, *Texto Refundido de 1973*, fue reformado en 1989 (Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, de actualización del Código Penal), para introducir, en su art. 425, la sanción de la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unida por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad. La Jurisprudencia⁵ estimó que los elementos vertebradores de aquel tipo eran los siguientes:

- a) que la acción supusiera el ejercicio de violencia física;
- b) que se ejerciera habitualmente, con lo que, a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producían de modo habitual, se estaría ante un delito,

⁴ MAQUEDA ABREU, M.^a L., "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?", InDret, Revista para el Análisis del Derecho www.indret.com, Barcelona, 2007: "Es opinión extendida que el rápido y radical abandono de la línea punitiva iniciada en 1999 se vio muy favorecida por un desafortunado informe del Consejo General del Poder Judicial, realizado en ese año que evaluaba negativamente — y con razón — la realidad existente sobre los malos tratos, pero que se acabaría publicando dos años más tarde, en 2001, creando la impresión de un nuevo fracaso legal, esta vez indemostrado, de la normativa que acababa de entrar en vigor. Sus propuestas de solución para corregir la deficiente persecución y enjuiciamiento de los delitos de violencia habitual no fueron mejores. Se limitaron a sugerir la oportunidad de orientar la represión hacia cualquier acto de maltrato, por aislado que fuera, en tanto que posible origen de la violencia grave y continuada que se pretendía prevenir".

⁵ Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1997.

con lo que quedaba establecida la diferencia con la falta del art. 582 del Código Penal de 1973;

- c) que la acción violenta podía obedecer a cualquier fin; y
- d) que tanto el sujeto activo como el pasivo fueran cónyuges o personas a las que se estuviese unido por análoga relación de afectividad.

El *Código Penal de 1995* vino a recoger, en su art. 153⁶, el delito de lesiones habituales del art. 425 del Código Penal de 1973. La redacción mejoraba y corregía determinados defectos y, en tal sentido:

- a) pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes;
- b) se introduce la exigencia de convivencia, aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja; y
- c) se mantiene la nota de que el sujeto activo debe tener con la víctima una especial relación, descrita en el tipo por ser cónyuge o estar ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, dato que constituye la razón del tipo.

La *Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio* (modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas, tanto en el Código Penal de 1995, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas son, por lo que se refiere al tipo del art. 153 del Código Penal de 1995:

- a) en relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, se amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente; ahora el tipo abarca situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla;
- b) se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física, con extensión también a la violencia psíquica;

⁶ La redacción original, citada erróneamente en algunas ediciones posteriores del texto legal, era la siguiente: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

- c) se da una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos; pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujetos pasivos, siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar, y finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

La reforma operada por LO 11/2003 modifica el precepto, cuyo contenido se traslada al actual art. 173.2, en el Título VII, como delito contra la integridad moral. El cambio de ubicación destacaba la presencia en el tipo de un bien jurídico protegido adicional y distinto al de la integridad física, como ya lo había hecho la Jurisprudencia y parte de la doctrina, aunque mencionando un difuso bien jurídico de “paz familiar” o similar, invocado, fundamentalmente, para soslayar las delicadas cuestiones que la redacción del precepto planteaba y plantea, en relación con el principio de non bis in idem.

La reforma, a su vez, ampliaba el ámbito subjetivo de aplicación del tipo de violencia habitual (art. 173.2 CP), al referirlo a parejas de hecho sin convivencia, con posibilidad de extenderlo a personas respecto de las cuales dicha relación ya se ha extinguido, a hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, a personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar o a personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a guarda o custodia en centros públicos o privados. Se incorporaba la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y una agravación idéntica a la prevista, también, en el actual art. 153.3 CP (comisión en presencia de menores, con armas, en el domicilio común o de la víctima o quebrantando una orden de alejamiento).

Pero esta misma reforma, que superaba la tutela reforzada frente a la violencia habitual conyugal o análoga, extendiéndola a la violencia familiar o doméstica, en sentido muy amplio, introducía, por primera vez, una sanción específica para la violencia ocasional, en ese mismo ámbito familiar y doméstico, que elevaba a la consideración de delito conductas que, en ausencia de las referidas relaciones entre agresor y víctima, serían constitutivas de simple falta. Ello significaba un decidido impulso represivo respecto de cuya eventual inconstitucionalidad, por posible vulneración del principio de proporcionalidad, se pronunció el Tribunal Constitucional, al inadmitir la cuestión planteada, por considerarla notoriamente infundada, en auto de 7-6-04.

Desde la entrada en vigor de la LO 11/2003, el art. 153 regula el maltrato no habitual u ocasional, definido, originariamente, en cuanto a la conducta típica, como:

- Menoscabo psíquico o lesión no definida como delito⁷ en el propio Código, causado por cualquier medio o procedimiento;

⁷ En Derecho español, sólo es delito la lesión dolosa que requiere tratamiento médico o quirúrgico distinto de la primera asistencia médica, bastando, por ejemplo, para calificar la con-

- Golpe o maltrato de obra que no cause lesión;
- Amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

Respecto de los sujetos activo y pasivo, la redacción del art. 153 introducida por LO 11/2003, exigía que el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173. 2, que regula hoy la violencia habitual, esto es:

- Cónyuge del agresor o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia;
- Ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad del agresor o del cónyuge o conviviente;
- Menor o incapaz que conviva con el agresor o que se halle sujeto a la potestad, tutela, curatela o acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente;
- Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de la convivencia familiar;
- Persona que por su vulnerabilidad se encuentre sometida a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En cuanto a la penalidad, el art. 153, siempre en la redacción anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2004, distinguía:

- un tipo básico, castigado con:
 - prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso;
 - privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años y, potestativamente;
 - inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de 6 meses a tres años, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor.
- un tipo agravado, para el que las penas anteriores se imponen en su mitad superior, referido al delito cometido:
 - en presencia de menores;
 - utilizando armas;
 - en el domicilio común o de la víctima;
 - quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

ducta como delito, la aplicación de un punto de sutura. Las restantes lesiones son constitutivas de simples faltas, infracciones penales de menor entidad, que no generan antecedentes penales.

Tras la reforma introducida por *LO 1/2004*⁸, la conducta típica se reduce, en consonancia con la ubicación del precepto en el Título III del Libro II, “De las lesiones”, eliminando el supuesto de amenazas, que se traslada al art. 171.5 CP, manteniendo el resto de las conductas de la redacción anterior.

Se incorpora, igualmente, un tipo paralelo de coacciones leves, sólo constitutivas de delito en este tipo de relaciones, (no en el resto de supuestos de violencia doméstica, a diferencia de lo que sucede en el caso de amenazas leves con armas), y determinadas agravaciones discrecionales para los tipos de lesiones básicas, cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Sin embargo, la estructura de los tipos varía, en cuanto, sin perjuicio de referir su ámbito de aplicación al círculo de ofendidos definido en el art. 173.2 CP, que no ha sido objeto de reforma, sin perjuicio, también, de mantener el tipo agravado preexistente, ahora incorporado al párrafo 3.º, en idénticos términos que la redacción anterior y sin perjuicio, finalmente, de reproducir exactamente las penas previstas para el tipo básico, se introduce, en el párrafo 1.º, un nuevo subtipo agravado para el círculo de personas que restringe, con la siguiente redacción literal:

“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 maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable (...)”

1.2. Amenazas

La evolución legislativa en materia de amenazas es sólo parcialmente coincidente con la que se ha expuesto en relación con los malos tratos. Al margen de las tipificaciones expresas en otros lugares del Código, por razón de la cualidad del sujeto pasivo (arts. 490.2, 498, 504, 505, 550, 551 y 555 CP) o activo (delitos de terrorismo: arts. 572.2 y 577 CP), la regulación de las amenazas se recoge en el Capítulo II, Título VI, Libro II del Código Penal (arts. 169 a 171), en cuanto a las constitutivas de delito y en el Título I, Libro III, art. 620, para las constitutivas de falta.

El tratamiento jurídico penal de las amenazas, hasta la reforma introdu-

⁸ La Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se aprobó, por unanimidad, en las Cortes, el día 28 de diciembre, festividad de los Santos Inocentes, día de bromas por antonomasia, el “April’s Fools Day” español. Publicada en el BOE del día siguiente, entró en vigor a los treinta días desde esa fecha, a excepción, precisamente, del Título IV, referido a la “Tutela penal” y el Título V, relativo a la “Tutela Judicial”, que entraron en vigor a los seis meses, esto es, el 29 de junio de 2005.

cida por LO 1/2004, respondía, básicamente, a los criterios de entidad del mal anunciado, según fuera o no constitutivo de delito y carácter condicional o no de la amenaza, distinguiendo entre:

- Amenazas graves (art. 169 CP), que conminan con un mal constitutivo de delito de los mencionados, con determinadas agravaciones para la amenaza condicional o general (art. 170.1 CP);
- Amenazas menos graves (art. 171 CP), que conminan con un mal no constitutivo de delito, con agravaciones por razón del carácter condicional de la amenaza y una regulación específica del chantaje;
- Amenazas leves, constitutivas de falta.

En el CPTR 1973, el art. 585 castigaba con arresto menor o multa a:

- “1.º Los que, de modo leve, amenazaren a otro con armas o las sacaren en riña, como no sea en justa defensa;
- 2.º Los que de palabra y en el calor de la ira amenazaren a otro con causarle un mal que constituya delito, y con sus actos posteriores demostraren que no persistieron en la idea que significaban con su amenaza;
- 3.º Los que de palabra amenazaren a otro con causarle algún mal que no constituya delito (...).”

Los hechos descritos, en el artículo parcialmente transcrito, sólo eran perseguibles mediante denuncia del ofendido.

Tras la aprobación del CP 1995, la amenaza constitutiva de falta, castigada con pena de multa, se refería a:

- “1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa y salvo que el hecho sea constitutivo de delito;
- 2.º Los que causen a otro una amenaza (...) de carácter leve.”

Se mantenía el requisito de perseguibilidad de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

A partir de la entrada en vigor de la LO 14/1999, la evolución de la regulación de las amenazas leves viene asociada a la nueva política criminal en materia de violencia doméstica, iniciada ya bajo el imperio del Código anterior. En efecto, como se ha indicado, el art. 425 del Código Penal Texto Refundido de 1973, ya comentado, no se refería a la violencia psíquica ni a las amenazas. El Código Penal de 1995 vino a recoger, en su art. 153, el delito de lesiones habituales del art. 425 del Código Penal de 1973, en los términos que se han expuesto. La Ley Orgánica 14/1999 apenas afecta el régimen de las amenazas, ya que sólo se retocaba la redacción del art. 620 CP, añadiendo, al texto original, un nuevo párrafo, según el cual: “Cuando el ofen-

dido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de 10 a 20 días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

En cambio, la reforma operada por LO 11/2003 modificó el art. 153, cuyo contenido se trasladó, como también se ha señalado, al actual art. 173.2, en el Título VII, como delito contra la integridad moral e introdujo, en el art. 153, dentro de la nueva figura de maltrato no habitual u ocasional, las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos, dentro del mismo círculo que define el delito de violencia habitual.

La reforma⁹ introducida por LO 15/2003 afectó, tan sólo, por lo que a la materia en estudio se refiere, al régimen de las amenazas leves establecido en el art. 620, sustituyendo la redacción anterior del último párrafo, por la siguiente:

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

Como también se ha indicado en el apartado anterior, tras la reforma introducida por LO 1/2004, la conducta típica descrita en el art. 153 se reduce, en consonancia con la ubicación del precepto en el Título III del Libro II, “De las lesiones”, eliminando el supuesto de amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos, que se traslada al art. 171.5 CP.

Sin embargo, nuevamente, la reforma, en sede de amenazas, supera este reajuste sistemático, objeto de una valoración generalmente positiva, y que no afecta al círculo de personas, ni a la penalidad prevista en la norma de origen, salvo la cláusula general, introducida también ahora en el art. 153 último

⁹ Esta reforma, además de adaptar las penas al nuevo sistema punitivo instaurado por la LO 15/2003, con la desaparición de la pena de arresto de fin de semana y la introducción de los trabajos comunitarios en Parte Especial, puso término a una clara antinomia detectada en el período intermedio, entre la entrada en vigor de la LO 11/2003 (1-10-2003) y la aplicación de la LO 15/2003, a partir del 1-10-04. En efecto, durante casi un año, convivían en el Código una norma, el art. 153, que consideraba delito de maltrato la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos a persona incluida en el círculo definido en el art. 173.2 CP, y otra, el párrafo final del art. 620, que preveía la agravación de la falta de amenazas leves, con o sin armas o instrumentos peligrosos, cuando el ofendido fuera una de las personas a que se refería el art. 153 que, en realidad, era el nuevo art. 173.2.

párrafo, de rebaja potestativa de la pena en un grado. En efecto, en el art. 171.4, el legislador introduce un tipo agravado, operando una doble limitación en relación con el ámbito personal definido por el art. 173.2, al que se refiere el art. 171.5, al circunscribirlo, de una parte, a la relación conyugal o análoga, actual o pasada, con convivencia o sin ella, y, de otra, dentro de ese círculo restringido, a los casos de sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer. Al tiempo, la conducta típica a que se refiere esta “agravación personal y sexualmente diferenciada”, se amplía a las amenazas leves, sin mencionar el uso de armas o instrumentos peligrosos. Los términos literales del precepto son los siguientes:

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

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

1.3. Coacciones

En una evolución todavía más acelerada, las coacciones leves ocasionales, en el ámbito sólo de la violencia de género de pareja heterosexual, con sujeto activo masculino, pasaron a ser delito con la reforma operada por LO 1/2004, al incorporarse al art 172.2 del Código Penal. Como se ha anticipado, a diferencia de lo que sucede con las amenazas, las coacciones leves, en otros casos de violencia doméstica, son simples faltas agravadas y no delitos.

1.4. Otras reformas

En la misma reforma del año 2004, al margen de otras diferencias menores en sede de alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad en materia de violencia de género, se introduce, como se ha indicado, una agravación, discrecional, en relación con las lesiones básicas constitutivas de delito, por razón, únicamente, de la relación y género respectivo de los sujetos y un subtipo agravado de quebrantamiento de condena o medida cautelar de alejamiento, en este caso respecto del círculo más amplio definido por el art. 173.2, en el que la imposición de la pena de alejamiento resulta, en la práctica totalidad de los delitos, imperativa.

No afecta la reforma, y eso debe ser destacado desde un principio, a los delitos más graves, como el homicidio, el asesinato, la violación o las lesio-

nes agravadas (deformidad, inutilidad, etc.). No afecta, tampoco, en la misma medida, a la violencia doméstica y a la de género y, dentro de la violencia de género, se circunscribe a la “violencia de género de pareja”. La autodenominada “Ley de Protección Integral” puede presumir de serlo desde la perspectiva de la respuesta, multidisciplinar, pero no desde su presupuesto, ya que parte de un concepto “desintegrado” y parcial de la violencia de género. Si es posible, con ciertas reservas, aceptar que se excluya la violencia de género ejercida por mujeres sobre hombres o mujeres o por hombres sobre otros hombres, resulta, sin duda, más difícil, compartir la razonabilidad de la limitación de la especial protección al ámbito de la pareja heterosexual con víctima femenina, excluyendo otras relaciones familiares o laborales. Las relaciones de dominación hombre/mujer se dan en otro tipo de relaciones y en otro tipo de conductas: entre desconocidos o simples conocidos o compañeros de trabajo (delitos contra la libertad sexual, como la violación, la agresión o el acoso sexual, delitos de discriminación en el trabajo), entre padres e hijas, hijos y madres, hermanos, etc.

La aparente ausencia de criterio en la selección de conductas a las que se aplica el concepto de violencia de género, en relación con el ámbito general definido por el art. 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004 podría constituir, en relación con los conflictos de la norma con derechos fundamentales como la igualdad, un índice de falta de razonabilidad o arbitrariedad, extensible a la agravación sólo de la violencia conyugal o análoga, aunque no se acompañase de la discriminación por sexo. La desproporción se revela como singularmente acusada al advertir que, en sede de violencia habitual, no se ha procedido a esa distinción interna de grupos de sujetos, equiparándose la ejercida sobre cónyuges o compañeros, a los restantes casos de violencia doméstica habitual, con la única diferencia de no exigir convivencia respecto del primer grupo de sujetos. Y ello es así, precisamente, en relación con un delito, como el tipificado en el art. 173.2 (violencia habitual), cuya ubicación sistemática destaca la presencia de un bien jurídico adicional, como la integridad moral, difuminado, por razón de la dispersión de los tipos (lesiones, amenazas, coacciones), en los que se produce esa selección agravada, en función de la relación conyugal o análoga de los sujetos. ¿Cuál es la lógica interna de castigar más al autor varón, en idéntica relación, en el maltrato ocasional, la coacción o la amenaza leve y no hacerlo en la violencia habitual?

En este sentido, merece la pena reflexionar sobre cómo autoras como MAQUEDA ABREU han revisado su juicio respecto de esta política criminal, precisamente desde un impecable planteamiento feminista crítico, en la medida en que “esa tutela reforzada no se ha dirigido hacia los casos más graves de violencia continuada donde la posición de desventaja y sometimiento de la mujer parece evidente”¹⁰, en que se ha incidido en la respuesta represiva, en que

¹⁰ La cita completa de las reflexiones a que se hace referencia es la siguiente: “Lo que al principio parecía una fórmula convincente para encontrar explicación al intento “sobrepotección”

se ha ignorado a muchas mujeres, fuera de las relaciones a que se refiere, en la medida, por fin, en que el afán hiperprotector acaba ignorando la autonomía de la mujer¹¹.

