

¿SON DISCRIMINATORIOS LOS TIPOS PENALES DE VIOLENCIA DE GÉNERO? COMENTARIO A LAS SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 Y 41/2010 (*)

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ

I. INTRODUCCIÓN: IGUALDAD Y DERECHO PENAL.—II. LAS SENTENCIAS: II.1. *El cuestionamiento de desigualdad en la STC 59/2008*. II.2. *Otras perspectivas de constitucionalidad*. II.3. *Los votos particulares*.—III. ALGUNOS DEFECTOS, UNA DISCREPANCIA, ALGUNAS VIRTUDES.—IV. ¿CABE JUSTIFICAR UNA NORMA PENAL DISCRIMINATORIA?— V. ¿SON JUSTIFICABLES NUESTRAS NORMAS TIPIFICADORAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO?—VI. RESUMEN.

I. INTRODUCCIÓN: IGUALDAD Y DERECHO PENAL

1. Cuando en los manuales de Derecho penal se hace referencia a los principios penales, el principio de igualdad no aparece o aparece en letra más bien pequeña. No es que este principio de legitimación democrática no someta a las normas penales —faltaría más—, sino que los penalistas teóricos y prácticos, preocupados sobre todo por que las normas penales sean legales y proporcionadas, por que los penados sean culpables y por que su sanción no sea degradante o inhumana, hemos reparado poco en un principio, el de igualdad, que hasta ahora apenas nos había dado dolores de cabeza.

No, por cierto, porque no haya múltiples normas penales con sujetos activos o pasivos parciales, especiales, no referidas a cualquier ser humano como autor o víctima del delito. La razón de la despreocupación por la igualdad ha de

(*) Este trabajo se inserta en el proyecto de investigación «Tutela multinivel de los principios y garantías penales», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del VI Plan Nacional de I+D+i (DER2012-33935).

encontrarse probablemente en que la justificación de la diferenciación en razón de los sujetos se presentaba como obvia —piénsese en la protección intensificada de la indemnidad sexual de los menores de trece años (arts. 183, 185, 186, 187, 188.2, 188.3, 189 CP) o en la agravación de la detención ilegal (art. 167 CP) o del allanamiento de morada (art. 204 CP) cuando lo cometa una autoridad o un funcionario público (1)—, y en que, cuando excepcionalmente así no sucedía, cuando la diferencia entre sanción o protección de sujetos carecía de legitimidad, lo que era evidente era precisamente esta carencia, como sucedió con la norma que sólo protegía penalmente del impago de pensiones a los hijos matrimoniales.

2. Si tomamos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como baremo de las preocupaciones penales (2) serias en torno a la igualdad, pues no otro foro enjuicia la legitimidad de las normas, confirmaremos la parvedad de la conflictividad y lo convincente de su resolución.

A. Un primer tipo de normas que inciden en el principio de igualdad son las que prevén inviolabilidades: normas que disponen que determinadas personas que realizan determinadas funciones públicas trascendentes no estén sometidas a responsabilidad penal, en general (en principio, la del Rey: art. 56.1 CE) o respecto a determinadas conductas (por ejemplo, la de los diputados y senadores «por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones»: art. 71.1 CE). Como estas inviolabilidades constituyen un medio proporcionado de protección de determinadas instituciones del Estado, previstas además algunas de ellas por el propio Constituyente, las diferenciaciones penales que introducen no han resultado, en su esencia, discutidas. Así lo ha venido a afirmar el Tribunal Constitucional tanto respecto de la inviolabilidad como a la inmunidad parlamentarias: «*encuentran su fundamento en el objetivo común de garantizar la libertad e independencia de la institución parlamentaria*» y es al «*servicio de este objetivo*» que se confieren «*no como derechos personales, sino como derechos reflejos de los que goza el parlamentario en su condición de miembro de la Cámara legislativa y que sólo se justifican en cuanto son condición de posibilidad del funcionamiento eficaz y libre de la institución*» (STC 243/1988, FJ 3).

(1) Ver al respecto la relación de FARALDO CABANA, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV (dir. HUERTA TÓCILDO y PÉREZ MANZANO), *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*, Madrid, Aranzadi, 2012, págs. 167 y sig. G. DÓDARO destaca la desatención de la doctrina penal italiana al principio de igualdad («Uguaglianza e Diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale», Milán, Giuffrè, 2012, pág. 1).

(2) En el ámbito de la ejecución de medidas imponibles a menores, la STC 160/2012 desestima que infrinja el artículo 14 CE la limitación a los autores de ciertos delitos de la restricción de la suspensión de medidas de internamiento.

B. Las normas penales remisivas, a las que suele identificarse con la equívoca denominación de «normas penales en blanco» —más preciso sería calificarlas como normas «con» blanco—, han sido objeto de interés constitucional por su posible disconformidad con el principio de legalidad. En la medida en que el destino de la remisión no sea una norma general, han suscitado también suspicacias desde la perspectiva del principio de igualdad (3). En relación con las remisiones penales a la normativa autonómica, la STC 120/1998 dispuso tales dudas, al tratarse de diferenciaciones razonables y no desproporcionadas en sus consecuencias. A partir del hecho de que «*nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta*» y de que por ello «*un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado [...] sería frontalmente incompatible con la autonomía*», esta técnica penal no introduce «*divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio*» al estar «*el núcleo del delito [...] contenido en la ley penal remitente*», con lo que «*la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inessential de la figura delictiva*» (FJ 4).

C. El Tribunal Constitucional tampoco consideró que atentara contra el principio de igualdad la pena de privación de libertad para quien no abonara la pena de multa inicialmente impuesta (STC 19/1988), pues el sentido de esta disposición legal «*no es otro que el de ordenar una previsión específica —no “diferenciadora”— para la hipótesis en la cual la regla general (impositiva de la pena de multa) se resintiese de una aplicación inevitablemente diversa al proyectarse el mandato abstracto de la norma sancionadora sobre realidades fácticas distintas. Ninguna diferenciación es, pues, imputable a la acción del legislador que adoptó este precepto*» (FJ 6) (4).