2. LA REGULACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

Como resultado de las sucesivas reformas que se han expuesto en el apartado anterior, la regulación de la materia que nos ocupa, responde, esquemáticamente, a las siguientes notas definitorias:

- Aspectos sustantivos:
 - Distinción de diversos círculos de sujetos, con coincidencias parciales y niveles de protección diferenciada;
 - Coexistencia de un delito de hábito, con tipos de violencia ocasional con agravación específica y tipos genéricos, más graves, a los que únicamente se aplica la circunstancia mixta, genérica, de parentesco;
 - Diferenciación por género de los sujetos en tipos de violencia relacional íntima ocasional.
- Aspectos orgánicos: Creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y de secciones especializadas de las Audiencias Provinciales y, eventualmente, de Juzgados de lo Penal también especializados en materia de violencia sobre la mujer;

de la nueva ley hacia las mujeres, hoy plantea dudas razonables. ¿Por qué esa tutela reforzada no se ha dirigido hacia los casos más graves de violencia continuada donde la posición de desventaja y sometimiento de la mujer parece evidente?, ¿por qué una “ley de género” no se ocupa de las “otras mujeres” del contexto familiar?, ¿por qué presumir que todas las mujeres carecen de recursos distintos del derecho penal, jurídicos o no, para hacer frente a un acto de violencia episódico?, ¿es que hay que creerse, de verdad, esa infundada predicción del Consejo General del Poder Judicial de que cualquier amenaza leve o maltrato leve marca el origen de una vida de pareja con violencia? Y, si así fuere, ¿por qué presumir de cualquier mujer la vulnerabilidad y no la autonomía para decidir conforme a sus intereses, aún bajo esas circunstancias?, ¿por qué ese empeño de la ley por infantilizar a la mujer sometiéndola a restricciones más propias de menores e incapaces?...”, MAQUEDA ABREU, M.^a L., “¿Es la estrategia penal una solución...”, *op. cit.*

¹¹ “Resulta, por lo demás, verdaderamente significativo ese afán por ignorar los recursos con que cualquier mujer cuenta para resolver un conflicto puntual, aunque sea violento, en su relación de pareja. La vía penal no puede ser más que uno de ellos — nunca impuesto — y debiera ser una respuesta proporcional a la gravedad de la ofensa, sin incluir ningún plus de protección específico por el hecho de ser mujer. No creo, pues, que fueran acertadas las razones de eficacia que el Tribunal Constitucional español utilizó en su día para justificar la conversión de las faltas de malos tratos y lesiones leves en delito. El aparato penal no es el llamado a modificar las percepciones sociales acerca de la gravedad de los problemas. Tampoco, desde luego, los que afectan a la mujer. Bajo el pretexto de una seguridad que se resiste a hacerse precisa en casos de violencia ocasional, acaba imponiéndose, desde el Estado, un fuerte control sobre sus decisiones”, MAQUEDA ABREU, *op. cit.*

- Aspectos procesales: Previsión de medidas cautelares específicas, como las órdenes de protección, con posible contenido civil, además del penal característico (prohibición de aproximación, de comunicación, de tenencia y porte de armas, etc.) que puede imponerse de oficio; creación de registros especiales de violencia doméstica, etc.

2.1. Distinción de “círculos de sujetos”

2.1.1. Víctimas de violencia doméstica

El círculo de protección más amplio responde al concepto de violencia doméstica en sentido lato, exige, en todos los grupos, a excepción del primero, según criterio mayoritario avalado finalmente por el Tribunal Supremo¹², el requisito de convivencia y comprende los siguiente sujetos:

1. Cónyuge o excónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
2. 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.
3. Persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar.
4. Personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

2.1.2. Víctimas de violencia de género en la Ley de Protección Integral

El segundo círculo, que se podría denominar “violencia de género de pareja o expareja”, o “violencia relacional íntima”, sólo es objeto de trata-

¹² La STS 201/2007, de 16 de marzo, ha zanjado una cuestión que enfrentaba a las Audiencias Provinciales españolas, entendiendo que el requisito de la convivencia sólo es irrelevante en el caso de cónyuges o relaciones análogas. Se justifica esta opción, que destaca la diferencia de este subcírculo respecto del grupo más amplio de sujetos, por el “dato estadístico, que además guarda estrecha relación con las profundas implicaciones psico-afectivas que generalmente conlleva tal clase de vínculos sentimentales, que determinan, además, un plus de exposición de la mujer en el caso de ruptura”; por motivos “de orden político-criminal, (...) carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas” y por “la evolución del tratamiento legislativo de este asunto: la redacción inicial del art. 153 del Cpenal exigía convivencia en todos los casos; la reforma de la LO 14/1999 mantenía la misma exigencia; y fue la LO 11/2003, a la que se debe la formulación actual del precepto, la que en los supuestos considerados eliminó la necesidad de convivencia, en casos como los de (2) que, justamente, no son de los que, en rigor, se consideran de “violencia de género””.

miento diferenciado a partir de la LO 1/2004. En este momento, además, se introduce una distinción respecto del concepto de violencia de género en la Ley de Protección Integral, que delimita también la competencia, mixta, civil y penal, de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Se trata de un hecho sin precedentes, pues, por primera vez en nuestra tradición jurídica, la competencia de un órgano judicial se determina por razón de la personas, dando lugar a lo que algún autor ha denominado “competencia subjetiva”¹³.

En efecto, la LO 1/2004, parte de una definición, en su art. 1.1, de la violencia de género, como “la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”. En el párrafo tercero del mismo artículo 1 que define el objeto de la ley, se añade que la violencia de género a que se refiere “comprende todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. Se trata, pues, de un concepto restringido de violencia de género, circunscrito a las relaciones heterosexuales de pareja, actuales o pretéritas, con o sin convivencia.

Partiendo de ese objeto y de esa definición legal, se delimita la competencia de los distintos órganos judiciales con competencia, exclusiva o no, en la materia, tanto en su vertiente civil como penal. De este modo, los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer, en el orden civil, de los siguientes asuntos, siempre que exista en ellos alguna conexión con la violencia de género¹⁴:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad;
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio;

¹³ SÁNCHEZ MELGAR, J., “La competencia objetiva, subjetiva y territorial de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en *Sepin Revista Práctica Penal* n.º 16, págs. 23 a 50.

¹⁴ De este modo, la conexión determinará la competencia exclusiva y excluyente en el orden civil de estos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas (filiación, etc). b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, definidos como aquéllos tipificados como homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa 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 de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no cons-

- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales;
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar;
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores;
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción;
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Por otra parte, estos Juzgados serán competentes en las siguientes materias penales:

- a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa 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 de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género;
- b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior;
- c) Del enjuiciamiento en conformidad de los delitos de su competencia que se tramiten a través de las normas del Procedimiento de Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos;
- d) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardiã;
- e) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

Si desde el punto de vista orgánico la reforma determinó la creación de nuevos órganos judiciales o la especialización de los ya existentes, no suce-

tituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

dió lo mismo en el aspecto procesal, ya que, salvo determinadas especialidades, sobre todo en sede de medidas cautelares¹⁵ (prisión preventiva, prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación y órdenes de protección), los procedimientos, civiles y penales, son los mismos en estos casos de violencia de género.

Finalmente, las reformas introducidas por la LO 1/2004 no se agotan en la materia orgánica, penal sustantiva o procesal, ya que “intenta abordar el problema con un diagnóstico de las diversas causas y con respuestas legales multidisciplinarias”.¹⁶ De este modo, la Ley contempla medidas de sensibilización, prevención y detección, como un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género, la modificación de las leyes en materia educativa, para incorporar objetivos de formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, igualdad entre hombres y mujeres, etc.; la consideración como ilícita de la publicidad que utilice la imagen de la mujer como carácter vejatorio o discriminatorio; la autorregulación de los medios de comunicación o la sensibilización y formación del personal sanitario para la detección y diagnóstico precoz de este tipo de violencia. Igualmente, se refuerzan derechos de las mujeres víctimas de violencia de género en materia de información a la asistencia social integral y asistencia jurídica gratuita, reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica laboral, prestaciones y bonificaciones en las prestaciones de la Seguridad Social, protección en caso de desempleo, acceso a viviendas protegidas, etc. Desde el punto de vista institucional, se crean organismos como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer o el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

2.1.3. Víctimas de violencia de género en el Código Penal

Como “un capítulo más” de esta protección integral, la LO 1/2004 introduce determinadas reformas del Código Penal. El legislador, sin embargo, al abordar la reforma del Código Penal, por la misma Ley de Protección Integral, optó, con carácter general, por omitir la incorporación expresa del concepto de “violencia de género” a la norma penal. En efecto, a diferencia de lo que sucede con determinadas menciones aisladas en sede de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad¹⁷, los distintos tipos penales en los

¹⁵ Sobre estas medidas, vid. “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley integral. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento”, GARCÍA ORTIZ, L., en “La violencia de género: Ley de protección integral...”, *op. cit.*

¹⁶ MONTALBÁN HUERTAS, I., “La Ley integral contra la violencia de género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial”, en “La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

¹⁷ Arts. 83, relativo a condiciones adicionales que, con carácter imperativo, han de imponerse en la suspensión de penas por delitos relacionados con la violencia de género (prohibición de

que se ha introducido una agravación por razón de sexo/relación conyugal o paraconyugal, se limitan a describir la correspondiente conducta típica en relación con un subcírculo de sujetos, dentro del más amplio, ya definido, de violencia doméstica. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la violencia doméstica, se opera, como reiteradamente se ha indicado, una doble limitación, respecto del sujeto activo, que, pese a la aparente neutralidad de la formulación legal (“el que...”), ha de ser varón y respecto del sujeto pasivo que, sin duda, ha de ser mujer: “esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

La definición de este círculo concéntrico dentro del más amplio definido en el art. 173.2, que significaría, hasta cierto punto, un retorno a los orígenes normativos de la regulación específica de la violencia doméstica, introduce una segunda limitación, al predeterminar el sexo, diferenciado, masculino del sujeto activo y femenino de la víctima. Aunque el Tribunal Constitucional, al resolver las distintas cuestiones, parte de esta interpretación como razonable, sin excluir categóricamente la hipótesis de aplicación a sujetos activo y pasivo femeninos¹⁸ (no a las relaciones homosexuales masculinas ni, desde luego, a las heterosexuales con sujeto activo mujer), es prácticamente unánime la limitación de la tipicidad a los casos de sujeto activo masculino y pasivo femenino, en relación conyugal o análoga, actual o pretérita, con convivencia o sin ella¹⁹.

acudir a determinados lugares, de aproximarse a la víctima, o a aquellos familiares u otras personas que se determinen, o de comunicarse con ellos y participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares) y 88, que limita la sustitución de penas de prisión impuestas por delitos relacionados con la violencia de género, al excluir la posible sustitución por multa e imponer prohibiciones adicionales de aproximación y de sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

¹⁸ El Tribunal, aventurándose esta vez por veredas poco transitadas, anticipa que se trata, en cuanto al sujeto activo, de una interpretación entre otras posibles. Se apunta como tan razonable sino más, la interpretación que admite la autoría femenina, con víctima también femenina. No se entiende bien, si de lo que se trata es de sancionar conductas que se inscriben en arraigadas pautas culturales de sumisión de la mujer en las relaciones de pareja, qué autoriza a negar la reproducción de esas pautas, incluso, en relaciones homosexuales masculinas, afrontando, de esta manera, los riesgos de una futura impugnación derivada de su imprevisión legal.

¹⁹ Respecto del sujeto activo del delito, en principio, la expresión inicial de estos preceptos (“el que” de modo leve amenace o por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra, etc.), pudiera sugerir que se trata de un delito con sujeto activo indiferenciado y, en particular, indiferenciado en cuanto a su sexo. Sin embargo, si ello es así en relación con el sujeto pasivo a que se refiere el segundo párrafo, esto es, la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, no puede afirmarse lo mismo respecto del primer inciso, por cuanto tal expresión, en principio neutra, va acompañada, en ese inciso, de una referencia a “quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad”, que deja poco margen para una interpretación, sostenida por algunos autores, que admita la autoría femenina respecto de este inciso que, se insiste, es en todo claro el sexo necesariamente femenino del sujeto pasivo. Se trataría, por lo demás, pese a las insinuaciones del Tribunal Constitucional, de una interpretación notoriamente absurda, que excluiría las relaciones matrimoniales o análogas homosexuales masculinas, y admitiría la tipicidad en el seno de esas mismas relaciones femeninas. Esa interpretación pugnaría,

En definitiva, las notas definitorias de este círculo, conectado a determinadas agravaciones adicionales, son el sexo de los sujetos del delito y la relación conyugal o análoga entre ellos. No lo es, a diferencia de lo que sucede en el caso de la violencia doméstica en general, ni de las víctimas especialmente vulnerables, la convivencia de los sujetos, lo que significa un alejamiento de los fines de preservación de la paz familiar como bien jurídico protegido, tal como se concebía, al menos en su origen, para justificar la protección específica que otorgaba el tipo de violencia habitual, y responder, al tiempo, a las inquietudes de constitucionalidad que planteaba la norma concursal que incorpora.

Por el contrario, la eliminación del requisito de convivencia y la limitación del sexo diferenciado y necesariamente masculino del autor, apuntaban, más bien, en una dirección distinta, indicada en la propia norma de origen, que permitiría identificar, como bien jurídico adicional a la integridad física o moral o la libertad de las personas, la proscripción de conductas discriminatorias, expresadas en forma de malos tratos, lesiones leves o menos graves, amenazas o coacciones leves, en un ámbito muy concreto, el de las relaciones de pareja heterosexuales, por parte del hombre sobre la mujer. De este modo, se desplaza el ámbito de protección, desde el bien jurídico de la paz familiar o similar, hacia el bien jurídico de igualdad frente a toda discriminación, sin marginar otras posibilidades, sugeridas por la previsión paralela de agravación, para el caso de víctimas especialmente vulnerables. El Tribunal

además, con el espíritu de la norma de origen, la cual, sin reserva alguna, define la violencia de género, en su art. 1, como aquella que “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Norma de origen que, por cierto, revela, en diversos preceptos, una notable inquietud por la corrección político-lingüística, incompatible con una interpretación tan audaz, en relación con la posible autoría femenina del delito en cuestión, siempre, se reitera, y en esto no hay atisbo de duda, sobre sujeto pasivo femenino. Como ejemplo de esa “precisión” del lenguaje de la norma, pueden citarse las referencias a “hijos e hijas” de los arts. 7 c) y 44.2 e) y de la Disposición Adicional 19.^a La interpretación restrictiva de la norma viene avalada por el criterio de la Fiscalía General del Estado, al señalar la Circular 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que “la dicción literal del art. 1 LO 1/2004 implica que las parejas de un mismo sexo han quedado excluidas de su ámbito de especial protección”, aunque sí será de aplicación “a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer”. Para la Fiscalía, los términos contrapuestos utilizados por el legislador en la descripción del ámbito subjetivo determinan que “sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aun sin convivencia”. Respecto del elemento “relacional” que ha de existir entre los sujetos, no añade nada significativo a la distinción por sexo que impone la norma, pues la relación de afectividad análoga a la conyugal era y es concebible respecto de sujetos heterosexuales u homosexuales y, desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, también lo es la relación matrimonial entre personas del mismo sexo. En este caso, por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Código Civil ha optado por emplear el término neutro de “cónyuges” y no parece que, con independencia de la posible pervivencia de roles diferenciados en la pareja homosexual, sea posible referirse, en sentido técnico jurídico, a ninguno de sus componentes, como “esposo y esposa” o “marido y mujer”.

Constitucional, en su momento, sin embargo, marginaría estas consideraciones, en cuanto la finalidad antidiscriminatoria es sistemáticamente soslayada, acaso para evitar las eventuales exigencias de un control reforzado o eludir las interpretaciones subjetivas de normas como la agravante genérica de motivos discriminatorios.

2.1.4. Víctimas especialmente vulnerables que convivan con el autor

Paralelamente, la reforma de 2004 ha introducido, en cada caso en que se ha referido al anterior subcódigo de sujetos, una previsión que constituye un nuevo subcódigo, objeto de idéntica protección, relativo a “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

La inclusión, en el mismo número, aunque en distinto párrafo, con idéntica pena agravada, de una referencia a la víctima especialmente vulnerable sugería, igualmente, un fundamento de agravación distinto para los casos de violencia de género en la pareja, con sujetos diferenciados, relacionado con el abuso de superioridad presunto, en esas relaciones de pareja heterosexual, en el hombre/maltratador/amenazador/coaccionante o, alternativa o cumulativamente, con una situación de vulnerabilidad, también presunta, en esas relaciones, en la mujer/víctima maltratada, amenazada o coaccionada. En realidad, el inciso que equipara la penalidad en los casos de sujeto activo varón y pasivo mujer en relación conyugal o análoga y en los de víctima especialmente vulnerable, con convivencia, en la génesis de la norma, respondió, ante todo, a un intento de prevenir o acallar las reticencias que la redacción suscitaba desde el punto de vista de su constitucionalidad²⁰.

2.2. Conductas típicas

2.2.1. Violencia habitual

El art. 173.2 del Código Penal, último eslabón de la sucesión de preceptos que, como hemos visto, desde 1989, regulan la violencia doméstica bajo el signo de la habitualidad, sanciona al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre los sujetos que integran el círculo más amplio, en los términos que se han indicado en el apartado anterior.

No se distingue y agrava el subcódigo de violencia en la pareja, no hay,

²⁰ Para MONTALBÁN HUERTAS, I., en “La Ley Integral contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo...” *op. cit.*, página 48, “la finalidad era dar cabida a los hijos e hijas menores de edad, a las personas mayores que padecen alguna discapacidad y a todas aquellas en quienes el juzgador aprecie circunstancia especial vulnerabilidad, como podrían ser los ancianos o personas discapacitadas”. Reconoce, a un tiempo, con cita del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, como finalidad adicional confesa y acaso última, el intento de despejar dudas sobre la constitucionalidad de la reforma.

tampoco, distinción de género. Sin embargo, sólo en los casos de cónyuges, excónyuges o personas que estén o hayan estado ligadas por análoga relación de afectividad, es irrelevante la convivencia.

La ley incorpora, como criterios para apreciar la habitualidad, el número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos. Resulta, no obstante, indiferente que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el círculo más amplio. La habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece caracterizada por la concurrencia de los elementos citados, que han de ser objeto de una interpretación judicial individualizada²¹. El requisito de habitualidad, viene definido, más que por el número de infracciones, aunque suele exigirse que superen el de tres²², por la creación de un marco de relaciones caracterizado por la violencia sistemática o permanente, generador de un clima de temor y desasosiego absolutamente contrario a la dignidad de la persona en su dimensión familiar, exteriorizado a través de una pluralidad de actos en cierta conexión de proximidad temporal²³. La conducta que se sanciona es distinta de las concretas agresiones cometidas contra esas personas, lo que se corresponde con el inciso final del precepto, que establece la pena para la violencia habitual sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento²⁴.

El aspecto más polémico del precepto afecta, sin embargo, a la irrelevancia del previo enjuiciamiento de los actos violentos y a la sanción separada de los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Éstos actos han de acreditarse en el proceso por el delito de violencia habitual, como se infiere del último apartado del mismo, que habla de actos de violencia “que resulten acreditados” y de que “con independencia de que los actos violentos” hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Es decir, cuando no se ha interpuesto denuncia por los episodios individualizados de violencia, todos los hechos — tanto los

²¹ STS de 24 de junio de 2000.

²² STS de 7 de septiembre de 2000. La STS de 14 de febrero de 2007 se desmarca, no obstante, de esta tendencia, inspirada en el concepto legal de habitualidad incorporado al artículo 94 del Código Penal, que se entiende aplicable exclusivamente a la sustitución de las penas privativas de libertad.

²³ STS de 22 de enero de 2002.

²⁴ STS de 14 de febrero de 2007

constitutivos de falta como los que en su caso pudieran dar lugar a un delito de lesiones — podrán ser valorados para conformar la tipicidad del art. 173 CP, originando un concurso de delitos que arrastrará, en su caso, las correspondientes sanciones por esas faltas o delitos. Se exceptúa el supuesto de que las faltas pudiesen estar prescritas. En estos casos, en principio, no sería imponible una sanción por la falta, pero nada impide valorar esas agresiones a los efectos del art. 173²⁵. Por ello, como señala la sentencia citada en primer lugar, sería permisible, en el nuevo proceso por el delito de violencia habitual, discrepar de la valoración de la prueba hecha en las sentencias anteriores y considerar, a los únicos efectos de integrar la noción de habitualidad, que esas conductas de violencia — ya enjuiciados desde la perspectiva individual —, existieron. Lo que no cabría es condenar por esas previas faltas por impedirlo la cosa juzgada. En el ámbito jurisdiccional penal, la cosa juzgada carece de eficacia prejudicial o positiva, es decir, lo afirmado o declarado probado en una sentencia firme no vincula en otros procesos posteriores. La absolución por un delito o falta de lesiones o malos tratos no implica necesariamente la absolución por el delito de violencia habitual, en el que se enjuicia no cada acto aislado, sino la situación creada. La cosa juzgada penal sólo cumple la función negativa o excluyente y no la positiva o prejudicial. La sentencia absolutoria cuyo objeto fuese un concreto acto aislado de maltrato — especialmente si en ella no afirma paladinamente la inexistencia del hecho — impediría un nuevo enjuiciamiento de esos hechos, pero no su valoración a los fines de considerar que ha existido habitualidad en un proceso abierto posteriormente por el delito del art. 153 CP, hoy 173.2.

Pudiera objetarse si, con este entendimiento, se está no sólo negando la eficacia positiva de la cosa juzgada, sino violando su mismo efecto negativo, por estarse juzgando, de nuevo, los mismos hechos, dado que, como es sabido, el cambio de calificación no permite su nuevo enjuiciamiento, pero hay que entender que, en la medida en que la perspectiva es distinta, no puede hablarse de los mismos hechos: se está contemplando una situación permanente y no episodios aislados. La anterior doctrina jurisprudencial, no obstante, tal como advierte el voto particular elaborado por el Excmo. Sr. D. Roberto García-Calvo, en relación con la STC 188/2005, de 7 de julio,

²⁵ STS de 10 de octubre de 2005. En relación con la prescripción, las SSTS. de 24 de junio y de 16 de abril de 2000, indicaban, respecto de la redacción precedente, que los hechos constitutivos de posibles faltas no prescriben a los efectos del presente delito y pueden ser valorados e integrados en la habitualidad, de forma que la prescripción comienza a correr a partir del último de los episodios violentos considerados, y la sentencia de 18 de abril de 2002, precisa que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y, por ello, ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido ya enjuiciados y autónomamente como faltas las agresiones o que por falta de denuncia y el tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

podiera entrar en conflicto con las más recientes interpretaciones del principio “non bis in idem” recogidas en la referida sentencia, hasta el punto de plantear serias dudas acerca de la constitucionalidad del último inciso del art. 173.2 CP.

En efecto, el Pleno del TC, en la citada sentencia, declaró la inconstitucionalidad de un precepto que tipificaba como falta muy grave “el haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año”, concluyendo que existía una identidad de hechos realizados por el mismo sujeto ya sancionados previamente, situación perfectamente plausible en aplicación del art. 173.2 CP, en cuanto este precepto tampoco “requiere un nuevo comportamiento ilícito de uno de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación”. En particular, al destacar las diferencias respecto del pronunciamiento relativo a la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, indicando expresamente que no conculca el principio *non bis in idem* (STC 150/1991, de 4 de julio), se indicaba que, en la aplicación de la agravante, no se trata de un supuesto de identidad de hechos, sino que los hechos anteriores han sido castigados con su correspondiente sanción administrativa o pena, según los casos, y el hecho ilícito posterior ha sido castigado de una manera más severa por la aplicación de la agravante de reincidencia. En este punto, el Tribunal Constitucional introducía unas consideraciones cuya posible incidencia en el art. 173.2 CP no precisa de mayores comentarios, al afirmar que “la admisibilidad constitucional de la agravante de reincidencia entendida en los términos señalados no alcanza, sin embargo, a supuestos donde no nos encontramos propiamente ante la agravante aplicada a un hecho ilícito o a su castigo, para hacerlo más severo, sino donde, por el contrario, y como sucede en el tipo ahora cuestionado, el legislador ha creado un tipo, administrativo o penal, autónomo, prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio *non bis in idem*”. En el caso que se planteaba había, incluso, un cuarto hecho, sumado a los tres ya sancionados, pero ello no impedía la afirmación de identidad de hechos por cuanto “la imposición de la cuarta sanción (por falta disciplinaria muy grave) no es —como tampoco lo fue en el recurso de amparo enjuiciado en la STC 270/1994— consecuencia de la comisión de unos nuevos hechos — en el asunto enjuiciado, los cuartos — constitutivos de un ilícito disciplinario, sino que sirve para volver a castigar unos hechos ya castigados con anterioridad, mediante la imposición de las correspondientes sanciones disciplinarias — en el caso presente, tres sanciones por faltas disciplinarias graves —, siguiendo los oportunos procedimientos administrativos. Hay, por tanto, una identidad de hechos, entre los que son objeto de castigo como constitutivos de infracción disciplinaria muy grave y los ya castigados previamente en tanto que constitutivos de tres faltas disciplinarias graves”.

Sin embargo la doble identidad de sujeto y de hechos apreciada en el art. 173.2, no supone, por sí sola, la vulneración del principio *non bis in idem*, ya que, en relaciones de sujeción o de supremacía especial, el Tribunal Constitucional ha permitido el doble castigo de un mismo sujeto por la realización de unos mismos hechos. Ahora bien, para ello se ha exigido que la doble sanción tuviese un fundamento diferente, esto es, que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta “simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio *ne bis in idem* no tendría más alcance que el que el legislador quisiera darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquél que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado” (FJ 2).

En consecuencia, la delimitación de los bienes jurídicos respectivamente protegidos, en relación con los hechos sancionados por separado y por el delito de hábito, resultará decisiva desde una perspectiva constitucional y no pueden ignorarse las dificultades que la extensión del bien jurídico tradicionalmente vinculado con el delito de violencia habitual, esto es, la paz familiar, presenta, a partir de las últimas reformas que prescinden del elemento de convivencia y que penalizan en mayor medida determinados actos individuales por razón de idénticas relaciones a las que contempla el art. 173.2, como sucede, de manera paradigmática, con el art. 153, que remite expresamente al art. 173.2. En este sentido, el Tribunal Constitucional no ha resuelto, hasta el momento, la cuestión de constitucionalidad que planteé, por auto de 15 de febrero de 2008 y que fue admitida a trámite por providencia de 27 de enero de 2009, en relación con el art. 173.2 del Código Penal, por posible vulneración del principio de *non bis in idem*, al hilo de la advertencia específica incorporada al voto particular formulado por el Magistrado, hoy fallecido, Roberto García-Calvo y Montiel, a la STC 188/2005, de 7 de julio.

2.2.2. Violencia ocasional

Además del maltrato habitual, el Código Penal español regula distintas figuras de violencia ocasional:

- Maltrato: “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 maltratar de obra a otro sin causarle lesión” (artículo 153):

A. Superagravación:

— Sujetos (artículo 153.1 incisos primero y segundo):

- Subcírculos de pareja o expareja con distinción de sexo, aun sin convivencia o;
- víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor.

— Penas:

- prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días;
- privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día tres años;
- alejamiento imperativo de la víctima; y
- posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

B. Agravación:

- Sujetos: Círculo amplio de violencia doméstica, excluido el “subcírculo de pareja” con sujeto activo masculino y sujeto pasivo femenino: artículo 153.2. Fuera de estos círculos, las conductas correspondientes serían constitutivas de simple falta;
- Penas idénticas al apartado A, salvo en lo relativo a la pena de prisión, cuyo mínimo es de tres meses. La diferencia, pues, por razón del sexo y relación de sujeto activo y pasivo es, fundamentalmente, este tramo de tres meses de pena.

C. Agravaciones comunes a A y B:

- Presencia de menores;
- Uso de armas;
- Comisión en domicilio común o de la víctima;
- Quebrantamiento de una pena, medida cautelar o de seguridad de alejamiento.

D. Atenuación común a A, B y C: En atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, que autorizan la imposición de la pena inferior en grado.

— Amenazas leves:

A. Superagravación:

- Conducta típica: Cualquier tipo de amenaza leve;
- Sujetos (artículo 171.4 incisos primero y segundo):
 - Subcírculos de pareja o expareja con distinción de sexo, aun sin convivencia o;
 - víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor.

— Penas:

- prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días;
- privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día tres años;
- alejamiento imperativo de la víctima; y
- posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

B. Agravación:

- Conducta típica: amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos;
- Sujetos: Círculo amplio de violencia doméstica, excluido el “subcírculo de pareja” con sujeto activo masculino y sujeto pasivo femenino: artículo 171.5. Fuera de estos círculos, las conductas correspondientes serían constitutivas de simple falta;
- Penas idénticas al apartado A, salvo en lo relativo a la pena de prisión, cuyo mínimo es de tres meses. La diferencia, pues, por razón del sexo y relación de sujeto activo y pasivo es, en este caso, mucho mayor, pues, al margen del tramo de tres a seis meses si la amenaza implica uso de armas, si no es así, la misma conducta, la amenaza leve con sujeto activo femenino, sería constitutiva de falta.

C. Agravaciones comunes a A y B:

- Presencia de menores;
- Uso de armas;
- Comisión en domicilio común o de la víctima;
- Quebrantamiento de una pena, medida cautelar o de seguridad de alejamiento.

D. Atenuación común a A, B y C: en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, que autorizan la imposición de la pena inferior en grado.

— Coacciones leves:

A. Superagravación:

— Sujetos (artículo 172.2 incisos primero y segundo):

— Subcírculos de pareja o expareja con distinción de sexo, aun sin convivencia o;

— víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor.

— Penas:

— prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días;

— privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día tres años;

— alejamiento imperativo de la víctima; y

— posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

B. Agravaciones:

— Presencia de menores;

— Uso de armas;

— Comisión en domicilio común o de la víctima;

— Quebrantamiento de una pena, medida cautelar o de seguridad de alejamiento.

C. Atenuación común a A y B: en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, que autorizan la imposición de la pena inferior en grado;

D. En cualquier otro caso, incluso los relativos al círculo amplio de violencia doméstica o los cometidos, en relación de pareja o expareja, por mujer (u hombre con pareja masculina), la conducta es constitutiva de falta. La diferencia, pues, es máxima en estos casos.

— Agravación discrecional de las lesiones básicas constitutivas de delito, dentro de los subcírculos de máxima protección: artículo 148.2, números 4.º y 5.º No se contempla una agravación paralela para el círculo amplio de violencia doméstica. A diferencia de lo que ocurre en los casos no agravados, castigados con penas de prisión de tres meses

a tres años o multa (artículo 147.1 y 2), la pena se extiende de dos a cinco años de prisión, equiparándose a los de uso de armas o instrumentos peligrosos, ensañamiento, alevosía y víctima menor de 12 años o incapaz.

La coexistencia de la figura del delito de hábito con las violencias ocasionales, objeto de notables agravaciones con las últimas reformas, ha contribuido a una indefinición y confusión constantes, no sólo en los medios de comunicación y, consiguientemente, en la opinión pública, sino, lo que es más grave, en los ámbitos de decisión. Como señala MAQUEDA ABREU²⁶, “se habla de “violencia” y de “maltrato”, de “violencia directa” e “indirecta” (o maltrato técnico), de “percepciones subjetivas de malos tratos”, de “violencia ambiental”..., pero queda sin definir la naturaleza de la violencia a que hacen referencia: si se trata de un brote agresivo en un conflicto puntual de pareja o es una manifestación duradera de una situación de opresión y dominio”. Y, en el mismo sentido, ha de compartirse la afirmación de LARRAURI²⁷, según la cual “ya no es científica ni éticamente aceptable hablar de violencia doméstica (si se prefiere, de género) sin especificar en voz alta y clara a qué tipo de violencia nos referimos”.

2.2.3. Tipos genéricos

Como ya se ha señalado, el resto de los supuestos, (a excepción de la agravación del delito de quebrantamiento de condena, en relación con el círculo más amplio de violencia doméstica), esto es, el homicidio, el asesinato, la violación, los abusos o agresiones sexuales, el acoso sexual, las lesiones más graves, etc., no prevén una agravación específica relacionada con la violencia doméstica o de género. Tan sólo cabe, en estos casos, la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, contemplada en el artículo 23 del Código Penal, en los siguientes términos: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

En cuanto a la interpretación de que es objeto esta circunstancia, singularmente en su aspecto agravatorio, se estima por la doctrina y la jurisprudencia²⁸, que no basta con que concorra dicho parentesco entre agresor y víctima, sino que hace falta un plus: que dicha relación parental está basada en un vínculo afectivo que el agresor desprecia. Aquí se encuentra la esen-

²⁶ MAQUEDA ABREU, M.^a L., *op. cit.*, pág. 23.

²⁷ LARRAURI PIJOAN, E., “Criminología crítica y violencia de género”, Madrid, 2007.

²⁸ STS de 10 de abril de 2006.

cia de su disvalor. Por ello, frente a la concepción formalista que otorga prioridad al vínculo sobre la relación afectiva, ahora se pone el acento en el componente subjetivo de esta última, la relación afectiva, de suerte que para que la agravante no sea aplicable, no resulta imprescindible la ruptura jurídica de la relación conyugal, bastando el cese comprobado de la misma. Pero tampoco puede hacerse equiparable esta relación afectiva con la existencia o concurrencia de cariño o afecto, lo que le privaría de toda virtualidad práctica porque “nadie va a atentar contra un pariente querido”, sino que lo relevante es la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina²⁹. La regla general, en consecuencia, es que en las agresiones físicas entre cónyuges debe aplicarse la agravante de parentesco cuando se mantenga la situación de convivencia y también en supuestos de separaciones recientes³⁰, pues en estos casos concurre y subsiste el incremento del desvalor de la conducta derivado del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato a los familiares así como la mayor relevancia de los efectos psíquicos que la agresión determina sobre la víctima³¹.

3. CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1. La duda de constitucionalidad

Con estas precisiones previas en cuanto a la delimitación de los sujetos, constatada la diferencia en la respuesta penal en función del sexo y relación de los sujetos, en términos mucho más acusados en el caso de amenazas leves sin armas o instrumentos peligrosos y coacciones leves, en el marco constitucional y legal que define el control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley en el sistema español, a través no sólo del recurso de constitucionalidad, sino de la cuestión de constitucionalidad que debe

²⁹ STS de 4 de abril de 2001.

³⁰ SSTS de 11 de mayo de 1996 y de 3 de julio de 1998.

³¹ Es por ello por lo que en la doctrina reciente del Tribunal Supremo se insiste en que no puede excluirse la aplicación de la agravante por “el simple deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges” (STS 22-09-2000), o por “la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho” (STS 10-02-2000), o por encontrarse los cónyuges “en una situación tensa a causa de sus desavenencias” (STS 03-07-1998). En el mismo sentido la STS 780/2002 de 6 de mayo declara que: “...En coherencia con lo acordado en Junta General de 18 de febrero de 1994, ha declarado que si bien es cierto que la concurrencia de la agravante no puede asociarse mecánicamente a la mera concurrencia o subsistencia formal del vínculo conyugal, tampoco debe condicionarse con idéntico automatismo a la pervivencia del cariño o del afecto, que, por lo general, no se dan en los que agreden físicamente a su cónyuge. La razón de ser de la agravante de parentesco cuando se mantenga la situación de convivencia es que, en tales supuestos, la agresión acentúa significativamente el desvalor de la conducta, a causa del mayor vigor o intensidad del mandato que proscribe cualquier clase de maltrato a los familiares; y sus efectos negativos en el psiquismo de la víctima son de mucha mayor entidad (STS 1025/2001, de 4 de junio)...”.

someter todo juez o tribunal que dude de la constitucionalidad de una ley o norma con rango de ley posterior a la Constitución, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, cuando, el 13 de julio de 2005 concluyó, en el Juzgado del que soy titular, el primer juicio en el que resultaría aplicable la LO 1/2004, tras dar traslado a las partes, dicté auto planteando cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 CP, por posible vulneración de los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución, esto es, de los derechos a la dignidad de la persona, a la igualdad y a la presunción de inocencia³².

En cuanto a la relevancia de la validez de la norma para la resolución de ese caso, no se olvidaba advertir que la pena, ciertamente, sería idéntica en el caso de considerar al marido/compañero como persona especialmente vulnerable, víctima de una agresión por parte de su esposa/compañera, teniendo en cuenta que, en ese caso (no en otros, por cierto), concurría el requisito de convivencia. Sin embargo, la diferencia, que se estimaba importante y que el Tribunal finalmente estimaría oportuno silenciar, radicaba en la necesidad de probar que se trataba de persona no ya vulnerable, sino especialmente vulnerable. Caso de no estimarse probada esa condición en el sujeto pasivo varón, la conducta se reconduciría al art. 153.2 y 3. No se planteaba la hipótesis, efectivamente, de pena aplicable en el caso de estimarse la inconstitucionalidad del precepto, pues, pese a las dificultades que la interpretación presentaba, entendía³³ que el párrafo 2 ofrecía suficientes posibilidades para acoger los supuestos de maltrato que quedarán excluidos del párrafo 1, sin necesidad de relegarlos al art. 617, esto es, al ámbito de las faltas³⁴.