(3) Ver al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Pamplona (Aranzadi), 2009, págs. 90 y sigs.

(4) Pues «sea cual sea el criterio que se sostenga sobre el tipo de respuesta normativa dada a la hipótesis del impago de la multa, la previsión específica de tal eventualidad y de los efectos que habrían de reconocerse a la inejecutabilidad de la pena patrimonial era, sin duda, obligada. Diferentes, así, los igualmente sujetos a la pena de multa en razón de su diversa capacidad para sufrirla efectivamente, no es posible establecer el parangón que da lugar al juicio de igualdad entre unos y otros —entre los solventes y quienes no lo sean—, ni considerar a la luz de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, por lo mismo, la validez de una norma legal que, en lo que ahora importa, se ha limitado a disponer una previsión específica para hacer frente a un supuesto en el que habría de quebrar, por causa de las diferencias patrimoniales entre los igualmente sujetos a la ley penal, la generalidad del mandato sancionador» (FJ 6). Tampoco vulnera el precepto cuestio-

D. Sólo la STC 67/1998 contenía una declaración de inconstitucionalidad de una norma penal *ex* artículo 14 CE. Se trataba de una sentencia de amparo de Pleno que no procedió a la autocuestión de inconstitucionalidad porque la ley aplicada había sido ya derogada (5). El precepto objeto de reproche excluía del tipo penal de impago de prestaciones familiares a los hijos no matrimoniales (el art. 487 bis del Código Penal de 1973, tras su reforma por LO 3/1989, se refería sólo a los supuestos de «separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio»). Aunque el juez de lo penal no tenía otra alternativa *ex* principio de legalidad que la de absolver por falta de tipicidad, ello no obstó para que el Tribunal Constitucional otorgara un amparo declarativo (6): es cierto que el juez había hecho lo correcto —absolver—, pero esto no quitaba para que a través de esta obligada conducta hubiera transmitido una desigualdad inconstitucional que se encontraba en la ley, en la norma penal: *«el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la*

nado la vertiente material del principio de igualdad (art. 9.2 CE), ya que, de un lado, «en nuestro ordenamiento penal —como en aquellos otros que nos son más próximos— a la adopción de una serie de previsiones que, tendentes a adecuar la pena de multa a la economía del condenado, o a flexibilizar su ejecución, pueden servir también, según lo estime el prudente arbitrio judicial, para evitar el resultado privativo de libertad que la norma subsidiariamente dispone», y, de otro lado, «no es [...] el objeto de la disposición cuestionada una circunstancia económica determinada, sino una situación de contravención del ordenamiento, apreciada al término del debido proceso judicial, frente a la que, en ausencia de previsiones legales específicas, carecería de eficacia la norma punitiva de carácter patrimonial. No estamos, pues, ante la inaceptable sanción de la pobreza que se sugiere en el Auto de remisión, sino, según hemos indicado repetidamente, ante la previsión del incumplimiento o inexecución de una pena» (FJ 10).

(5) La sentencia de amparo reconoce «inequívocamente la incompatibilidad del entonces vigente artículo 487 bis del Código Penal con el derecho a la igualdad (art. 14 CE)». Además de la derogación de la ley cuestionada, sucedía que las personas discriminadas por el precepto inconstitucional «nunca podrían obtener un pronunciamiento condenatorio, por así impedirlo el derecho fundamental al principio de legalidad penal» (STC 67/1998, FJ 7.B).

Quedaba abierta en todo caso la delicada cuestión de hasta qué punto las personas condenadas por este precepto —en el proceso penal de origen y en otros procesos— debían beneficiarse de su anulación. Repárese en que la anulación de la norma supondría la de unas condenas por dicho precepto que si no fuera por la comparación con los supuestos no contemplados en la norma (impago de pensiones a los hijos no matrimoniales) no merecería reproche constitucional alguno. Esta nulidad comportaría un déficit de prevención a raíz de una queja de amparo que lo que pretendía no es que se penara menos, sino que se penara más: que se igualara ampliando el ámbito de punición.

(6) Corrigiendo la opción de la STC 74/1997. Aplica la doctrina de la STC 67/1998, la STC 84/1998.

protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el artículo 14 de la Constitución» (FJ 5).

3. En éstas estábamos cuando el legislador penal conforma (7) cuatro tipos penales que se destinan a combatir una lacra tan arraigada como espantosa, como es la violencia de género, y lo hacen, en principio, sancionando más a los varones y a la vez protegiendo más a las mujeres. Las conductas a las que se refieren los cuatro nuevos preceptos son las lesiones (art. 148.4.º CP), los malos tratos y las lesiones más leves (art. 153.1 CP), las amenazas leves (art. 171.4 CP) y las coacciones leves (art. 172.2 CP).

Digo «en principio» porque respecto al sexo de los círculos de sujetos activo y pasivo de los tipos penales cabe albergar alguna duda interpretativa. El primero está descrito directamente con la fórmula genérica de los delitos comunes «el que», pero también por relación al sujeto pasivo del delito, que es la persona que «sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia». A su vez, este último círculo de sujetos pasivos se complementa con la «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

A. La duda respecto al sujeto activo es si el mismo podía serlo una mujer, pues también puede tener esposa, o si sólo se refiere a los varones, como sugiere la ley orgánica que genera los nuevos tipos y que «tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los *hombres sobre las mujeres* (8), 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» (art. 1.1) (9). La respuesta a esta duda de la primera

(7) Por unanimidad en la votación final de la ley: trescientos veinticinco votos de trescientos veinticinco: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 2004, núm. 61, pág. 2942. En el Congreso, en la votación parcial de los preceptos penales: a favor, 190; en contra, 130; abstenciones, una (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, Año 2004, núm. 39, pág. 1729).