En el análisis de los preceptos constitucionales que se estimaban infringidos, en primer lugar y en consonancia con los argumentos que el Gobierno, la Fiscalía y determinados grupos feministas, empezaban a difundir en defensa de la constitucionalidad de la norma, se intentaba justificar la imposibilidad de hacerlo como supuesto de acción o discriminación positiva³⁵, por cierto, parece

³² En la selección de los preceptos constitucionales invocados, debía tener presente el contenido del auto de 6 de junio de 2004, por el que se inadmitía, por ser “manifiestamente infundada” la cuestión planteada en relación con el art. 153.2 CP, en su anterior redacción, otorgada por LO 11/2003 y en el que se invocaba el principio de proporcionalidad, así como, en menor medida y con el resultado de verme obligada a invocar el principio referido, con escasa convicción en cuanto a su prosperabilidad, en la cuestión relativa al art. 171.4 (amenazas leves), la “imprevisible” doctrina del TC en relación con la proporcionalidad de conductas y sanciones penales.

³³ No es un criterio aislado, ya que es también el sostenido, en la doctrina, por LARRAURI PIJOAN, E., en “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008” InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, 2009, www.indret.com.

³⁴ En las interpretaciones más recientes, sin embargo, ha hecho fortuna la “temida” (por el Tribunal Constitucional) hipótesis, de calificar como falta los supuestos excluidos del subtipo agravado. Afortunadamente, al menos se ha evitado la interpretación que, en malos tratos recíprocos, excluida la agravación para el varón, castigaría como delito la conducta de la mujer y como falta la del hombre, al proponer, recientes resoluciones, la condena de ambos por falta.

³⁵ No se argumentaba, como sugiere MAQUEDA ABREU, M.^a L., en su Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en México, en noviembre de 2005, sobre “La violencia de género: concepto y ámbito”, que esta normativa fuera “exponente de

que con éxito, porque el Tribunal, en su sentencia, omite toda referencia a este argumento que había anunciado la Fiscalía sin incluirlo, finalmente, en sus alegaciones³⁶.

La cuestión se limitaba a la diferenciación de sujetos en relación con los subtipos agravados. Y ello no tanto por la diferencia, real, como se ha expuesto, pero, si se quiere, modesta, desde el punto de vista cuantitativo, en el caso de los malos tratos ocasionales, de sustraer un tramo de pena alternativa de la consideración del Juez en la determinación de la pena, sino por la propia naturaleza penal de las medidas, que introduce un elemento cualitativo fundamental, a diferencia, por ejemplo, de la que afectaría a cuestiones menores, carentes de verdadero contenido material, como la sucesión en los títulos nobiliarios³⁷. Parecía un argumento importante, en cuanto trataba de prevenir otros que, finalmente, han sido acogidos con notorio desahogo, esto es, la invocación del carácter aparentemente “inofensivo” de las medidas, en cuanto dejan abierta, por ejemplo, la aplicación de una pena alternativa idéntica a la que correspondería si no se tomara en consideración el sexo de los sujetos. Esta falsa apariencia, no podía ocultar, en mi opinión, el alcance destructivo que, para determinados principios que se desean inmutables en el Derecho Penal, puede tener la incorporación de semejantes medidas, a ese sector del ordenamiento. Alcance que, en expresión del magistrado Rodríguez Zapata, en su voto particular a la STC 59/2008, se cifra en el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirían vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas. Y, por otra parte, respecto de amenazas leves sin armas y coacciones leves, la diferencia distaba mucho de ser meramente simbólica.

una discriminación positiva en el ámbito punitivo”, sino, justamente lo contrario, frente a quienes afirmaban que así era.

³⁶ El Tribunal, por cierto, coincide, también en este punto, con la argumentación de MONTALBÁN HUERTAS, I., *op. cit.*, pág. 55 que considera “un error conceptual” entender lo que considera “una legítima decisión de política criminal” como “acción positiva diferenciadora”, tesis, en cambio, ampliamente publicitada en los primeros meses de cuestionamiento de la norma. Debe recordarse que, con posterioridad al planteamiento de la cuestión, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en un caso de discriminación positiva en materia electoral, en la cuestión y recurso de inconstitucionalidad acumulados, relativos a la reforma de la LO del Régimen Electoral General operada por LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (STC Pleno 12/2008, de 29 de enero). Esta sentencia, que la posterior de mayo de 2008 sólo cita incidentalmente, se refería, también de manera ocasional, al concepto de discriminación positiva, en el examen de una previsión legislativa ciertamente mucho más prudente, que se limitaba a exigir una composición equilibrada de las candidaturas que asegurase un mínimo del 40% de cada uno de los sexos.

³⁷ De la sentencia 126/1997, dictada en esta materia “menor”, podría derivarse el argumento inverso que destacaría la especial sensibilidad frente a cualquier tipo de diferencia de trato por razón de sexo, por pequeño que sea su impacto concreto, al referirse al sector menos simbólico y más contundente en sus respuestas de todo el ordenamiento jurídico, esto es, el Derecho Penal.

El auto, en definitiva, tras descartar la hipótesis justificativa de la acción positiva, examinaba otras explicaciones posibles, que, en palabras muy simples, podrían reconducirse a las siguientes:

- Es legítimo, razonable, proporcionado y adecuado a los fines perseguidos, castigar más en el caso de sujeto activo masculino y víctima femenina, porque es mucho mayor el número de casos que responden a ese patrón;
- Es legítimo, razonable, proporcionado y adecuado a los fines perseguidos, castigar más en el caso de sujeto activo masculino y víctima femenina, porque, de este modo, se quiere responder al elemento de discriminación sexual presente en estas conductas;
- Es legítimo, razonable, proporcionado y adecuado a los fines perseguidos, castigar más en el caso de sujeto activo masculino y víctima femenina, porque es patente la superioridad física del hombre o la paralela especial vulnerabilidad de la mujer.

Se trataba de agotar todas las interpretaciones concebibles y someterlas a un primer contraste de constitucionalidad, porque, si alguna de ellas hubiera permitido superar ese control de primer nivel, no hubiera sido necesario, ni procedente, plantear cuestión alguna. En el planteamiento del auto, con mayor o menor claridad, ninguna se entendía bastante a esos efectos, teniendo en cuenta que es doctrina del propio Tribunal Constitucional que el art. 163 CE y el art. 35 LOTC, *“se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango legal aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme a la Constitución”* y la regla del art. 5.3.º LOPJ *“no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC, y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad”*.(STC 105/1988, de 8 de junio). Y se señalaba, igualmente, que no se pretendía, siquiera, utilizar la cuestión con carácter consultivo para valorar, entre varias posibles, la interpretación y aplicación de la norma más acomodada con la Constitución, como uso prohibido frente al que advierte el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones (SSTC 157/1990, 222/1992, 126/1997). Se trataría, a lo sumo, de proponer hipótesis de acomodación a la Constitución que, como indicaciones o sugerencias serían irrelevantes, que se entendía no serían bastantes para decretar la inadmisibilidad de la cuestión (STC 222/1992) y que, revelarían, en todo caso, la posibilidad de dictar una sentencia interpretativa que indicase la única interpretación constitucionalmente admisible de la norma cuestionada, de forma análoga, por ejemplo, a lo que sucedió con el art. 509 del derogado CP (STC105/1988, de 8 de junio) o, más recientemente, con el art. 563 CP (STC 24/2004, de 24 de febrero). Con estas cautelas, se insinuaba, veladamente, una solución

intermedia, que adoptaban las primeras redacciones y que fue, finalmente, rechazada.

Comenzando por la primera hipótesis interpretativa, aunque no sea objeto de análisis, según mi criterio³⁸, especialmente riguroso, en la sentencia de 14 de mayo de 2008 que desestimó la primera cuestión planteada, el argumento estadístico y de prevención general se ha encontrado presente, como trasfondo sociológico, periódica y profusamente alimentado por los medios de comunicación, en el ánimo de los magistrados que han avalado la constitucionalidad de la norma y que lo han acogido, expresamente, incluso, al justificar la razonabilidad de la diferencia.

Y ello con alguna reserva, cuando reconocen, finalmente, que acaso la funcionalidad se hubiera conseguido, sin pérdida de eficacia, con una descripción neutra de los sujetos, que evitaría, incluso, efectos contraproducentes. Una objeción que se elude con el recurso a la razonabilidad de la opción legislativa que asigna mayor desvalor a estas conductas porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, en términos que son analizados más adelante. En la redacción de la sentencia, la objeción se plantea con una claridad y contundencia muy superiores a una refutación, que, si me permiten, no parece convencer ni al propio tribunal. El auto partía de admitir la legitimidad de castigar más la violencia doméstica, de seleccionar, incluso, con sentido agravatorio, desde planteamientos estadístico criminológicos, la violencia conyugal o análoga, pero cuestionaba en términos que me siguen pareciendo convincentes, la legitimidad de castigar más al sujeto activo masculino en relación con víctima femenina, sólo porque sea el fenómeno más frecuente. El tribunal evita, al fin, este argumento y reitera, como se ha señalado, el de superior desvalor objetivo de la conducta, que es, obviamente, un argumento distinto.

No me resisto a referirme al silencio del Tribunal frente a un concreto pronunciamiento del TEDDHH, citado en el auto³⁹, que exigía, para justificar diferencias por razón de sexo, razones distintas de la mera estadística, entre las

³⁸ No es, tampoco, una percepción aislada: “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”, LARRAURI PIJOAN, E., “Igualdad y violencia de género...”, *op. cit.*

³⁹ En el caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali, el TEDDHH, en sentencia de 28-5-85, ya afirmaba que sólo razones de peso muy considerable pueden justificar una diferencia de trato por razón de sexo compatible con la Convención. En este caso, las estadísticas aportadas en relación con el impacto en el mercado de trabajo de los inmigrantes de uno u otro sexo, se estimaban un argumento no convincente para justificar las normas británicas de 1980 de inmigración que introducían determinadas diferencias en materia de reagrupación familiar. En ese caso se trataba de proteger el mercado de trabajo, y, al respecto, el hecho comprobado de que un número mayor de inmigrantes que se incorporarían al mercado de trabajo serían hombres, no entendió que no justificaba un régimen agravado de concesión de permisos de residencia, con implicaciones sancionadoras, para aquellos inmigrantes varones que pretendieran reunirse con sus esposas residentes en el Reino Unido. Siendo los fines legítimos, en ese caso como en éste, las estadísticas no son siempre un argumento para justificar la desigualdad de trato.

que se incluían, como gran ausente en el discurso de nuestro Tribunal, la eficacia constatada de la norma. Este silencio significativo y el contraste con la Jurisprudencia europea en supuestos similares, pero infinitamente menos “osados”, de diferenciación legislativa, puede alentar la sospecha de que la solución en Estrasburgo pudiera discrepar de la adoptada por el Tribunal Constitucional español, discrepancia que no representaría, por cierto, un fenómeno aislado. El planteamiento, por la Audiencia Provincial de Tarragona, recientemente, de cuestión prejudicial en relación con el art. 57 del Código Penal, que impone, en las relaciones de violencia doméstica, el alejamiento imperativo de autor y víctima, incluso contra la voluntad de esta última, pendiente todavía la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, puede permitir un primer contraste de esta tesis en un Tribunal supranacional⁴⁰.

Así, respecto de la magnitud del fenómeno sociológico y criminal de la violencia doméstica, se han invocado datos estadísticos: puesto que son muy frecuentes las conductas violentas, en sentido muy amplio, en el ámbito doméstico, es preciso endurecer su castigo, para intimidar a actuales y potenciales maltratadores, argumento inobjetable desde el punto de vista político criminal, pero que no excusa, desde luego, de un juicio de proporcionalidad. En principio, para afirmar que la norma penal persigue “*la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes*” (SSTC 111/1993, 66/1995, 55/1996). En este sentido, no se precisa especial reflexión para reconocer la relevancia social del fenómeno de la violencia doméstica y la legitimidad e imperatividad de su erradicación. Y, con este argumento de la relevancia social, no puede ignorarse el dato de la frecuencia superior del maltrato en el seno de las relaciones de pareja, frente a otras relaciones amparadas por el art. 173.2⁴¹. Desde el punto de vista de la valoración de la relevancia comparativa, no puede dejar de apuntarse, aunque sea incidentalmente, que se trata de cifras sobre casos denunciados y que las “cifras negras” en relación con menores y, sobre todo, ancianos, pueden ser más elevadas, al limitarse los mecanismos de detección y denuncia ajenos al entorno familiar más inmediato.

⁴⁰ Dentro del limitado control que correspondía al Tribunal de Justicia Europeo en el marco del Tercer Pilar, en el que la cuestión prejudicial no es de obligatoria aceptación por los Estados, habiéndola aceptado, España, optó, sin embargo, por reservar su posible planteamiento a los órganos contra cuyas resoluciones no quepa recurso jurisdiccional alguno, condición que no concurre en los Juzgados de lo Penal, en la medida en que sus sentencias son recurribles en apelación.

⁴¹ Así, el Instituto de la Mujer informa de que el número de mujeres muertas por violencia de género, a manos de su pareja o ex pareja fue, en 2004, de 72, frente a 15 casos en el ámbito familiar fuera de esa relación (hija, madre u otro parentesco) y 2 casos en los que se ignora la relación. En el estudio realizado por el Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, por encargo del CGPJ (“El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de Justicia”), respecto de casos de violencia doméstica en general y en el año 1999, se constató un 78% de casos de violencia en la pareja, un 5% de violencia sobre menores y un 17% sobre ascendientes y otros familiares.

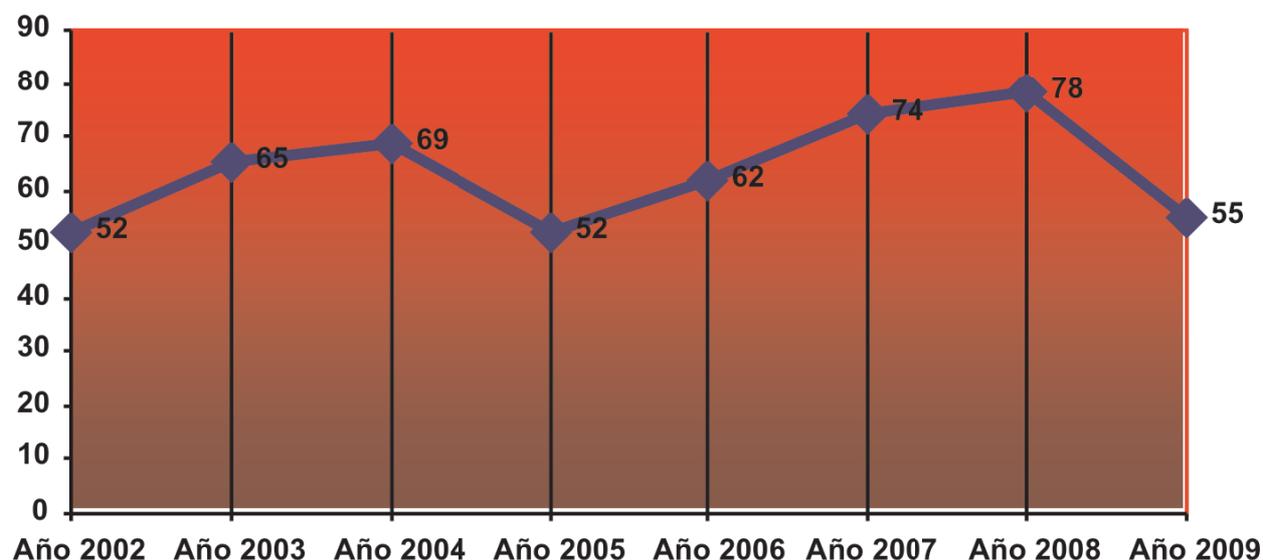
El juicio de proporcionalidad reclamaría, a continuación, una afirmación de la necesidad de una reacción penal frente a esa realidad socialmente relevante y esos bienes jurídicos en peligro constitucionalmente protegibles. En este punto, debe convenirse, de nuevo, en la necesidad y justificación de la respuesta punitiva in genere, ante la magnitud del problema y la conciencia de la insuficiencia de otras medidas para hacerle frente. Sin embargo, en el recurso a la sanción penal, no deberían ignorarse las críticas que denuncian la “huída al Derecho Penal” que ha venido a suplantar la “huída del Derecho Penal”, amparada por el principio de intervención mínima, de especial relevancia en el ámbito familiar, por razones todavía no desmentidas y, por el contrario, confirmadas en la experiencia diaria de aplicación de las sucesivas reformas penales en la materia. De hecho, todas estas reformas han insistido en su propósito de ofrecer una respuesta integral o multidisciplinar, con respuestas preventivas, asistenciales, de intervención social a favor de la víctima, etc., eso sí, siempre acompañadas de una respuesta penal progresivamente más grave, con una cadencia temporal, en las reformas, que no ha permitido comprobar la eficacia de otras medidas, ni siquiera, la de la agravación, todavía reciente, que significó la sanción como delito del maltrato ocasional. En este sentido, debe tenerse en cuenta la dudosa eficacia del adelantamiento de la barrera punitiva que significa el castigo como delito del maltrato ocasional, que revela el dato de que sólo en el 19% de los casos de fallecimiento por violencia doméstica existían antecedentes de procedimientos por violencia de este tipo, como indican las conclusiones del Grupo de Trabajo constituido en el CGPJ, para estudio de los casos de 2001 y 2002, manteniéndose porcentajes similares en años sucesivos. Y, tras la entrada en vigor de las reformas de 1999 y 2003, las cifras de fallecimientos de mujeres por violencia doméstica, no han experimentado un descenso apreciable, manteniéndose constante la media desde la reforma, resultando mucho más problemático, como también se ha dicho, establecer un juicio de peligrosidad relativo a la futura realización del mal simplemente anunciado, respecto de las amenazas leves⁴².

Por último, el juicio de proporcionalidad, ya en sentido estricto, se refiere a la comparación de la gravedad del delito que se trata de impedir y, en general, los beneficios que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, y la gravedad de la pena que se impone y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales (STC 136/1999). Este juicio de proporcionalidad estricta

⁴² En este sentido, se muestra muy crítica MAQUEDA ABREU, M.^a L., en “¿Es la estrategia penal...”, *op. cit.*: “Sobre bases criminológicas que se desconocen, sus predicciones apuntaban a que “esas primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia, de una violencia moral que algunas veces tiene un reflejo físico evidente pero que, incluso en aquellas otras en que no se materializa en forma de golpes o lesiones, comporta una gravedad intrínseca apreciable, cuyas nefastas consecuencias se acaban manifestando con el tiempo...” (i). Lo que más bien parecía “una pura corazonada”, en expresión de Carmena, iba a marcar el inicio de un largo proceso de expansionismo punitivo que parece no tener fin”.

se considera fruto de un complejo juicio de oportunidad, que atiende, como se ha apuntado, “no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma — intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc. — y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999).

MUJERES MUERTAS A MANOS DE SUS PAREJAS O EX PAREJAS



En este análisis, surgen dudas respecto a la respuesta punitiva, en cuanto agravada en relación con otros casos de violencia doméstica no conyugal, pero, además, el legislador no ha planteado la agravación en términos neutros. Al no hacerlo, el juicio de proporcionalidad que autónomamente se plantea en relación, básicamente, con las amenazas sin armas, se suscita nuevamente, como canon interpretativo de la justificación de la desigualdad por razón de sexo, referida a todo tipo de amenazas leves, malos tratos y coacciones leves y, en esa medida, deben reproducirse las anteriores consideraciones de la Jurisprudencia constitucional, pero ahora desde una óptica muy distinta, pues no se parte aquí de la libertad del legislador en la configuración de tipos y sanciones, sino, precisamente, de su obligación de fundamento reforzado de la diferencia que introduce, por lo que las conclusiones del juicio de constitucionalidad pudieran ser negativas.

Así, ya en referencia con la concreta reforma cuestionada, se ha invocado, con frecuencia, el argumento estadístico, ahora con la matización de que, puesto que la mayoría de los maltratadores son hombres (entendido el maltrato en el sentido en que lo hace el art. 153 CP), se justifica una agravación para éstos. Sin embargo, la justificación “estadística” que, como se acaba de exponer, podría ser válida para reforzar el juicio de proporcionalidad en cuanto a la sanción agravada de la violencia doméstica frente a otro tipo de violencia, no se entiende asumible cuando se invoca en relación con una agravación de la violencia conyugal masculina exclusivamente. No es lo mismo razonar que, puesto la mayoría de las agresiones integrantes del concepto de violencia doméstica se cometen en el seno de una relación conyugal o de análoga afectividad, pretérita o actual, está justificado castigar más estas conductas (lo cual, respecto a otros casos de violencia doméstica ya se ha expuesto que se considera, en sí, muy discutible), que, dando un paso más, afirmar que, puesto que la mayoría de ellas son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a éstos, porque, en este momento del razonamiento, entra en conflicto un nuevo derecho, de singular protección, como es el derecho a la igualdad, que proscribe la discriminación por razón de sexo y porque esa pretensión se inscribe en el marco del ordenamiento penal y no en otros sectores. En este momento, el juicio de proporcionalidad ya no se refiere a la gravedad de la infracción que se trata de impedir, que sigue siendo, en principio, el mismo y a los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales afectados por la norma penal, sino que, junto esa afectación general, aparecía, de forma novedosa y se entendía que definitivamente perturbadora, el derecho a la igualdad.

Ciertamente, cuando se introduce el dato del sexo del sujeto activo, las estadísticas demuestran una proporción muy superior de agresores varones. Así, respecto a 1999, el mencionado estudio de la Universidad de Zaragoza revela una proporción, en casos de violencia en la pareja, de un 91,15% de agresores varones, frente a un 8,85% de agresoras, idéntica proporción de enjuiciados a que se refiere la estadística judicial de 2004. Siendo innegable el dato, que, por otra parte, no está suficientemente matizado en relación con amenazas leves, la cuestión es si justifica o no, por sí solo, la agravación, para conductas idénticas, las de violencia conyugal, en atención al sexo masculino del autor (y femenino de la víctima). Por sí solo, desde luego, habría que calificar de pueril y peligroso el argumento según el cual, al ser superior el número de hombres que cometen este delito, pueden y deben ser más gravemente castigados. Entre otros motivos, porque ese argumento desnudo autorizaría a castigar cualquier delito cometido por un hombre con mayor severidad, ya que el número de delincuentes varones es abrumadoramente superior al de mujeres⁴³.

⁴³ Tomando el dato de la población reclusa, el porcentaje de mujeres presas ha ido descendiendo, en relación con los hombres, desde el 8,21% en 2001 y el 7,96% en 2002, hasta el 7,86%

El argumento estadístico no es riguroso desde el punto de vista técnico jurídico, pero, en los medios de comunicación y, al parecer, en determinadas instancias políticas, el éxito o el fracaso de la reforma se cifra en el descenso o aumento de mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas⁴⁴. Aunque, por mejor decir, la reforma, de alguna manera, siempre es justificada como un rotundo éxito cuyos únicos defectos se refieren, acaso, a su insuficiencia, pero no a sus excesos. Lo que cambian son los argumentos o las imputaciones por sus deficiencias. El mismo argumento, incluso, que se esgrime para loar las bondades de la reforma, puede utilizarse en su contra: el aumento de denuncias, que se presenta como un triunfo frente al silencio

en 2003, según la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Todavía son inferiores los porcentajes de mujeres condenadas que alcanza el 6,91%, según las estadísticas judiciales oficiales. Pero sucede, además, que si se desciende al detalle de concretos delitos, hay otros en los que el índice de condenas a mujeres es inferior respecto al señalado para la violencia conyugal o análoga y, así, lo es, en todos los casos, inferior al indicado 8,6%, excepto en delitos contra el honor, contra la Administración Pública y de Justicia, y, ocasionalmente, en delitos contra la Constitución y la Paz e Independencia de la Nación. En un tipo de delitos de tan marcada "neutralidad sexual" como los patrimoniales, el porcentaje es muy parecido al de violencia de género (entre el 7,16%, en 1998 y el 8,71%, en 2003). Curiosamente, el porcentaje alcanza niveles mínimos, del 3,27%, en delitos contra la seguridad del tráfico. Podríamos preguntarnos si el hecho de que el hombre cometa un número escandalosamente superior de delitos de este tipo, en relación con la composición del universo de conductores, autorizaría una agravación de la penalidad en estos casos, invocando, por ejemplo, que revela una tendencia a la agresividad al volante, característica del hombre que, sin duda, podrían avalar determinados estudios psicológicos o sociológicos. Y, en el caso de delitos cuya vinculación con el sexo es más evidente, como los delitos contra la libertad sexual, se legitimaría una agravación para los delincuentes varones, que representan el 97,21% del total, ignorando las reformas que el legislador ha introducido para despojar a delitos como la violación de limitaciones relativas al sexo del sujeto pasivo e ignorando que, en el caso de la violación, al menos, podría buscarse un serio y objetivo fundamento técnico jurídico de agravación en el plus de antijuridicidad que representa la mera inquietud de sufrir un embarazo, con independencia de que finalmente se confirme o no, en el supuesto de víctima mujer fértil.

⁴⁴ El Observatorio de Violencia Doméstica y de Género aporta la cifra de 55 mujeres muertas a manos de sus parejas o ex parejas masculinas, un descenso del 27% respecto del año anterior, aunque teniendo en cuenta que existen 6 caso en investigación y que el propio Observatorio expresa sus cautelas al introducir determinadas ponderaciones a las cifras absolutas, no siendo, además, la evolución constante, los datos no se han recibido con excesivo optimismo. El informe presenta un **análisis** pormenorizado de los 55 asesinatos de mujeres que se produjeron el año pasado, todos a manos de hombres, y recuerda que casi la mitad de las víctimas tenía menos de 35 años y un 38% eran extranjeras. Esto supone una **sobre-representación** de este colectivo que abarca sólo al 11% del total de la población femenina mayor de 15 años de edad que vive en España. El análisis del **CGPJ** "revela una mayor representación de los casos en que existía o había existido **vínculo matrimonial**". Esta circunstancia está presente en más de la mitad de los asesinatos, que en siete de cada diez casos se produjeron en el **domicilio común** y, en más de un tercio, por arma blanca. Además, destaca que sólo en el 30% de los 55 asesinatos figuraba una denuncia previa por malos tratos. En el mismo período, el número de hombres víctimas de su pareja o expareja femenina creció casi en un 50% respecto al año anterior, al pasar de 6 a 9. Al igual que en los casos de violencia de género, la mitad de las víctimas era menor de 35 años y en seis de cada diez casos estaban o habían estado casados con su asesina. El 80% de los fallecidos eran españoles y ninguno había presentado denuncia previa, aunque dos de ellos sí habían sido denunciados por violencia de género.

de la mujer maltratada, frente a las cifras negras, puede y debe ser interpretado también, como alerta frente al aumento de estas conductas. Y, si definitivamente, un dato no permite un enfoque positivo, si es, sin paliativos, un mal dato, en el capítulo de búsqueda de cabezas de turco, los jueces estamos en primera línea de fuego: nos falta formación o sensibilidad, no sabemos valorar el riesgo, no utilizamos las pulseras de control telemático que el Gobierno ha puesto a disposición de los Juzgados, etc., etc., etc.⁴⁵.

Si el Tribunal Constitucional para eludir la inaceptabilidad del criterio meramente estadístico, recurre a la definición legal de violencia de género (art. 1.1 LO 1/2004), idéntica cita podría realizarse para encontrar justificación a la agravación, precisamente en la norma de origen de la reforma. En primer lugar, se advertía de la dificultad de operar la integración de la redacción del art. 153.1 con la definición del citado art. 1.1, a la luz de los principios de legalidad y taxatividad de las normas penales⁴⁶. Como veremos, el Tribunal Constitucional, en una triste paradoja, sacrificaría finalmente la interpretación más respetuosa con los principios de igualdad y de culpabilidad, en aras de los principios de legalidad y taxatividad, como ya se hizo, en el proceso de redacción del proyecto, bajo el peregrino argumento de la dificultad de prueba de un elemento subjetivo que llevaría, de generalizarse, a evitar, por ejemplo, la distinción entre homicidio intentado y lesiones consumadas. Una preocupación por la taxatividad doblemente llamativa, al suscitarse en relación con un artículo que, sin pudor alguno, utiliza la analogía en contra del reo en la definición de los sujetos.

Y no es que el móvil discriminatorio como justificación, fuese enteramente satisfactorio, en cuanto limitado al sujeto activo varón y a un ámbito muy limitado de relaciones y de conductas de menor gravedad. De hecho, incluso muchos de quienes, como MONTALBÁN HUERTAS han defendido después la constitucionalidad de la reforma, propugnaron, en su momento, la técnica de la agravante genérica.

Por último, la interpretación que justificaría la agravación en el móvil discriminatorio, por la fórmula legislativa empleada, en cuanto el legislador habría presumido una intención discriminatoria en relación con determinados sujetos, relaciones y conductas, se inscribía, sin más, en un inaceptable Derecho Penal de autor. Y es que, ni antes ni después de leer los argumentos del Tribunal Constitucional, alcanzo a comprender en qué medida es defendible

⁴⁵ Con este argumentario, es fácil entender cómo se ha llegado al intento de linchamiento de una juez a los que se hacía responsable de la muerte de una víctima de violencia de género. En este sentido, vid. LAGUNA, T., "¿Cómo trata las noticias sobre violencia doméstica los medios de comunicación", en "La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

⁴⁶ Esta dificultad y las consecuencias derivadas para la seguridad jurídica que se seguirían de tal integración, alientan en los votos particulares a la STC que estima constitucional la norma, votos que siguen manteniendo el carácter interpretativo material, aunque ya más ambiguo, de la sentencia y en el rechazo de las redacciones iniciales de la ponencia.

entender que, sin que ello suponga presunción alguna, toda agresión del hombre contra su pareja o expareja femenina se inscribe en una determinada pauta cultural de desigualdad y, en cambio, ha de exigirse la prueba de la intención discriminatoria en una agresión a un individuo de raza negra por un blanco, para aplicar, simplemente, una agravante genérica. Si los términos del debate se llevan al terreno histórico, antropológico, sociológico, psicológico o criminológico y se sacan del propio del riguroso análisis jurídico, para justificar las diferencias de trato, casi todo resulta opinable y problemático. Y no parece ocioso recordar cómo, en Derecho español, las normas penales antidiscriminatorias, desde la aprobación de la Constitución y desde la desaparición de la agravante de “desprecio de sexo”, en 1983, se han formulado hasta ahora, en términos neutros en cuanto a la delimitación de sujetos⁴⁷.

Por agotar las interpretaciones, se intentó el contraste del precepto, desde determinadas tesis tendentes a un mejor ajuste con el principio de igualdad, con el principio de culpabilidad y con el derecho a la presunción de inocencia. Se auguraba un deseo del legislador de huir de la característica subjetiva de los precedentes de medidas antidiscriminatorias penales, fundamentando, como al final afirmará el Tribunal Constitucional, la agravación en el desvalor adicional del resultado por razón de la pertenencia de la víctima a un colectivo “oprimido”, con independencia de los móviles del autor y de toda exigencia de prueba de relación de la conducta concreta con la pertenencia de la víctima a un sexo determinado⁴⁸.

Por último, el auto que planteaba la cuestión examinaba otras posibilidades interpretativas, según las cuales, en el fundamento de la agravación se encontraría la presunción de un abuso de superioridad en el autor o de una situación de especial vulnerabilidad en la víctima. Aunque estos argumentos, desde el punto de vista del principio de culpabilidad, sean fácilmente rebatibles, me gustaría destacar cómo la previsión del supuesto alternativo de víctima especialmente vulnerable conviviente, que la sentencia del TC cita hasta la saciedad para minimizar la trascendencia de la diferencia, conlleva una cierta equiparación legislativa y, ahora, jurisprudencial, de la mujer, en ese clase de relación, con ese tipo de víctima⁴⁹.

⁴⁷ En este sentido, pueden consultarse las distintas posiciones que, sobre la neutralidad, aparente o real, de la redacción de la agravante, mantienen autores como Larrauri Pijoan y Queralt Jiménez, en “Igualdad y violencia de género...”, *op. cit.*

⁴⁸ Como supuesto, criminológicamente frecuente, de contraste negativo de la validez de estas conclusiones que se anticipaban, se mencionaba el caso de los malos tratos recíprocos. Por cierto que algunas cuestiones se referían a estos casos y el Tribunal no añadió reflexión adicional alguna al resolver al respecto.

⁴⁹ En un análisis psicológico arriesgado, sin embargo, me atrevería a afirmar, que bajo el prestigioso envoltorio doctrinal de la proscripción de la desigualdad y de las pautas culturales que contribuyen a su perpetuación, en la conciencia de muchos hombres y de algunas mujeres, incluso de quienes tienen encomendada la máxima y última interpretación de las leyes de conformidad con la Constitución, sigue pesando la convicción de que el desvalor es superior en la agresión, por leve que sea, del hombre sobre la mujer, por razón de su superioridad física y de la paralela vulnerabilidad de la mujer, un planteamiento tradicional, todavía muy

3.2. La respuesta del Tribunal Constitucional

Con motivaciones jurídicas y/o metajurídicas, lo cierto es que, tras el rechazo de iniciales tesis conciliadoras, intermedias, no totalmente superadas, como hacen observar los distintos votos particulares, los problemas de legalidad y el fantasma de la revisión de sentencias firmes que esas tesis despertaban, condujeron, finalmente, a una sentencia, publicada el 14 de mayo de 2008 (STC Pleno 59/2008, de 14 de mayo), que ha convencido a pocos de sus todavía más escasos lectores⁵⁰.

En la revisión del necesario juicio de relevancia por el Tribunal Consti-

arraigado en el subconsciente colectivo. Desde un planteamiento abstracto, aséptico, científico, puede resultar complicado defender que una misma conducta sea sancionada legítimamente con distintas consecuencias en función del sexo de los sujetos implicados. Cuando interfieren prejuicios culturales, fruto de una determinada educación, todavía influida por mitos caballerescos, pocos se resisten, en su fuero interno, a reprobar con mayor severidad, la agresión a una mujer por un hombre que el caso contrario, que se reputa, además, ridículo. Me disculparán estos argumentos de psicóloga aficionada, que no desentonan en una sucesión de despropósitos jurídicos en los que acaso merezca la pena detenerse, como exponentes del lamentable nivel intelectual que ha caracterizado buena parte de ese debate. Por ejemplo, la condición de mujer de muchos de los jueces que cuestionamos la constitucionalidad de los distintos preceptos penales reformados por la LO 1/2004 ha despertado curiosas reacciones: compañeros que nos felicitaban por nuestra valentía, apelando a nuestra comprensión por cuanto ellos, como hombres, serían más duramente criticados en caso de decidirse a plantear la cuestión; próceres del gobierno judicial que manifestaban su curiosidad por conocer el estado civil de alguna magistrada que planteó cuestión de inconstitucionalidad, etc., etc. Dentro de este contexto surrealista, desde el Consejo General del Poder Judicial se vertieron manifestaciones públicas que reconocían nuestro “derecho” a plantear cuestión de inconstitucionalidad y se archivaron, afortunadamente, denuncias presentadas por algún gobierno autonómico contra una magistrada que decidió hacer uso también de ese “derecho” que tan graciosamente se nos reconocía. No me resisto ahora a reiterar que el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad no representa derecho alguno para el juez, sino un verdadero (e incómodo) imperativo legal, cuando se enfrente a los presupuestos que la Constitución y la LOTC definen. Y el juez timorato que se enfrenta a esos presupuestos, a una duda de constitucionalidad que sólo el Tribunal Constitucional puede despejar, haría bien en dedicar unos minutos a la lectura de los artículos 446 y 447 del Código Penal que regulan la prevaricación en nuestro Derecho. Si realmente duda de la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo y, no obstante, dicta sentencia, por más que, a la postre, el Tribunal dictamine la plena constitucionalidad de la ley, en respuesta a los que sí plantearon cuestión y, muy a su pesar, suspendieron el trámite de dictar sentencia, en el dictado prematuro de esa sentencia habrá quebrantado, deliberadamente, el ordenamiento jurídico. Sin embargo, fueron más los que no dudaron acerca de la plena constitucionalidad de la reforma comentada y, en definitiva, han visto confirmada su certeza.