(8) Añado la cursiva.

(9) Tiene razón GARCÍA ARÁN en que cabría también interpretar este enunciado de un modo diferente: «toda la violencia masculina sobre la mujer-pareja es violencia de género, porque es manifestación de tal pauta cultural» («Injusto individual e injusto social en la violencia machista», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, dir. CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 660). También SÁNCHEZ YLLERA, «Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica)», en *La Ley*, núm. 8.158, 2013, págs. 3 y 5 y sigs.

de las sentencias, la STC 59/2008, relativa al artículo 153.1 CP, es del todo precisa y técnicamente irreprochable.

Su punto de partida es el de que el autor ha de ser un varón (10). No ya porque es el presupuesto no irrazonable del órgano judicial cuestionante, sino porque constituye con ello una norma derivada del enunciado legal y porque desde la perspectiva del sujeto activo es precisamente la norma que plantea dificultades de encaje en el marco constitucional *ex* artículo 14 CE: «*porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo). Sólo si esta norma resultara inconstitucional habríamos de analizar la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir nuestra tarea de “explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución” (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8; 131/2006, de 21 de abril, FJ 2; 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 7)» (FJ 4.a).*

B. Existía también la tentación de interpretar el círculo de sujetos pasivos como un círculo que, frente a las apariencias, es un círculo general, incluyendo por igual de mujeres y varones. Así sería si se llegara a la conclusión de que las mujeres incluidas no son todas, sino sólo las sometidas a una relación de dominación, y que también lo están los varones que sufran el mismo sometimiento, pues integrarían el grupo de las «personas especialmente vulnerables».

Pues bien: con independencia de si tal interpretación reductiva del sujeto pasivo es obligada (11), y con independencia de si es certera esa catalogación

(10) Sostienen esta interpretación, POLAINO-ORTS, «La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión de la mujer», en *Indret*, 3/2008, págs. 19 y sigs. (estimando inviable una interpretación alternativa); GÓMEZ MARTÍN, «¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional», en AAVV (dir. MIR PUIG y QUERALT JIMÉNEZ), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, págs. 253, 277 y sigs.; ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional», en AAVV (dir. PUENTE ABA), *La respuesta penal a la violencia de género*, Granada, Comares, 2010, pág. 67; RUIZ MIGUEL, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 175. Para Faraldo Cabana es defendible la interpretación que incluye a las mujeres como sujeto activo del delito (en «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 169).

(11) Ver *infra* puntos 15 y 24.A.

del varón dominado como persona especialmente vulnerable, existe una mención típica que impide la simetría por razón de sexo, y es la de que este último grupo se caracteriza también por la convivencia con el autor. De este modo, incluso en la hipótesis más igualitaria de descripción del sujeto pasivo, la protección penal de las mujeres sería mayor porque alcanzaría a los supuestos en los que la víctima no convive con el autor. Así lo presupone el Tribunal Constitucional, que resalta la inclusión en el tipo del sujeto pasivo «persona especialmente vulnerable» como reductora, pero no eliminadora, de la diferenciación (STC 59/2008, FFJJ 4.b y 10).

4. Aclarados los términos de los enunciados cuestionados, regreso al impacto que tuvieron los mismos y a su plural cuestionamiento. Como se trataba de preceptos que combinaban una finalidad absolutamente loable con una técnica constitucionalmente discutible desde la prohibición constitucional de discriminación, abrieron esa reflexión que hasta ahora apenas había sido realizada en torno a la relación entre norma penal e igualdad: acerca de los límites que impone el artículo 14 de la Constitución al legislador penal. Su aplicación práctica llevó pronto estas normas a la mesa decisoria del Tribunal Constitucional.

Las sentencias que analizan la constitucionalidad de los cuatro preceptos, y singularmente la primera, que contiene la *ratio decidendi* de las demás, aportan, amén de su decisión, orientaciones muy valiosas a la comprensión de las exigencias a las que la igualdad somete a la norma penal. Pero estas sabias directrices se ven contrarrestadas por dos rasgos inesperados de las resoluciones. No es uno de ellos el de su fallo, de conformidad constitucional, y que fuera cual fuese —estimatorio, desestimatorio o interpretativo—, iba a concitar apegos y desapegos, pero sí el de la falta de rotundidad del mismo, lastrado por una mención incongruente en el fundamento cuarto a que la sentencia es interpretativa: a que la duda de inconstitucionalidad «*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*».

El segundo rasgo sorprendente es también nuclear. No ahora porque afecte al sentido del fallo sino porque lo hace a la perspectiva constitucional de enjuiciamiento. A pesar de que, según acabamos de referir, las normas penales cuestionadas tengan por sujeto activo sólo a los varones y por sujeto pasivo sólo a las mujeres, entiende el Tribunal Constitucional —y esta comprensión es cuando menos contraintuitiva— que el problema de encaje con el artículo 14 CE no lo es con su mandato antidiscriminatorio sino con el principio general de igualdad. Esto es: el problema constitucional de igualdad de los nuevos artículos 148.4.º,

153.1, 171.4 y 172.2 CP no radicaría en una diferenciación por razón de sexo sino en otro tipo de distinción (12).

Es fácil percibir la trascendencia de esta opción (13). Por de pronto y principalmente porque, si no es acertada, pervierte el juicio de constitucionalidad de la norma, a la que se aplica un canon más laxo, un marco más amplio para su análisis básico de inclusividad (14). Desde un punto de vista más genérico, de interpretación de la Constitución, porque deja de constituir una ocasión pintiparada para desarrollar precisamente el canon más estricto de control constitucional *ex* artículo 14, hasta ahora dibujado sólo en trazo grueso por el Tribunal Constitucional.

5. ¿Es en realidad esta perspectiva de la igualdad genérica una perspectiva equivocada? ¿Cuál es entonces el sentido de los fallos del Tribunal? Si cupiera calificar como fallida la orientación constitucional y como confuso el fallo, ¿han impedido estos defectos toda aportación de las sentencias analizadas a una jurisprudencia orientativa de los límites que la igualdad impone al legislador penal? ¿Qué análisis merece en su caso esa aportación?

(12) Procede recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional «sobre el artículo 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2, y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5, dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. Así, cabe contemplar “en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, 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 en sus consecuencias jurídicas [...]” (STC 200/2001, FJ 4). La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. “Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2) [...]” (STC 200/2001, FJ 4)» (STC 59/2008, FJ 5).

(13) Como subrayan REY MARTÍNEZ («Diferente sanción penal de conductas semejantes e igualdad constitucional», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, págs. 139 y sig., 144), y RUIZ MIGUEL («Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 177).

(14) Pues en los supuestos de discriminación «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» (STC 59/2008, FJ 5).

Responder a estas preguntas es la pretensión principal de este artículo. Para acercarme ordenadamente a este objetivo dedicaré el siguiente epígrafe (II) a la exposición del contenido de las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010. El epígrafe III aspira a hacer un pequeño balance de virtudes y defectos de ese contenido. Quizás tras esa reflexión pueda hacerse alguna consideración más general a la posibilidad de la utilización de criterios discriminatorios en la normación penal (IV) y, en concreto, en la prevención penal de la violencia de género (V).

II. LAS SENTENCIAS

II.1. *El cuestionamiento de desigualdad en la STC 59/2008*

6. La STC 59/2008 comienza señalando con claridad su propio objeto: lo que achaca el Juzgado cuestionante al nuevo artículo 153.1 CP (lesiones leves y malos tratos) es «*una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el artículo 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado (conyugal o análoga, sea en ambos casos presente o pretérita)*» (FJ 1).

Como ya he reseñado (15), el Tribunal considera aceptable la interpretación de partida del órgano judicial relativa a que el sujeto activo del delito ha de ser un varón y el sujeto pasivo una mujer: porque es una interpretación respetuosa con el principio de legalidad penal según el propio canon de análisis de la jurisprudencia constitucional y porque es la que genera mayores problemas de compatibilidad con el artículo 14 CE (16). Y a partir de ello acepta el término de comparación del Juzgado cuestionante en «*cualesquiera otras agresiones*» en el seno de las relaciones de pareja «*y significativamente [en] las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP)*» (FJ 5.b). La comparación sería así la siguiente: por la misma agresión objetiva la pena alternativa de prisión sería de seis meses a un año si lo es de varón a mujer que es o fue su pareja, y de tres meses a un año si lo es de mujer a varón que es o fue su pareja. La propia sentencia señala que el grupo de casos con tratamiento diferente es más reducido, pues la

(15) Ver *supra* punto 3.A.

(16) Si se prefiere expresar así, es la menos constitucional desde la perspectiva del artículo 14 CE. La cuestión es si ese alejamiento de la igualdad conduce a la inconstitucionalidad.

pena sería la misma si el varón fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con la agresora (FJ 5.b).

Que en realidad que ésta sea la comparación y no una punitivamente más diferenciada es discutible. Si el punto de partida es que el sujeto activo del artículo 153.1 CP es necesariamente un varón, no cabría la última reducción que acabamos de reseñar relativa a los varones especialmente vulnerables que son víctimas de agresoras, salvo que se interpretara de un modo inusual y expansivo que el mismo «el que» del 153.1 CP se refiere a los varones cuando los sujetos pasivos son unos, y a todos (a los varones y a las mujeres) cuando son otros (las personas especialmente vulnerables). Por una razón similar no parece que el caso de agresión inversa (mujer a varón) se cobije en la descripción del artículo 153.2 CP, que sólo parece alterar el sujeto pasivo (17). Si esto fuera correcto (18), la lesión leve y el maltrato en este caso se penarían por la vía general del artículo 617 CP: una simple falta que sólo comportaría penas leves de localización permanente o de multa (19).

7. Así delimitada la norma objeto de enjuiciamiento constitucional y las normas que se utilizan como término de comparación para mostrar la diferenciación de trato, la sentencia procede a afilar la perspectiva de análisis constitucional ex artículo 14 CE. Tras exponer sus «*dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación*» (FJ 5), y tras subrayar la índole del análisis constitucional (que «*no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa*» —FJ 6—), determina que la perspectiva adecuada de análisis es la primera (principio de igualdad), pues «*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 artículo 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que*

(17) En contra, el voto particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (punto 4).

(18) Podría pensarse que el sujeto activo del artículo 153.1 CP puede ser una mujer si el pasivo es una persona especialmente vulnerable, y que también puede serlo en los supuestos de violencia doméstica del artículo 153.2 CP, con una interpretación sistemática, a la vista de la regulación al respecto de las amenazas leves y las coacciones leves para lo primero, y de las amenazas leves con armas para lo segundo. La dicción de los artículos 171.4, 171.5 y 172.2 CP no parecen impedir que el sujeto activo pueda ser una mujer.

(19) Para esta comparación en relación a las otras normas cuestionadas, ver *infra* punto 24.B.b.

son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...] que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada» (FJ 7).

Determinada la perspectiva, procede la sentencia a aplicar el consolidado canon consecuente a la misma: *«El principio general de igualdad del artículo 14 CE exige [...] que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación».* El análisis de razonabilidad de la diferenciación supone el de *«la legitimidad del fin de la norma»* y el de *«la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada»* (FJ 7).