⁵⁰ La respuesta, fue, para empezar, llamativamente breve. Como sabemos quienes nos dedicamos a este oficio, cuando el argumento o la solución son cuestionables, es preferible no extenderse en exceso, no profundizar en el tratamiento de los problemas y minimizar, paralelamente, el riesgo de la contradicción y de la discrepancia. De hecho, sólo un tercio de una resolución de por sí breve, se dedica a los fundamentos de Derecho y sólo una cuarta parte al examen de fondo, ya que el resto, hasta el tercio, de esos fundamentos, se limita a una recapitulación de argumentos y al estudio de óbices procesales y de la concurrencia de los presupuestos de planteamiento de la cuestión. En definitiva, sólo la mitad de los razonamientos, al sumar a esas cuestiones preliminares determinadas precisiones previas, se refieren al fondo del asunto, que se ventila en tres páginas, de un total de cinco y media de fundamentos, en su mayoría dedicadas al juicio de constitucionalidad respecto del derecho a la igualdad y sólo de manera secundaria, respecto del principio de culpabilidad.

tucional, llama la atención la reflexión del Tribunal en relación con la ausencia de referencia, en el auto de planteamiento, a la solución penal que resultaría de la declaración de inconstitucionalidad del precepto. Esta reflexión, incidental y que carece de ulterior desarrollo, encontraba explicación en las anteriores redacciones de la ponencia, en las que se invocaba, como posible alternativa, para los casos en que no cupiera la interpretación ajustada a la Constitución que se propugnaba, la consideración del supuesto como falta, en cuanto el art. 153.2 excluye, precisamente, a *“las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo”*, lo que podría determinar, paradójicamente, la punición como falta, cuando la víctima, en una de esas relaciones, fuera la esposa, o mujer que estuviera o hubiera estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. No puede ignorarse la posibilidad de que esta indeseable y paradójica solución se sumase a las reticencias de otro orden que llevaron a la redacción definitiva que se analiza. Y ello a pesar de que, desde el punto de vista interpretativo, como ya se ha indicado, era factible una interpretación alternativa, que recondujese el castigo al art. 153.2⁵¹.

Es curioso, en este punto, señalar que, en la redacción final de la STC, como aparente residuo de anteriores versiones de sentencia interpretativa, se ha “deslizado” un párrafo según el cual, la duda de constitucionalidad *“conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho Juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones como las manifestadas en numerosos pronunciamientos de los Jueces y los Tribunales ordinarios acerca del expresado tipo penal”*. Las interpretaciones alternativas a que se hacía referencia en el auto no eran otras que las que integraban el concepto de “violencia de género”, según definición del art. 1.1 LO 1/2004, en la descripción típica y extraían las oportunas consecuencias de esta integración que es, precisamente, lo que, con mayor o menor claridad, hacían las primeras redacciones de la ponencia.

El Tribunal se extiende, como se ha anticipado, sorprendentemente, en la delimitación del círculo de potenciales sujetos activos, allanando el camino a posibles soluciones interpretativas que integren en el círculo de sujetos activos a la mujer, siempre que el sujeto pasivo también lo sea, con la peculiar consecuencia, ya apuntada, de extender la tipicidad a las relacio-

⁵¹ Es posible integrar, en la exclusión de las “personas contempladas en el párrafo anterior”, una referencia a los términos en que la relación era contemplada, de manera que, en aquéllos casos en que, pese a tratarse de sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer en relación conyugal o análoga actual o pretérita, se entendiese que el supuesto no era reconducible a la definición del art. 1.1 LO 1/2004, sería aplicable también el art. 153.2 CP y no la falta correspondiente. Y, sin embargo, como también se ha anticipado, Sin embargo, este temor a un resultado semejante que, lo que pudo pesar en el ánimo de los magistrados al descartar mayoritariamente la sentencia interpretativa de los primeros borradores, va camino de convertirse en interpretación mayoritaria: En esos casos en que, pese a tratarse de sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer en relación conyugal o análoga actual o pretérita, con infracciones recíprocas o no, si el supuesto no responde a la definición del art. 1.1 LO 1/2004, la calificación, para el autor, hombre o mujer, es la de simple falta.

nes homosexuales femeninas, manteniendo la exclusión de las masculinas. La interpretación mayoritaria, que es la que propugna el auto y de la que parte el razonamiento del tribunal, según la cual el sujeto activo ha de ser hombre y la víctima mujer, se acepta, en cuanto no es irrazonable, pero el Tribunal parece tan deseoso de prevenir posibles críticas de algunos colectivos homosexuales (sólo los femeninos, por cierto), que añade que no le corresponde evaluar esta interpretación “*desde parámetros de calidad o de oportunidad*”.

Se valora, a continuación, la doble diferenciación, como más pronunciada, no sólo porque en la que se derivaría de admitir que el sujeto activo es indiferenciado, la distinción se limitaría al sujeto pasivo, sino porque, además de referirse la asumida por el auto y aceptada como punto de partida por el Tribunal, a los dos sujetos, incorpora la diferencia más incisiva, la relativa a la sanción y no, meramente, a la protección. De esta forma, la protección sólo de la mujer, si se admitiese el sujeto activo también femenino, se enjuiciaría como “*menos lesiva*” desde el punto de vista constitucional, no sólo por razones cuantitativas (sólo en uno de los sujetos), sino también cualitativas (sólo en relación con el sujeto protegido). Este largo excursus, sin embargo, carece de verdadera trascendencia en cuanto esa interpretación alternativa, con sujeto activo también femenino, se anuncia que sólo sería objeto de juicio de constitucionalidad si se entendiese que la norma, desde la interpretación de la que parte el auto, es inconstitucional, conclusión que, obviamente, no es la que acoge el fallo, por lo que estas “posibilidades interpretativas” quedan, en definitiva, inexploradas.

También en relación con el círculo de sujetos activos potenciales, la referencia a “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” significa una referencia, que más adelante se desprecia por irrelevante, a lo que ciertamente representa “*un panorama normativo complejo*”: violencia ocasional y habitual, círculos distintos en uno y otro, neutralidad en parte especial en delitos contra la vida o la libertad sexual, etc. La imbricación del precepto cuestionado en el tratamiento global de la violencia de género en el Código Penal no es relevante a efectos de evaluar la razonabilidad de la diferencia, pero sí lo es, en cambio, este segundo inciso del artículo parcialmente cuestionado que parece, como se observa más adelante, un verdadero “refugio de conciencia”. Expresa o tácitamente, este inciso “tranquiliza” a los magistrados que suscriben el voto mayoritario, cuando se enfrentan a la “duda de constitucionalidad”, como fórmula mágica de “restauración o compensación”. Siempre queda este inciso para castigar igual el caso en que los sujetos se inviertan. Se minimizan, no obstante, los requisitos de vulnerabilidad especial en la víctima y convivencia, ambos necesitados de prueba, ausentes en el primer inciso.

Ya en relación con el derecho a la igualdad, se define este principio, esta “cláusula general de igualdad” como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente.

ticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias normativas entre ellos, haya de concurrir una triple justificación:

- fin discernible y legítimo;
- articulación de la diferencia en términos no inconsistentes con tal finalidad;
- ausencia de desproporciones manifiestas.

El Tribunal recuerda, además, su doctrina según la cual, en el caso de expresa interdicción constitucional de discriminación, como sucede en el caso de la operada por razón de sexo, el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (control reforzado). Habida cuenta de que, más adelante, se admite que el enjuiciamiento ha de hacerse a la luz de la cláusula general de igualdad y no de esta prohibición de discriminación, pues se parte de que el motivo de diferenciación no es el sexo, ha de concluirse que el canon utilizado no es, precisamente, el más riguroso. Lo que parece olvidarse es que, si bien el sexo no es el único motivo de diferenciación, sí que constituye, en la interpretación de la que se parte, un elemento indispensable. El sexo no es suficiente, el tipo de relación tampoco y, lejos de resultar más defendible, la doble exigencia sólo contribuye a dificultar la justificación de la diferencia.

Antes de proceder al examen de constitucionalidad desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad, el Tribunal, en lo que parece nueva expresión de una cierta “mala conciencia”, pese a que el principio de proporcionalidad no había sido invocado en relación con la regulación del maltrato ocasional, dedica un completo fundamento, a insistir en la libertad del legislador en la selección de conductas y sanciones y en la ajeneidad del juicio del Tribunal respecto a la “*conveniencia, efectos, calidad, perfectibilidad o relación con posibles alternativas*” de la concreta opción legislativa, añadiendo que la declaración de constitucionalidad no implica “*por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma*”.

Esta especie de “cláusula de limitación de responsabilidad”, concluye, no obstante, con un razonamiento mucho más objetable, en cuanto excluye del análisis, los valores de eficacia y bondad del precepto, un criterio que, en casos de discriminación por razón de sexo, impone, como se ha indicado, con toda contundencia, el TEDDHH, cuya doctrina, por cierto, no invoca, en ningún momento, la sentencia.

Pero tal rigor no era imprescindible, porque, frente a lo que a profanos y juristas poco ilustrados pudiera parecernos, el sexo no es factor determinante. En uno de los “fragmentos estelares” de la resolución, el Tribunal afirma que “no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más

unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada". De acuerdo en que el sexo no es el factor exclusivo pero, desde luego, sí es el determinante en relación con otros supuestos, objeto, en igualdad de condiciones (ausencia de convivencia y probada especial vulnerabilidad), de menor pena, que es, precisamente, la comparación que se llevaba a la consideración del Tribunal. De acuerdo, por si quedaba ya alguna duda a estas alturas de nuestra lectura crítica, en que el legislador tiene libertad, con mínimas limitaciones, para sancionar más unas agresiones que entiende más graves. Pero la cuestión es, nuevamente, habida cuenta de que, pese a que el Tribunal se empeñe en rebajar su trascendencia, el sexo es un factor determinante de la agravación, encontrar un fundamento razonable e inobjetable desde el punto de vista constitucional, para avalar esa diferencia. Ese fundamento parece situarlo la sentencia en el inefable *"trasunto de desigualdad en las relaciones de pareja"*, con lo que no hace, en principio, sino asumir un axioma, un valor y no un elemento fáctico o técnico jurídico de diferenciación. "Trasunto" es una imitación exacta, una imagen o representación de algo. Un símbolo, en suma. Como veremos, al tratar de esquivar, esforzadamente, la objeción del Derecho Penal de autor, se incurre en un Derecho Penal simbólico, en el que el desvalor añadido no dimana del acto en sí o de la culpabilidad del sujeto, sino en su significado simbólico negativo. Resulta profundamente asistemático y deliberadamente "tramposo", situar, en el mismo nivel, los datos del sexo y del tipo de relación de los sujetos, de una parte y la afirmación de que las conductas *"no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada"*, de otra. Los primeros pueden y deben ser probados, pero ¿y la segunda afirmación? ¿Se trata de un simbolismo ineludible? ¿Significa que en todas las relaciones de pareja existe esa desigualdad o que, como parece más correcto, en todo acto constitutivo de coacción o amenaza leve o maltrato ocasional, se reproduce, inexorablemente, ese patrón de desigualdad? Si es así, se trata de una afirmación axiomática indemostrable y, sobre todo, dudosamente compatible con el principio de culpabilidad y de difícil explicación en los casos de malos tratos recíprocos o de relaciones sadomasoquistas.

Por otra parte, esta invocación del "trasunto de desigualdad" obligaría a situar el precepto en el elenco de medidas antidiscriminatorias. Sin embargo, acaso por la prevalente interpretación subjetiva de que son objeto o por eludir el control reforzado, los redactores de la ponencia procedieron a una cuidadosa depuración lingüística, limitando la mención del término "discriminación".

La STC 59/2008, al entrar a valorar la justificación objetiva de la diferenciación, derivada del carácter general y abstracto de la norma, la razonabilidad de la diferenciación, en suma y comenzando por la legitimidad del fin de la norma, invoca la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 y la definición de violencia de género que ofrece su art. 1.1, con extensas citas literales, seguidas de argumentos reiterativos, expuestos en términos ciertamente acríticos, con el carácter de verdades tan absolutas como incontestables, pero que prescinden del criterio de selección de conductas en la propia LO 1/2004 y en su desarrollo penal sustantivo.

Se concluye con la afirmación de que *“no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad”*. Poca discusión puede ofrecer, semejante afirmación de principios, siempre y cuando se conecte con la exigencia de una determinada finalidad, que se olvida en el art. 153.1 y se ignore, también, que la Ley integral limita su ámbito a *“cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja”*, otorgando, por tanto, al concepto de “otro”, un significado extraordinariamente restrictivo.

En cuanto a la adecuación de la diferenciación al fin perseguido y, en concreto, a la selección de sujetos pasivos, se invoca, nuevamente con carácter acrítico, el argumento estadístico, en cuyas debilidades insistía el auto de planteamiento de la cuestión. En primer lugar, porque el hecho de que sea más alto el número de mujeres objeto de maltrato ocasional que el de hombres en igual situación, lo que no se discutía, no tiene, en principio, mucho que ver con 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”*. Como hemos visto, los datos, si demuestran algo al respecto, cuando ya han pasado varios años desde la entrada en vigor de la LO 1/2004, es la nula eficacia, en cuanto a efecto preventivo de estos resultados más graves, de la aplicación de esta Ley. Las estadísticas siguen demostrando, tozudas, que la mayoría de las víctimas mortales de violencia de género, cuyo número se resiste a descender, no habían denunciado malos tratos, amenazas o coacciones ocasionales previas. Del argumento empleado, la consecuencia extraíble sería la recuperación de la figura del uxoricidio, ahora como homicidio o asesinato agravado. Conectar la adecuación de la diferenciación con el fin perseguido supone, en la línea argumental del Tribunal, que, limitando sólo en las conductas menos graves la diferencia por sexo y relación, se previene adecuadamente el homicidio de la mujer por su pareja o expareja, sin incluir en este caso, además, diferenciación alguna. Un doble salto mortal desde el punto de vista criminológico: si difícil es demostrar el efecto preventivo de la agravación de la pena prevista para una conducta concreta, aún más problemático es asegurar que ese efecto se seguirá de la agravación de la pena imponible para las conductas más leves que se presume preceden a los ataques más graves, haciéndolo, además, con el instrumento insólito de la diferenciación del círculo de sujetos por razón de sexo, sólo en esas con-

ductas leves. La cuestión es que no sólo resulta difícil en abstracto, sino imposible, demostradamente falso, en concreto⁵².

En cuanto a la selección de sujeto activo, el Tribunal no puede por menos que reconocer la dificultad añadida que supone defender la adecuación frente a una redacción alternativa de la autoría en términos neutros. Recuerda en este punto, sólo para reflexionar que acaso no fuera necesario agravar las penas en caso de agresión lésbica, el por lo demás olvidado principio de intervención mínima. Y concluye por justificar la selección de autor masculino con una apreciación del legislador que califica de razonable y que constituye el eje argumentativo de la constitucionalidad del precepto: *“las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”*”.

El problema es que la expresión *“porque corresponden”*, incontestable, aparentemente desprovista de toda alternativa de prueba en contrario, en el siguiente párrafo, se sustituye por la de *“cuando”*, a partir de la cual, en principio, es concebible admitir excepciones. Así, en una impagable contradicción intrínseca, el Tribunal afirma: *“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”*. Salvo que se oponga *“conscientemente”* a los casos de ausencia de acción o de imputabilidad, el término, en principio, parece aludir a un dolo específico del autor y, en todo caso, a una exigencia de culpabilidad en relación con este elemento que, en expresión contradictoria ad limine, se acompaña de *“objetivamente”*, que representa, precisamente, la

⁵² La doctrina previene sobre las dudosas credenciales de este argumento: “Así, describe Enrique Gimbernat la realidad en la que nos hallamos diciendo que: “cuando se pretende explicar — y ésta es, en efecto, la única explicación plausible — por qué la conducta de dar un único empujón a la pareja se ha transformado de falta en un delito de lesiones, y que la pena prevista para ese comportamiento puede ser la de siete meses a un año de prisión (art. 133 — sic —, introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), y que una única coacción leve del hombre sobre su pareja femenina va a ser castigada con prisión de seis meses a un año (art. 130 del Proyecto contra la violencia de género), con el argumento de que esas acciones aisladas constituyen un indicio de que en el futuro el autor puede cometer ulteriores actos de violencia o de coacciones, los principios que con todo ello se están llevando a la práctica son los mismos que, en su día, inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes, y su sucesora, la de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que aplicaban medidas de seguridad predelictuales privativas de libertad sobre la base, no del hecho cometido, sino de los que el autor — por su “estado peligroso” — podía llegar a cometer (...) Un bofetón se valorará así como inicio de una posible escalada de violencia, como riesgo futuro de una situación de malos tratos habituales e incluso de homicidio. Agravar la pena como respuesta a ese primer bofetón implica que una parte de la misma en realidad responde a la peligrosidad criminal futura”. BOLEA BARDÓN, Carolina, “En los límites del Derecho Penal frente a la Violencia Doméstica y de Género”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECP 09-02 (2007).

negación de la culpabilidad. O se actúa conscientemente conforme a esa pauta cultural y es posible probar que no es así en casos concretos o se actúa objetivamente conforme a ella y sobra toda prueba al respecto.

Además, de esa actuación conforme a esa pauta cultural, no se sabe si tan consciente como objetivamente, se sigue una mayor lesividad para la víctima, formulada en términos que parecen no admitir excepción y derivada de la afectación suplementaria de tres bienes jurídicos:

- Su seguridad, *“con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida”*;
- Su libertad, *“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”*;
- Su dignidad, *“en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado”*.

Estas afectaciones suplementarias, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no resultan defendibles en comparación con supuestos análogos: se trata de una mezcla de observaciones criminológicas, sin riguroso soporte científico, por ejemplo en cuanto a la peligrosidad; psicológicas, en cuanto al temor añadido de la víctima que se presume razonable en todo caso y sociológicas, muy discutibles, en cuanto, por ejemplo, el grupo que se admite de manera axiomática que es objeto de desprecio social es el de las mujeres, en relación actual o pasada de pareja, objeto de maltrato por el hombre. Llama la atención que, en el Código Penal, la prioridad se haya centrado en estas conductas de maltrato ocasional y se haya marginado, por ejemplo, en cuanto no es objeto de intervención discriminatoria, el maltrato sistemático, la postergación laboral o los ataques contra la vida o la libertad sexual en relaciones de pareja. En estos casos, como razona más adelante el Tribunal, bastan las normas generales, los tipos neutros y las agravaciones genéricas, pero el ataque a la raíz del problema de menosprecio a la dignidad de la mujer, pasa por este tratamiento peculiar de las agresiones más leves en ese tipo de relaciones conyugales y paraconyugales heterosexuales y no en otras.

De este modo, el legislador, con el aval del máximo intérprete constitucional, opta, a mi modo de ver, por un Derecho Penal simbólico que convierte cada agresión del varón a su pareja o ex pareja femenina en un acto cargado de simbología negativa y, paralelamente, a la contundente respuesta punitiva que lleva aparejada dicha conducta, en una apuesta por una simbología positiva⁵³.