8. La legitimación constitucional de una norma *ex principio* general de igualdad es así una escalera de tres escalones.

A. El primero es el de la legitimidad de la finalidad de la diferenciación. Y *«[t]anto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador»* (FJ 8).

B. El segundo análisis corresponde a la adecuación de la diferenciación para alcanzar la finalidad perseguida. Dicha adecuación concurrirá si 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»*, pues esta gravedad mayor exigirá *«una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas».* Y la percepción del legislador de que concurre tal gravedad no es desde luego irrazonable. La mayor lesividad para la víctima lo es, *«de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más*

perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado» (FJ 9.a).

Resulta importante recoger el presupuesto de este incremento de la lesividad de la agresión, que es su *«inserción»* en una determinada *«pauta cultural»* consistente en *«la desigualdad en el ámbito de la pareja»*, en que es *«manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»* (FJ 9.a).

C. Fundamenta a continuación la sentencia que la diferenciación no conduce a consecuencias desproporcionadas, pues es *«significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave»* (FJ 10). Esta limitación se concreta en que la pena se distancia de la del artículo 153.2 CP en sólo tres meses de privación de libertad en el límite inferior; en que esta pena de prisión es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual para ambos tipos; y en que el artículo 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del artículo 153.1 CP pueda rebajarse en un grado *«en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho»* —en previsión ciertamente aplicable también al art. 153.2 CP—. Recuerda asimismo la sentencia que el inciso segundo del artículo 153.1 CP impone la misma pena cuando el destinatario de la agresión sea *«persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»*, por lo que *«podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer; pues en tal caso el artículo 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora»* (FJ 10).

Este juicio de ausencia de desproporción de las consecuencias de la diferenciación se mantiene también para las amenazas leves de género (art. 171.4 CP) y para las coacciones leves de género (art. 172.2 CP), por mucho que aquí sea palmario que tales amenazas sin armas o coacciones por parte de la mujer hacia el varón que es o fue su pareja merezcan sólo la pena de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3.º), y se califiquen de mera falta, con lo que el penado elude el gravoso sometimiento a un procedimiento por delito, las consecuencias jurídicas subsiguientes a la responsabilidad por delito diferentes a la pena, y el riesgo fáctico de estigmatización que

supone la imputación o la condena por delito (SSTC 45/2009, FJ 4.c; 127/2009, FJ 4.c) (20).

Y no otra es la conclusión del Tribunal respecto a la agravación de género en el delito de lesiones (art. 148.4.º CP), que eleva el marco penal de la pena de prisión desde los seis meses a los tres años del tipo básico (art. 147.1 CP) a los dos a cinco años. Subraya al respecto la STC 41/2010, como adición a los argumentos de las sentencias anteriores, que en este caso se trata de una agravación potestativa, dejada su imposición al arbitrio del juez en atención «*al resultado causado y al riesgo producido*» (FJ 9.c).

9. Este razonamiento conduce a la sentencia a la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad. La dicción del fallo es nítida al respecto (21). Que hayan surgido dudas acerca de si el fallo era interpretativo no es irrazonable, a la vista de la reseñada afirmación al respecto del fundamento jurídico cuarto (la duda conduciría a la inconstitucionalidad «*si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones*») (22), y a la vista de que, como acaba de reseñarse (23), cabría entender que el propio Tribunal restringe el desvalor añadido de las agresiones tipificadas a sólo las realizadas en cierto contexto.

II.2. Otras perspectivas de constitucionalidad

10. Los preceptos penales que tipifican la violencia de género han sido también cuestionados desde la perspectiva del principio de culpabilidad.

A. Un primer enfoque es el que achacaba a las normas controvertidas una presunción de lesividad: una presunción de que «*concorre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima*». Lo niega la sentencia: no hay presunción alguna sino «*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*

(20) Creo que esta misma diferencia punitiva se da entre las lesiones leves y los malos tratos de varón a mujer pareja o ex pareja, y la misma conducta con los sujetos inversos (ver *supra* 6).

(21) Comparte esta conclusión, GARCÍA ARÁN (*op. cit.*, núm. 9, págs. 655, 658): «el TC no les dice a los jueces que apliquen la norma *sólo* a los casos de violencia de género (dejando fuera a los que no lo sean) sino que afirma que *todas* las conductas incluíbles en el redactado del artículo 153.1 CP son expresión de la violencia de género, porque en ello se basa su argumentación central».

(22) Ver *supra* punto 4.

(23) Ver *supra* punto 8.B *in fine*.

modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja» (STC 59/2008, FJ 11.a).

B. El segundo reproche lo era por hacer responder a unos por los hechos de otros (por vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio): por la atribución al varón de «*una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor*». Tampoco lo acepta el Tribunal Constitucional: no se sanciona «*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 sólo él, coadyuva con su violenta acción*» (STC 59/2008, FJ 11.b).

11. La proporcionalidad sirve de canon de análisis de los tipos penales de violencia de género desde dos perspectivas (24). Desde la perspectiva de la igualdad, integrando el tercer escalón del análisis (ausencia de consecuencias desproporcionadas entre los supuestos diferenciados) (25), y desde la perspectiva directa de la proporcionalidad de las consecuencias de la norma enjuiciada, tomando «*como referentes los beneficios y costes [de la misma] en términos de axiología constitucional*» (SSTC 45/2009, FJ 7; 127/2009, FJ 8). Este último enfoque fue objeto de singular atención en la STC 45/2009, que fue la primera que enjuició la constitucionalidad del nuevo delito de amenazas leves de género (art. 171.4 CP), y de aplicación en la STC 127/2009, que fue la primera que enjuició la constitucionalidad del nuevo delito de coacciones leves de género (art. 172.2 CP).