⁵³ Este Derecho Penal simbólico enlaza con la finalidad pedagógica de las normas penales que era reconocida sin ambages ante el Parlamento en la intervención del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales. Vid. MONTALBÁN HUERTAS, I., en “La Ley integral...”, *op. cit.*

Retomando las consideraciones anteriores, el tribunal observa que el hecho de que el desvalor añadido no haya sido considerado en otros delitos más graves no es relevante:

- “*porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico*”; afirmación discutible, pues si se invocan argumentos válidos para la violencia habitual y no para el maltrato ocasional, el juicio axiológico se desmiente solo;
- “*porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor*”, afirmación nuevamente problemática en la comparación con la violencia habitual.

En esta objeción, que se califica de “desproporción inversa”, considero que el tribunal margina elementales exigencias metodológicas a la hora de enjuiciar la adecuación desde un punto de vista sistemático, exigencias que, en cambio, recupera, como se ha señalado, al referirse a posibilidades de respuesta “equiparadora”, como el inciso final del art. 153.1 o su párrafo 4. Parece, de este modo, que el sistema se agota en el propio precepto y que toda consideración más allá del mismo es constitucionalmente irrelevante.

Igualmente, el Tribunal aborda, en un breve párrafo, la objeción relativa a la exclusión de otro tipo de relaciones, distintas de las conyugales o análogas:

- con la afirmación, también axiomática, de que “*son relaciones carentes de las peculiaridades culturales, afectivas y vitales de las conyugales o análogas*”, afirmación desde luego difícilmente sostenible hoy respecto de las relaciones homosexuales, excluidas de la norma;
- con el socorrido recurso al último inciso del precepto, cuyas sucesivas exigencias añadidas al tipo de relación (convivencia y especial vulnerabilidad), como ya he indicado, se ignoran o minimizan, en particular, al marginar las consecuencias derivadas de su carácter simultáneo y no alternativo.

Concluye el tribunal su análisis de la adecuación al fin perseguido con una reiteración, negando que el sexo sea determinante: “*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*”. No cabe duda ya que, en la tensión entre culpabilidad y objetividad, ésta última ha ganado la batalla.

El Tribunal, en aplicación de reiterada doctrina e insistiendo en el respeto a las potestades legislativas, sólo apreciará inconstitucionalidad cuando advierta

en las consecuencias de los supuestos diferenciadores, “*un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable...a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa*”. En este punto, el análisis, ya avanzado en razonamientos anteriores, concluye por calificar la diferencia como muy limitada y, por tanto, intrascendente desde el punto de vista de ese control de mínimos suficiente para afirmar la constitucionalidad del precepto.

En relación con este último segmento del juicio de constitucionalidad a la luz del principio de igualdad, merece la pena destacar:

- el nuevo recurso al último inciso del art. 153.1 (víctima conviviente especialmente vulnerable), que ya ha sido objeto de valoración;
- la mención de la alternativa de trabajos comunitarios, respecto de la cual se cuenta con la peculiaridad de precisar el consentimiento del penado, son múltiples los problemas de imposición y ejecución y constantes las llamadas a los fiscales para que eviten solicitarla;
- la insatisfacción que deja entrever el tribunal en relación con la mención del subtipo atenuado, en cuanto, al ser también aplicable al art. 153.2, no conduce a una real equiparación subsidiaria. Se han eliminado, en congruencia con el tenor de los últimos razonamientos, las referencias al subtipo atenuado como fórmula para responder a los casos en que no se constatase la adecuación de la conducta con la definición del art. 1.1 LO 1/2004, que incurría, por otra parte, en una nueva aporía: si la diferenciación se justificaba en la definición y no concurrían los supuestos de esta última, la solución no podría pasar por aplicar una atenuación que presuponía la aplicabilidad, por esa diferencia justificada, del párrafo primero.

En el penúltimo de sus fundamentos, el tribunal aborda el eventual conflicto del precepto tanto con el principio de culpabilidad, como con el derecho a la dignidad, entendiendo, razonablemente, que la posible afectación de este último derivaría de una determinada presunción, entre varias que se cuestionan, que, a su vez, vulneraría el principio de culpabilidad. Sus argumentos se articulan, pues, en un doble frente:

- la negación de toda presunción legislativa, cuya afirmación, más o menos explícita, había inspirado, en mayor o menor medida, los anteriores borradores; y
- la negación de las alegaciones de “responsabilidad colectiva” o de “Derecho penal de autor” que alentaría en ciertas interpretaciones.

Se trata, en mi opinión, de la parte más débil del razonamiento. El auto de planteamiento partía de una serie de argumentos alternativos para fundamentar la diferenciación. De todos ellos, el más razonable enlazaba, como hacían también las primeras redacciones, con el bien jurídico igualdad,

que se protegería, en aparente paradoja, mediante la diferenciación de los sujetos y en relación con un grupo de relaciones, frente a determinadas conductas, contra la integridad física, psíquica y moral y la libertad y seguridad, de carácter intrínsecamente discriminatorio. Técnicamente, este fundamento venía, además, facilitado por la definición contenida en el art. 1.1 de la Ley que otorgó al precepto penal la redacción cuestionada. Se ofrecía, así, la alternativa, que con mayor o menor claridad, seguían las primeras redacciones, de una sentencia interpretativa, como solución ponderada y de compromiso.

La finalidad antidiscriminatoria está reconocida, de alguna manera, en la redacción definitiva de la sentencia. Sin embargo, como se ha señalado, se ha optado por hacerlo en términos tales que queda excluida su consideración como un elemento del tipo precisado de prueba. No se trata de integrar el precepto con la definición de violencia de género, con un elemento subjetivo o “normativo”, sino de justificar la agravación diferenciadora por la razonabilidad a partir de una constatación ajena al tipo y realizada, previa y legítimamente, por el legislador que excluye toda prueba, porque el autor, al realizar la conducta, se inscribe objetivamente en una determinada pauta cultural discriminatoria. El acto, al margen de su significado objetivo y de las concretas circunstancias del caso y voluntad del autor, nace teñido de un imborrable tinte discriminatorio. Desde este planteamiento, así soslayada la lesión del principio de igualdad, parece inevitable el sacrificio del principio de culpabilidad.

A este respecto, se afirma que no hay presunción de desvalor mayor en la conducta *“a través de de la presunción de determinados rasgos que aumenten la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del agente. Lo que hace el legislador y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica en el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”*. Lo que, sinceramente, nos resulta difícil de entender a muchos penalistas es cómo puede justificarse el mayor desvalor sin atender a alguna de las categorías básicas de la teoría del delito. El fundamento científico de la agravación, radicada en una mayor antijuridicidad o culpabilidad, se sustituye por el acientífico y voluntarista de la “constatación razonable de lesividad”, que no se presume en la norma o se integra en ella, sino que la precede y la inspira. Al final, resulta que son conductas más lesivas porque son más lesivas, porque hay muchas, porque reproducen modelos agresivos reprobables y todo ello, además, sin que signifique presumir nada en contra del reo, porque la realidad es como se constata, que no presume, y frente a tan inapelable realidad “constatada”, no caben supuestos distintos, que se aparten de esa constatación, que no presunción

Respecto de hipótesis explicativas finales, como el abuso de superioridad o la vulnerabilidad de la víctima, nuevamente, se afirma que ni uno ni otra se presumen. En particular, se admite que la presunción de mayor vulnerabilidad de la víctima atentaría contra el derecho a la dignidad de la mujer, pero como lectora no puedo evitar la profunda indignación que me produce la reiterada justificación que la presencia del inciso final parece incorporar a la diferenciación del primer inciso. Si en un caso no es requisito la convivencia y basta la condición de mujer en determinada relación actual o pretérita y si, para justificar la diferenciación en cuanto al sujeto activo y pasivo, se esgrime una norma que exige, en esas relaciones, la convivencia y la especial vulnerabilidad de la víctima, no es precisa una especial susceptibilidad para estimar equivalentes, en la concepción del legislador y de los magistrados que lo avalan, la condición de mujer en una de esas relaciones y la de persona especialmente vulnerable, Incluso, puesto que la convivencia sólo se exige en este segundo inciso, como persona especialísimamente vulnerable. Me disculparán, pero, desde la inicial admisión de mi posible error, no alcanzo a apreciar en esta lectura una victoria para la dignidad de la mujer. Me perdonarán, pero reivindico mi derecho, ahora como mujer, a rechazar adalides, aun disfrazados bajo el engañoso manto de un legislador unánime, que dicen defender mi dignidad atentando a la postre contra ella. Es más, mi derecho a rechazar adalides, caballeros de reluciente armadura, que como padres, maridos, compañeros o Estados protectores y bienintencionados, pretendan mi defensa y reforzar mi derecho a la igualdad desde lo que no es sino la afirmación de mi inferioridad.

El Tribunal, finalmente, tras un largo párrafo dedicado a la exposición del reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y del correlativo rechazo a un Derecho penal de autor, despacha, en breves líneas, la objeción más evidente que se sigue de su justificación anterior. Y lo hace en los siguientes términos:

“Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.”

La agravación radica en esa conducta personal de “consciente inserción”, pero la estructura social de referencia no es, desde luego, dependiente de la voluntad del actor. Y la cuestión, en definitiva, es, como decía, si cabe, entre esos sujetos, en esas relaciones, en esa conducta, probar que no existe

tal consciente inserción, porque es posible esa conducta, con esos condicionantes de sujetos y relación, al margen de esa estructura. Una cuestión respecto de la cual el tribunal no parece abrir vía alguna para una respuesta positiva: el simbolismo y, por tanto, el mayor desvalor, se presenta como inexorable. Al margen de las circunstancias de todo tipo, cualquier acto de los descritos entre hombre y mujer en esa relación, responde a esa estructura. Para el legislador penal, el hombre y la mujer que están o han estado, sin extinción posible de este vínculo, en relación conyugal o análoga, no cabe otro modo de entender las conductas menores que sanciona con tan singular y arriesgada fórmula: todas se inscriben en una misma estructura social o pauta cultural. En el ejemplo que se planteaba en el auto que cuestionaba la constitucionalidad de la norma: la mujer que reprochaba a su pareja su escasa hombría por ocuparse sólo de las tareas domésticas y le empujara, sería menos castigada que el hombre que, enzarzado en una riña mutuamente aceptada por ese motivo, propinara a aquélla idéntico empujón. En esta misma clave cultural inexorable han de entenderse las peleas de parejas de drogadictos por la posesión de la droga o de objetos destinados a su venta o tantos otros supuestos que, al menos para un observador desapasionado, difícilmente se corresponderían con lo que suele entenderse por “violencia de género”.

Tal y como era previsible, el Tribunal reprodujo, con escasas variantes, pese a la invocación del principio de proporcionalidad en relación con otras cuestiones de inconstitucionalidad, los argumentos de la sentencia comentada, para estimar la constitucionalidad del resto de los preceptos cuestionados afectados por la reforma operada por LO 1/2004. A pesar, por cierto, de que las amenazas sin armas o instrumentos peligrosos, realizadas por la mujer sobre su pareja o expareja masculina, fuera de ese inciso, tienen la consideración de simples faltas y de que, por tanto, la vulneración del principio de proporcionalidad, que invocaba en la cuestión correspondiente, parece más que evidente. Pero la proporcionalidad no ha sido nunca, tradicionalmente, un argumento sólido y fiable en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma. Bajo el nombre de un mismo ponente, sirvió tanto para afirmar la constitucionalidad de la sanción penal de la insumisión, en sentencia de 1996 (TC Pleno, S 28-3-1996, n.º 55/1996, rec. 961/1994, BOE 102/1996, de 27 abril 1996. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles), como para negar, tres años después, la de la colaboración con banda armada (TC Pleno, S 20-7-1999, n.º 136/1999, rec. 5459/1997, BOE 197/1999, de 18 agosto 1999. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles).

Próximamente, todo permite augurar que también el art. 57, en lo que se refiere al alejamiento imperativo, en casos de violencia doméstica y no sólo de género, merecerá los parabienes del Tribunal, a pesar de contar, en ese caso, con un criterio discrepante de la Fiscalía, que venía recomendando sistemáticamente la petición de indulto particular en caso de voluntad contraria de la víctima. Nuevamente se insistirá en la existencia de mecanismos de flexibilización de la duración, que no de la imposición, de la pena y, esta vez,

en argumentos de prevención general no cubiertos suficientemente con las penas principales y que han de mantenerse pese a la voluntad contraria de la víctima en cuya protección y con mención expresa de su nombre, se impone la accesoria. Poco importa, como en el caso que se ha comentado, que se trate de respuestas jurídicas incomprensibles en otras latitudes.

Poco importa, en fin, que algunos sigamos preguntándonos si la singularidad casi absoluta de la legislación penal española, no debiera despertar algo distinto al discurso triunfalista de exaltación de la vanguardia. Es posible y sólo posible, que algunos experimentos se hayan enjuiciado razonablemente en otros sistemas como excesivamente peligrosos para unos principios que son fruto de una esforzada conquista de siglos y que parecían constituir fundamento de la respuesta jurídica más contundente y elemental, reservada a las infracciones más graves e intolerables. Principios como la igualdad, la intervención mínima, la legalidad y paralela proscripción de la analogía, la culpabilidad, la presunción de inocencia o la libre valoración de la prueba, han de entenderse ahora de otro modo, más flexible, más acorde con nuevas realidades y valores, o prescindir definitivamente de ellos. Nada que temer, que si nos gustan esos principios, seguro, tenemos otros.

Aunque, finalmente, quizás no sea tan seguro que todos estén dispuestos a abjurar tan fácilmente de esos principios, tan caducos, tan incómodos, para la consecución de fines superiores. Quizás, como se ha sugerido, el Tribunal de Justicia Europeo, tras superar su inicial incredulidad, se resista a admitir que la separación puede ser impuesta para proteger a una víctima contra la voluntad de ésta. Quizás, como ya anuncia la lectura de la introducción a la iniciativa de Orden Europea de Protección⁵⁴, que nace ya desprovista de la inicial distinción de sexo que propugnaba la Presidencia española, la vieja Europa no esté, todavía, preparada, para discriminar en la protección de las víctimas por razón de su género, aderezado o no del adecuado “contexto relacional”.

4. CUESTIONES DE LEGALIDAD ORDINARIA: RESPUESTAS JUDICIALES DE “CONTENCIÓN”

Enlazando con las reflexiones finales del anterior apartado, no es posible ignorar que, hasta ahora, varios tribunales y, lo que ya representa un más serio “aviso”, varias sentencias del Tribunal Supremo, han decidido rescatar el maltrecho principio de culpabilidad de sus cenizas, ignorando los esfuerzos del Tribunal Constitucional por negar la existencia de una presunción normativa de lesividad, superándolos, al afirmar, de una vez por todas, que la agravación sólo se justifica en la medida en que la conducta responda a la definición legal de violencia de género. Por fin, de nuevo, se afirma la

⁵⁴ 7387/10 COPEN 60 CODEC 192, Informe a la Comisión de 30 de marzo de 2010.

posibilidad de supuestos de agresión, amenaza o coacción leve de hombre a mujer, en el contexto de una relación de pareja actual o pretérita, que no supongan una “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. El Tribunal Constitucional prefirió descartar la opción de dictar una sentencia interpretativa. Como sumo, aunque no único, intérprete de la Constitución, consideró que no era necesario integrar los preceptos penales con la definición de violencia de género, ni exigir, por tanto, la prueba de esa correspondencia de la conducta enjuiciada con dicha definición. Pero el Tribunal Supremo, como sumo, aunque no único, intérprete de la legalidad ordinaria, ha entendido otra cosa, recuperando, de las ambigüedades de la STC 59/2008, aquellos pasajes que, aisladamente, conservan ecos de un primer texto interpretativo. Concluyendo, en fin, que “no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P. (...), sino sólo y exclusivamente — y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley — cuando el hecho sea “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. Es preciso, pues, “acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el “animus” que impulsaba la acción, pues estamos ante un delito eminentemente doloso en el que — debe repetirse una vez más — la conducta típica debe ser manifestación de la discriminación, desigualdad, dominación y sometimiento que el sujeto activo impone sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la Ley Orgánica de la que emana el tipo delictivo. Paralelamente, el Juez o Tribunal se encuentra en la misma obligación (...), valorando la prueba practicada al efecto y verificando si concurren o no los elementos que configuran el delito”⁵⁵.