El Tribunal considera aplicable el análisis que ya había realizado al respecto del antiguo artículo 153 CP (AATC 233/2004 y 332/2005), de cuyas penas apenas se diferencian las del artículo 171.4 CP. Rechaza así que sea innecesaria la agravación de la pena en comparación con las amenazas leves entre otras personas, o que exista un desfase intolerable entre el desvalor del delito y la sanción, habida cuenta de «*la cuantía de la pena de la norma cuestionada*», de «*sus posibilidades de adaptación a la gravedad del hecho*» y de «*sus importantes finalidades —la protección de la libertad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y la lucha contra la desigualdad de la mujer en el mismo—*» (STC 45/2009, FJ 8).

(24) Sobre la relación entre estas dos perspectivas, ver *infra* punto 20. En la jurisprudencia constitucional italiana se ha derivado del principio de igualdad un deber general de garantizar la proporción entre las distintas reacciones punitivas (ver extensamente en DÓDARO, *op. cit.*, núm. 1, págs. 42 y sigs., 123 y sigs., 318 y sigs.).

(25) Ver *supra* punto 8.C.

II.3. *Los votos particulares* (26)

12. El magistrado Conde Martín de Hijas sostiene la inconstitucionalidad de la norma por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo. No le convence la argumentación de la mayoría por dos razones fundamentales. No comparte que la agresión del varón a la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja tenga un mayor desvalor que la producida en tal ámbito por la mujer hacia el varón: en relación con los valores protegidos de la dignidad, la libertad o la integridad corporal *«me resulta sencillamente intolerable que puedan establecerse diferencias por razón de sexo»* (punto 4). Por otra parte, en cualquier caso, la diferenciación era innecesaria, pues la agravación que opera la norma (pena mínima de prisión de seis meses) podía ser acordada por el juez a la hora de individualizar la pena si existía *«alguna circunstancia especialmente significativa en el caso de la agresión del varón a la mujer en la relación de pareja, en el sentido del mayor desvalor que arguye la Sentencia»* (punto 5).

Si este voto apuntaba también a que se trata de una sentencia interpretativa cuyo contenido no se ha llevado al fallo (punto 3), ésta constituye la objeción nuclear del voto particular del magistrado Delgado Barrio. A su juicio, la fundamentación de la sentencia establece que la norma cuestionada *«en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última ésta de la que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, [...] que el desarrollo de los hechos constituya “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”»* (punto 1), tal como establece la ley orgánica que introdujo el precepto debatido (punto 4), pues sólo en tales casos concurre el mayor desvalor en la agresión que justifica la agravación de la pena (punto 2). Siendo esto así, era indispensable por razones de seguridad jurídica que este entendimiento se recogiera en el fallo (27). Ésta es también en esencia la opinión del magistrado Rodríguez Arribas.

El magistrado Rodríguez-Zapata Pérez sostiene *«la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género»* (punto 1), pero no del concreto precepto impugnado por dos

(26) Son los cuatro a los que a continuación me refiero (Conde Martín de Hijas, Delgado Barrio, Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas). Conformaron la mayoría los magistrados Casas Baamonde, Jiménez Sánchez, Pérez Vera, García-Calvo y Montiel, Gay Montalvo, Sala Sánchez, Aragón Reyes y Pérez Tremps.

(27) En el mismo sentido, el voto particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (punto 3).

razones fundamentales. La primera se refiere a la falta de taxatividad del precepto, al no incorporar el elemento finalista de la ley que lo introduce, consistente en que la agresión constituya «*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*», y suscitar así la duda acerca de su exigencia (punto 2). La segunda objeción constitucional radicaría en «*la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo*», lo que además comporta una lesión del principio de culpabilidad, de responsabilidad por el hecho propio: «*el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, como si portara consigo un “pecado original” del que no pudiera desprenderse, aun cuando la agresión que cometió obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar*» (punto 4).

III. ALGUNOS DEFECTOS, UNA DISCREPANCIA, ALGUNAS VIRTUDES

13. Lo anticipaba en el epígrafe introductorio (28). Aunque la sentencia tiene aportaciones valiosas a la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y una percepción certera del desvalor de la violencia de género, su fundamentación y su resolución quedan gravemente lastradas por lo que a mi juicio constituyen dos relevantes defectos estructurales: el enfoque constitucional de la duda planteada y el modo de expresión del fallo.

Expongo el primero. Si con sabiduría la jurisprudencia constitucional ha distinguido un contenido reforzado del derecho a la igualdad referente a la indiferenciación por determinadas razones, y entre ellas el sexo, y si el precepto cuestionado circunscribe los sujetos activos de un delito a los varones y circunscribe además el sujeto pasivo a las mujeres, no resulta fácil de entender que el mismo no haya de ser analizado desde aquella perspectiva más incisiva del principio de igualdad que se ha denominado prohibición de discriminación (29).

(28) Ver *supra* punto 4.

(29) Así, REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, núm. 13, pág. 139; RUIZ MIGUEL, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, págs. 177 y sig.; MAQUEDA ABREU («1989-2009: veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en AAVV, coord. LAURENZO COPELLO, *La violencia de género en la ley*, Madrid, Dykinson, 2010, pág. 123, núm. 31). Se manifiesta de acuerdo con la perspectiva utilizada por el Tribunal, PÉREZ MANZANO («Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, págs. 188, 204 y sigs.).

Ciertamente la elusión de este enfoque hubiera sido posible si se entendiera, como entiende parte de la doctrina pero no la jurisprudencia constitucional, que el mismo no se refiere sólo al motivo «odioso» (30) de la diferenciación, sino a su concreta dirección: si se sostiene que la prohibición de discriminación lo es sólo de las personas pertenecientes a colectivos tradicionalmente preteridos; que la discriminación por razón de sexo se refiere sólo a la diferenciación negativa de la mujer (31). Pero si no se asume la unidireccionalidad de la discriminación, y el Tribunal no lo hace, no parece posible eludir la perspectiva específica de la discriminación; no parece posible no aplicar para el encaje constitucional de la norma este molde más pequeño inserto en el más amplio del principio de igualdad.

No resulta así convincente la justificación de la STC 59/2008, relativa a que el sexo no es «*el factor exclusivo o determinante*» de la diferenciación, sino que la misma se sustenta en la mayor gravedad culturalmente condicionada (FJ 9) de ciertas agresiones en las relaciones de pareja (32). Este razonamiento confunde el criterio de diferenciación, que delimita el ámbito de la discriminación, con el hecho de que sea el único criterio —lo que depararía una discriminación injustificada— o de que comporte o venga acompañado de otros criterios que incidan en la diferenciación, que es el ámbito de la justificación de la discriminación (33). Si se utiliza el sexo de los sujetos para diferenciar, y en las normas penales cuestionadas se utiliza dos veces (sujeto activo y sujeto pasivo), se está discriminando. Bien o mal, pero discriminando. Si se utiliza porque el criterio del sexo es necesario para describir conductas de un mayor desvalor, se podrá estar discriminando justificadamente. Tan es así que, de seguirse la precomprensión de la sentencia, no existirían, contra la propia lógica jurídica de la jurisprudencia constitucional —piénsese en las discriminaciones denominadas «positivas»—, discriminaciones justificadas: si se diferencia sólo por el criterio odioso, estaríamos ante una discriminación injustificada; si se utiliza el

(30) El adjetivo es del propio Tribunal Constitucional (STC 62/2008, FJ 5).

(31) Así, LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la Ley integral: valoración político-criminal», en *Jueces para la Democracia*, núm. 54, 2005, pág. 25; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 206.

(32) Ver *supra* punto 7.

(33) ALÁEZ CORRAL subraya la distinción entre la utilización de un factor como criterio o como fundamento de la diferenciación: «la prohibición de discriminación del artículo 14 CE constituye una presunción *iuris tantum* de que ciertas circunstancias [...] como regla general no puedan ser tenidas en cuenta por el legislador como fundamento de tratamientos normativos diferenciados» («Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 160).

criterio odioso pero existen otras razones que avalan la diferenciación, la falta de soledad de aquel rasgo (el sexo, por ejemplo) desviaría el análisis al enfoque de la igualdad. Se trataría así, no de una discriminación justificada, sino de una desigualación justificada.

14. La segunda crítica, también desde el mayor respeto que me merece la difícil labor del Tribunal Constitucional de control de la ley penal, se refiere al fallo. No a su sentido, del que discrepo (34), sino a un aspecto técnico del mismo: al vago modo de expresar el mismo (35). Ciertamente el tenor de la resolución es nítido («Desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad») y consistente con la fundamentación de la sentencia. Lo que en ella expresa la mayoría que la sostiene es que *toda* agresión —de las tipificadas— de un varón a la mujer que es o fue su pareja tiene por razones comunicativas culturalmente condicionadas un desvalor peculiar.

Sucede, sin embargo, que esa coherencia resulta conmovida por una frase situada al comienzo de la argumentación sustantiva: la duda de inconstitucionalidad «*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*» (FJ 4). Esta frase, y quizás —y ahora arrimo el ascua a la sardina que pretendo asar— la fuerza de convicción de esta opción, han llevado a muchos autores a interpretar que la sentencia es interpretativa —valga el juego de palabras—, sin que por cierto en esa hipótesis quede claro cuál es el sentido de la interpretación constitucional (36), lo que de nuevo abundaría en la idea de que es una sentencia totalmente desestimatoria. Tal es la duda, sin embargo, que los cuatro votos particulares afirman que la sentencia es interpretativa (37).

(34) Ver *infra* punto 15.

(35) Critican este aspecto, MOLINA FERNÁNDEZ, «Desigualdades penales y violencia de género», en AAVV (ed. RUIZ MIGUEL y MACÍA MORILLO), *Desafíos de la igualdad, desafíos a la igualdad*, Madrid (UAM-BOE), 2009, pág. 61, núm. 13; REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, núm. 13, págs. 134 y sigs.; RUIZ MIGUEL, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 179; ALÁEZ CORRAL, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 166.

(36) Para GARCÍA ARÁN, «según el TC, la exclusividad del sujeto activo masculino sería inconstitucional si no se pusiera en conexión con el contexto que, resumidamente, se corresponde con la violencia de género» (*op. cit.*, núm. 9, pág. 653).

(37) Sostienen también que es interpretativa: ACALE SÁNCHEZ, «Los delitos de violencia...», cit., núm. 10, pág. 65; RUEDA MARTÍN, «La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre», Madrid, Reus, 2012, pág. 115.

El defecto no es baladí. Si ya despiertan recelos las sentencias interpretativas de las normas penales, por razones de seguridad jurídica, cómo no objetar una sentencia que añade aún la duda de si es interpretativa (38). En efecto, ya para lo primero, no es en absoluto deseable que en un ámbito con acendradas necesidades de seguridad el área normativa quede fijada no sólo por un enunciado legal casi siempre codificado, sino también por lo que afirme el fallo de una sentencia del Tribunal Constitucional (39). Este desmedro de la seguridad jurídica encuentra algún consuelo cuando se trata de recortes del tipo penal a la baja, pues se estará ante una sorpresa normativa favorable a quien pueda verse imputado, acusado o penado (40). Sólo ello hace que se trate de una técnica eventualmente aceptable, de mayores logros que inconvenientes constitucionales, y que tal técnica se torne inaceptable si el recorte normativo tiene un significado penalizador —por ejemplo, porque se interprete restrictivamente una circunstancia atenuante o eximente— (41).