En esta línea de contención frente al exceso, de retorno a la racionalidad, que, sin duda, no faltará quien califique de regresión, de reafirmación machista o hasta de terrorismo judicial, el Tribunal Supremo ha avalado, mayoritariamente, con contadas desviaciones de su doctrina, la relevancia del acogimiento de la testigo y supuesta víctima, en el plenario, a su derecho a no declarar, por su relación conyugal o análoga con el acusado, impidiendo la valoración de declaraciones anteriores de la misma testigo durante la instrucción de la causa. La imposibilidad de valorar estos testimonios directos no ratificados en

⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 (Pte. Ramos Gancedo). En el mismo sentido se había pronunciado ya la STS de 8 de junio de 2009 e, incidentalmente, la de 25 de enero de 2009, ambas relativas a sendas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20.^a, que no había abandonado esta línea interpretativa tras la STC 59/2008. La Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.^a, ha seguido esta doctrina en tres sentencias de 26-3-2010, una de 29-3-2010 y otra más de 13-4-2010. Anteriormente, habían seguido esta orientación, sentencias como las dictadas por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26-7-2007 y Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Castellón, de 20-9-2007.

el acto del juicio oral por acogerse el testigo a su derecho a no declarar⁵⁶, no puede ser, tampoco, suplida, por el testimonio de referencia que, con fre-

⁵⁶ Las Sentencias del TS de 27 de enero y 10 de febrero de 2009 exponen las razones que impiden valorar, en supuestos en que un testigo que ha declarado previamente se acoge a su derecho a no declarar en el plenario, dicha declaración sumarial previa. En primer lugar, la libre decisión de un testigo en el acto del Juicio Oral que opta por abstenerse de declarar contra el acusado, de acuerdo con el art. 707 de la LECr, en relación con el art. 416 de la LECr, es el ejercicio de una dispensa legalmente atribuida, incompatible con la neutralización de su efecto mediante la valoración de la declaración sumarial. No haber hecho uso de esa dispensa en la declaración sumarial no impide su ejercicio posterior en cuanto mecanismo de solución de un conflicto entre deberes que bien puede subsistir y plantearse de nuevo en otra declaración, ni entraña renuncia a optar por la abstención de declarar como testigo en el juicio Oral, entre otras razones porque la distinta naturaleza que corresponde a la declaración sumarial, que no tiene carácter de actividad probatoria, y la que es propia de la testifical en Juicio Oral, que es verdadera prueba idónea para desvirtuar la presunción de inocencia, pone de relieve la posibilidad de usar de diferente manera la dispensa de declarar en testimonios de tan distintas consecuencias, que es lo que está presente en el fundamento de esa dispensa, concedida en función de las posibilidades de perjudicar con la declaración los intereses del pariente procesado o acusado. Por tanto admitida la plenitud de eficacia de la decisión de no declarar contra el acusado en el Juicio Oral, es improcedente desvirtuar el ejercicio de esta facultad trayendo a la valoración de la Sala su declaración sumarial incriminatoria. Es cierto que la dispensa ejercitada en el Juicio Oral no elimina ni la realidad de la declaración sumarial ni su validez; pero también es verdad que precisamente su validez y eficacia originaria como mera diligencia sumarial sin valor probatorio es la que la dispensa luego ejercitada en el Juicio Oral no modifica. Lo que sí impide es que se transforme ese inicial valor como mera diligencia sumarial sin valor de prueba en una verdadera prueba de cargo testifical, después de que la dispensa atribuida al testigo ha sido ya ejercitada en sentido contrario, negándose el testigo a declarar contra el pariente acusado. Hacer esa conversión es impedir por una vía indirecta lo mismo que por otra se concede al beneficiario de la dispensa. Tampoco está legitimada en este caso la incorporación de la declaración testifical prestada en Sumario, a la actividad probatoria del Juicio Oral, por la vía del art. 730 de la LECr. Que permite se lean a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no pueden ser reproducidas en el Juicio Oral. Este precepto que otorga eficacia probatoria a una diligencia sumarial excepcionando el principio elemental de que la práctica de la prueba debe hacerse en el Juicio Oral, con plena observancia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad, no debe interpretarse extensivamente más allá de lo que exige su propia condición de excepción. Su presupuesto de aplicación es la irreproductibilidad en el Juicio Oral de la diligencia de que se trate, ya sea por razones congénitas — como por ejemplo una inspección ocular practicada durante el sumario — o sea por causas sobrevenidas de imposibilidad de práctica en el Juicio Oral. En este segundo supuesto que incluye los casos de testigos desaparecidos o fallecidos, o impossibilitados sobrevenidamente, es necesario que resulte imposible materialmente la reproducción de la declaración testifical. Por tanto el art. 730 presupone la no comparecencia del testigo que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando la falta de declaración del testigo en el Juicio Oral es la legítima consecuencia del ejercicio por parte del testigo de un derecho reconocido por la Ley, estando el testigo presente en las sesiones del Juicio Oral. Llamar a esto “imposibilidad jurídica” para justificar la aplicación del art. 730 es un recurso semántico que desvirtúa el precepto, se aparta de su fundamento, desnaturaliza su condición de excepción, y choca contra el legítimo ejercicio de la dispensa de declarar contra un pariente porque se opone al resultado que con ese ejercicio se pretende. Por irreproducible, a los efectos del art. 730, debe entenderse lo que ni siquiera es posible por el propio carácter definitivo de las causas que lo motivan; algo que no es predicable del testigo que acudiendo al Juicio Oral opta allí y en ese momento por ejercitar el derecho o no a declarar que la Ley le atribuye. Este criterio que se mantuvo en la ya clásica Sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1973, ha sido mantenido posteriormente en las Sentencias de 17 de diciembre de 1997, 28 de abril y 27 de noviembre

cuencia ofrece la acusación, a través de la proposición del testimonio de los agentes policiales que recibieron las primeras manifestaciones de la víctima, ni por la documental médica acreditativa de la existencia y data aproximada de unas lesiones, en su caso, pero no de su carácter antijurídico y culpable ni, lógicamente, de su autoría⁵⁷. Esta doctrina subyace en el elevado número

de 2000; y 12 de junio de 2001, en el sentido de no permitir la lectura de las declaraciones sumariales del testigo que en Juicio Oral hace uso de su derecho a no declarar. Tampoco autoriza la incorporación de la diligencia sumarial el art. 714 que permita la lectura de la declaración prestada en el sumario cuando no sea en lo sustancial conforme con la prestada por el testigo en el Juicio Oral. Precepto justificado para medir la credibilidad de la verdadera prueba que es la del Juicio Oral a través de las explicaciones que el testigo da sobre la contradicción, y que por lo mismo exige como presupuesto que la contradicción se produzca. Es obvio que cuando el testigo dispensado de declarar hace uso de esa facultad y no declara, nada dice en el Juicio Oral y ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto a lo declarado en el sumario.

⁵⁷ Las mismas sentencias ya citadas del TS de 27 de enero y 10 de febrero de 2009 insisten en que los testigos de referencia “no pueden aportar sobre el hecho sucedido mayor demostración que la que se obtendría del propio testimonio referenciado, porque lo que conocen solo son las afirmaciones oídas de éste. La certeza de que se hicieron ciertas afirmaciones por el testigo directo es lo único que puede resultar de la veracidad de lo declarado por aquéllos, y en consecuencia subsiste la necesidad de ponderar y valorar el testimonio directo para determinar el hecho que se pretende averiguar. Los testimonios de referencia, aún admitidos en el art. 710 de la LECr tienen así una limitada eficacia demostrativa respecto al hecho delictivo, pues pasar directamente de lo declarado verazmente por el testigo de oídas a tener por probado sin más lo afirmado por aquél a quién se oyó equivaldría a atribuir a éste todo crédito probatorio privilegiando una narración extraprocesal sustraída a la inmediación y a la contradicción. Por ello el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical. Y aún en este caso resulta evidente la debilidad demostrativa del testigo de referencia para sustentar por sí solo un pronunciamiento de condena, por la misma naturaleza de la fuente de su conocimiento, que es indirecta o mediata respecto al hecho delictivo, y siempre condicionada en cuanto su credibilidad depende de la que mereciera el testigo directo, en situación no obstante de imposibilidad de ser interrogado y oído a presencia del Tribunal. En todo caso esa imposibilidad de acudir al testigo directo, que justificaría atender, y con todas las reservas, los testimonios indirectos o de referencia ha de ser material, algo que no concurre” como era y es el caso, cuando “la testigo directa compareció, pero se negó a declarar ante el Tribunal ejercitando libremente la facultad concedida por la Ley de no declarar”. “Que esto no es una imposibilidad material, al acudir el testigo, quedó ya razonado con relación a la inaplicabilidad del art. 730 de la LECr. La misma razón conduce en este caso a excluir el testimonio de referencia”. Respecto de la incidencia que, en la doctrina expuesta, pudiera tener la STS 26-6-2009, en la que se otorga valor probatorio al testimonio de referencia de dos agentes de Policía y de la médico que escucharon a la lesionada contar las agresiones de las que fue víctima en unión de los informes médicos y forenses demostrativos de las lesiones coincidentes con la narración escuchada por los testigos de referencia, momentos después de perpetrarse las agresiones, debe tenerse en cuenta que se trata, por el momento, de una sentencia aislada, con muy precisos condicionantes y, en todo caso, contradictoria con la doctrina expuesta en las mencionadas con anterioridad. En esa contradicción, no se exponen, además, los elementos que diferencian uno y otro caso, ni se justifica un posible cambio de Jurisprudencia. Téngase en cuenta que, por ejemplo, en la STS de 10-2-2009, ya citada, del mismo Ponente que la STS 26-6-2009, existían también numerosos testigos de referencia y hasta informes periciales, relativos, por ejemplo al estado emocional compatible con una situación de incesto. Y no parece razonable otorgar valor al testimonio de referencia por el hecho de que se tratase, en el caso de la STS 26-6-09,

de sentencias absolutorias dictadas, ante el frecuente ejercicio por la víctima de este derecho. El informe de 2007 del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género se refiere a un 62,86% de denuncias frustradas por la renuncia de la mujer durante el juicio, con una tendencia, a juzgar por los últimos datos⁵⁸, al alza.

En la misma línea de recuperación de la sensatez perdida, el anómalo⁵⁹ recurso a la analogía en contra del reo que significa la equiparación de las relaciones análogas de afectividad, aun sin convivencia, al matrimonio y relaciones de pareja con convivencia, ha dado lugar a un extenso desarrollo jurisprudencial que ha limitado, mínimamente, la tendencia “expansiva” del precepto. En la Teoría General del Derecho se entiende por analogía la identidad de razón existente entre dos supuestos, uno específico no regulado y otro semejante objeto de regulación. Con carácter general, además, el art. 4.2 del Código Civil prohíbe la aplicación analógica de las normas sancionadoras. No se trata, en este caso, de aplicación analógica sino de recurso, por el propio legislador, a la analogía, a efectos de tipificación de determinadas conductas que resultan agravadas muy significativamente en el caso de apreciarse la analogía de supuestos. El término de referencia, esto es, el supuesto regulado al que se refiere la analogía, tanto en el art. 153.1 como en el 171.4 o en el art. 172.2, que definen a los sujetos activo y pasivo de manera idéntica, o el art. 23, no puede ser otro que el matrimonio, por la mención espe-

de una manifestación espontánea y no de una declaración policial o judicial, en principio rodeadas de mayores garantías y realizadas previa información del derecho a no declarar que ampara a la testigo, información ausente en esas “manifestaciones espontáneas” a las que ahora la citada sentencia pretende otorgar valor probatorio por vía indirecta. Sólo desde el más sublimado voluntarismo se puede afirmar que “los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión” y, al tiempo, “pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon”, por más que se añada el requisito de correspondencia con una pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado.

⁵⁸ En los datos relativos a denuncias y procedimientos penales y civiles registrados y órdenes de protección solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, facilitados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, relativos al tercer trimestre de 2009, se advierte un descenso de más del 5% de las denuncias y un ligero repunte de las renuncias al proceso (1,3%).

⁵⁹ Como punto de partida y como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 2.^a, de 2 de marzo de 2006, ha de ponerse de manifiesto que, para interpretar una norma penal, debe tenerse en cuenta que el art. 4 del Código Penal establece de forma expresa que “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” y en idéntico sentido reza el párrafo 2 del art. 4 del Código Civil al establecer que “las leyes penales no se aplicarán a supuestos, ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, lo que resulta consecuencia obligada del principio de legalidad, pues la analogía no es fuente creadora de delitos y sanciones, por lo que está prohibida toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se vengan a incriminar conductas o comportamientos que no se hallen expresa, clara y previamente comprendidos en la descripción típica, sean cuales sean las afinidades, analogías o parecidos con los comprendidos en el tipo. Acerca de los riesgos que la analogía en el Derecho Penal, regido por el principio de legalidad, representa, no es preciso insistir. A ellos se refiere, además de la citada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.^a, de 7 de septiembre de 2004.

cífica de la “esposa” en los tipos específicos y del cónyuge, en Parte General. El legislador comienza por excluir expresamente, en los tipos agravados e implícitamente, al referirse a relaciones ya extintas, también en la circunstancia mixta, como criterio para apreciar identidad de razón en los supuestos, el elemento de convivencia, fácilmente acreditable y que, no obstante, puede encontrarse ausente en el matrimonio, por supuestos en que por motivos laborales o de enfermedad u otros similares los miembros de la pareja, estén o no casados, se ven obligados a vivir separados⁶⁰. Al tiempo, es posible que la relación matrimonial se rompa, con efectos jurídicos, pese a continuar la convivencia, como expresamente preveía el hoy derogado art. 87 del Código Civil, en su redacción anterior a la Ley 15/2005. Lo cierto, sin embargo, es que el Código Civil, al margen de estas situaciones excepcionales, presume que los cónyuges viven juntos (art. 69 del Código Civil) y que, sin embargo, la convivencia no puede erigirse en criterio de valoración de la analogía con la relación de afectividad a que se refieren los arts. 153.1 y 171.4 del Código Penal. Es preciso, pues, centrar la atención en otros elementos definitorios de la relación conyugal, al margen de la convivencia, con la dificultad, esta vez inversa, añadida, de que el Código Penal opera una nueva restricción, sólo en los subtipos agravados, al excluir, del ámbito de aplicación de estos tipos, las relaciones matrimoniales o análogas a éstas entre personas del mismo sexo, ignorando, así, la reforma operada por Ley 15/2005 en materia civil. Con esta doble limitación, respecto a la convivencia, en tipos agravados y en la circunstancia mixta y al sexo de los miembros de la pareja, sólo en los primeros, los elementos definitorios del matrimonio al que, como término de referencia, debe remitir la analogía, pueden encontrarse en los arts. 66 a 68 del Código Civil, que regulan los derechos y deberes de los cónyuges. La Jurisprudencia menor, en un esfuerzo por establecer criterios que otorguen cierta seguridad jurídica, ha resumido, en la expresión “proyecto de vida en común”, con determinadas connotaciones añadidas, el criterio de valoración de identidad de razón entre los supuestos de relación matrimonial y no matrimonial entre hombre y mujer⁶¹. Para definir su contenido, se alude a expresiones como especial vinculación o unión, más allá de la simple amistad pero que no quedaban inmersos en una unión de hecho, en las que se descubre, no obstante una especial vinculación de pareja, de fidelidad, de unidad, de futuro, aun sin convivencia, que trascienden a lo personal, pasando por lo familiar, llegando al ámbito social. Con estos parámetros, la Jurisprudencia menor ha abordado, con resultados diversos, las relaciones de noviazgo. Lo cierto es que no se trata de un concepto jurídico y sí de una expresión transida de valoraciones sociales, generacionales y hasta personales muy variables. Por ello, más

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.^a de 29 de noviembre de 2004.

⁶¹ La expresión se utiliza, por ejemplo, en las Sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 6.^a, de 29 de septiembre de 2004, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.^a, de 29 de noviembre de 2004 y Sección 3.^a de 18 de mayo de 2005 y Audiencia Provincial de Gerona, Sección 3.^a, de 11 de febrero de 2005.

allá de las palabras, es preciso centrar la atención en los elementos fácticos concretos que permitan o no establecer la analogía. De este modo, la naturaleza sexual de la relación es componente necesario, aunque no suficiente. También será necesaria la estabilidad de la relación, aunque no sea de presente, pero sí en algún momento, siendo exigible una cierta duración⁶². El criterio “afectivo” que es el de la Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado, presenta un nivel de riesgo para el principio de legalidad mucho más intenso y abre el precepto a supuestos tan discutibles como aquéllos en que la relación tiene distinta naturaleza para cada componente de la pareja. Parece preferible, por tanto, ceñirse al concepto de relación que implique un proyecto de vida en común y, en cuanto a su duración, apuntar, con carácter orientativo, el “tiempo mínimo de reflexión” de tres meses que, a partir de la Ley 15/2005, se exige, con carácter general, para la separación del matrimonio (art. 81 del Código Civil).

Más recientemente, incluso, el Tribunal Supremo⁶³ ha retomado, con otra técnica, el empeño en situar en justos y razonables límites la imperatividad del Art. 57 del Código Penal, que impone el alejamiento de autor y víctima, para la práctica totalidad de los delitos, en el caso de que las víctimas se incluyan en el círculo subjetivo que define la violencia doméstica. En un principio, el Tribunal Supremo afirmó la inexistencia de delito de quebrantamiento de medida y hasta de condena, cuando la víctima reanudaba voluntariamente la convivencia con el agresor a quien se le había impuesto una pena o medida de alejamiento. Abandonada posteriormente esta línea interpretativa, que llevó a algunos Juzgados a dejar sin efecto medidas y, en ocasiones, penas, por renuncia de la víctima a la protección, en fechas recientes se ha abierto paso una interpretación, artificiosa, pero útil para resolver situaciones personales, familiares y sociales complejas, que excluye la imperatividad de la pena accesoria de alejamiento en casos de maltrato ocasional. Pese a sus limitaciones, es una posibilidad más, en todo caso no peor que la recomendación de la Fiscalía General del Estado de solicitar indulto en estos casos.

⁶² En este punto, la Sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de La Coruña de 29 de septiembre de 2004, niega la analogía en una relación de noviazgo de menos de un año entre personas jóvenes (18 y 16 años) que seguían viviendo con sus respectivas familias. En general discuten la inclusión de la relación de “noviazgo” en la analogía, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 2.ª, de 18 de agosto de 2004 y Sección 6.ª, de 17 de noviembre de 2004 y de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3.ª de 11 de marzo de 2004. Sin embargo, incluso atendiendo el más extensivo concepto que propugna la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 22 de marzo de 2005, debe descubrirse en la relación una afectividad de carácter amoroso y sexual, que no quede limitada a una mera relación esporádica y coyuntural, que suponga la existencia de un vínculo afectivo de carácter íntimo entre los componentes de la pareja (en este sentido se pronuncian también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1.ª de 10 de noviembre de 2004; Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2004; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.ª, de 15 de marzo de 2004, Sección 10.ª, de 7 de julio de 2004; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1.ª, de 10 de junio de 2004; Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2.ª, de 30 de junio de 2004).

⁶³ STS de 22 de octubre de 2009.

La insatisfacción generada por la imperatividad del precepto ha alcanzado, incluso, a sectores feministas, pues, al menos en este punto, no es posible ignorar las implicaciones negativas para la dignidad de la mujer y para su condición de sujeto de derechos, al imponer, contra su voluntad y sin privación de libertad paralela, en supuesta e incondicionada protección de su seguridad, ignorando su criterio acerca del mejor modo de afrontar la pequeña o gran crisis de pareja y familiar. su separación e incomunicación absoluta del agresor, en condiciones aún más estrictas que las que implica el ingreso en prisión.

En esta incapacitación parcial de la mujer, a quien se niega verdadera libertad de decisión, imputando, miméticamente, su opción por no declarar, por retirar la denuncia o reanudar la convivencia o los contactos con su pareja, al miedo, a la necesidad económica, a la dependencia afectiva, a la presión familiar, etc., se reproduce la sistemática confusión de las conductas menores objeto de punición con el maltrato habitual y, por extensión, la asimilación de todas las víctimas de la violencia de género, tal y como se entiende en el Derecho español, con los casos de síndrome de mujer maltratada, en los que, efectivamente, pueden reconocerse signos de anulación o seria limitación de la libertad de la víctima para adoptar decisiones, como efecto del proceso de dominación a que ha sido sometida. Estas simplificaciones, que desconocen la realidad de la legislación y del sustrato social al que se aplica, que prefieren el fácil estereotipo a la complejidad, inabarcable, de las relaciones de pareja y de las decisiones, sujetas a múltiples variables, que las mujeres podemos y debemos adoptar de continuo en la dirección de nuestras vidas, resultan enormemente perturbadoras y distorsionan la percepción del problema y la propuesta de posibles soluciones.