No debe olvidarse, en cualquier caso, que las sentencias interpretativas en materia penal generan la complicación añadida de la complejidad de sus efectos revisores. No se trata sin más de anular los efectos punitivos de una ley declarada inconstitucional, sino de analizar caso por caso si la condena dictada lo era en virtud del contenido normativo excluido del enunciado *ex Constitutione* (42).

(38) Para una crítica a las sentencias expresamente interpretativas que no transmiten con claridad el contenido de la interpretación constitucionalmente obligada o constitucionalmente proscribida, ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», en *Indret*, 3/2012, págs. 26 y sigs.

(39) Pues en todas estas decisiones el Tribunal «altera el contenido normativo de la ley». En todas estas decisiones «aporta algo “nuevo” a la comprensión de la ley que no estaba anteriormente». Por ello, según LÓPEZ BOFILL la utilización de este recurso «debería ser proporcionada a la preservación de otros bienes jurídicos cuya protección penal encuentre alguna raigambre en términos constitucionales» (*Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, págs. 21, 320).

(40) DÍAZ REVORIO considera que en estos supuestos no se atenta contra el principio de legalidad (*Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pág. 222). La despenalización afecta también a la seguridad jurídica, pero de un modo relevantemente menos intenso. Lo hace, en primer lugar, porque la despenalización delimita negativamente la penalización: porque la cognoscibilidad de lo que ya no resulta penado es cognoscibilidad de lo que sigue resultando penado. Y lo hace también, en segundo lugar, porque las normas penales no sólo restringen la libertad con prohibiciones y amenazas, sino que lo hacen para prevenir comportamientos nocivos y así proteger bienes jurídicos.

(41) Una descripción de las sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal Constitucional en materia penal puede encontrarse en LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente?...», cit., núm. 38, págs. 26 y sigs.

(42) A esta tarea se opuso inicialmente el Tribunal Supremo, con reproche del Tribunal Constitucional. Ver STC 150/1997. Debe reseñarse que el recorte normativo (el intrusismo pro-

15. La cuestión es objeto de un intenso debate, pero creo que la mayoría de la doctrina constitucionalista y penalista, a la que me sumo, discrepa del fallo por considerar que el mismo debió ser interpretativo, corrector de la suprainclusividad de la norma impugnada —contiene supuestos de inclusión no justificable (43). Expresado muy en síntesis, el desvalor añadido de una agresión de un varón a la mujer que es o fue su pareja no se produce siempre que se den estos rasgos de sexo y de relación, sino sólo cuando se trata de una violencia de género (44), lo que requiere un rasgo añadido sobre cuyo perfil preciso se debate, pero que tiene que ver con un contexto de dominación o discriminación, o con una finalidad de dominación o discriminación. Sólo en estos casos la ofensividad es mayor que en otras agresiones en el seno de esa misma relación afectiva, que son en lo objetivo aparentemente iguales y que incluso pueden venir acompañadas de un contexto o una intención de dominación del agresor hacia el agredido, o de la agresora hacia el agredido o la agredida (45).

fesional se refería sólo a profesiones que requerían título académico en el art. 321.1 del Código Penal anterior) no se explicitaba en el fallo y que se afirmaba en una sentencia de amparo (aunque de Pleno).

(43) A favor, por ejemplo, LARRAURI PIJOÁN («Igualdad y violencia de género», en *Indret*, 1/2009, pág. 15); GÓMEZ MARTÍN (*op. cit.*, núm. 10, pág. 296); MOLINA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, núm. 35, pág. 84); REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, núm. 13, pág. 153; RUIZ MIGUEL, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 179; HUERTA TOCILDO, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 189. Sostiene que la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados no es remediable por vía interpretativa, BOLERA BARDÓN, «En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02, 2007, págs. 24 y sigs.

En contra, por estarlo a favor de la constitucionalidad de los preceptos, LAURENZO COPELLO («La violencia de género...», cit., núm. 31, págs. 29, 31; «Introducción. Violencia de género, ley penal y discriminación», en AAVV, *La violencia de género...*, cit., núm. 29, pág. 27, núm. 33: no obstante esta autora sostiene que habrá de «comprobarse caso a caso la concurrencia de los elementos configuradores de lo ilícito penal, lo que requiere interpretar los elementos típicos y delimitar su alcance»); FARALDO CABANA, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 171; ALÁEZ CORRAL, «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 165.

(44) Así, MOLINA FERNÁNDEZ: «lo cierto es que los tipos no aluden a la violencia de género, sino en general a la violencia de un hombre a su mujer pareja» (*op. cit.*, núm. 35, pág. 79).

(45) Así, GÓMEZ MARTÍN, *op. cit.*, núm. 10, págs. 296, 299. Afirma en general LAURENZO COPELLO que estamos ante un «tipo de violencia que no tiene paralelo en el sexo masculino ya que no existe una violencia asociada a la condición de varón» («La violencia de género...», cit., núm. 31, pág. 28). Como señala RUIZ MIGUEL, «el tipo de maltrato sufrido por las mujeres a manos de su pareja no tiene verdadero parangón con el que las mujeres pueden causar a la inversa» («La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva», en *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, pág. 36).

La tesis del Tribunal de que el desvalor propio de la violencia de género va anudado sólo a la dirección varón-mujer de la agresión y a la relación de pareja presente o pretérita de los mismos resulta contraria a una percepción razonable de la realidad (46). Lo que intimida, degrada y cosifica es la agresión machista, pero no lo es sin más con sólo aquellos dos rasgos de sexo y relación. ¿No existen parejas con una relación igualitaria en las que el varón pueda incurrir en las leves agresiones a las que se refieren los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 del Código Penal, por ejemplo por tratarse de una leve agresión recíproca y en las que no se aprecia el desvalor añadido propio de violencia de género? Y más allá de las parejas con una relación igualitaria, ¿y si la relación es, por excepcional que pueda resultar, una relación de desigualdad inversa?; ¿existiría acaso tal desvalor si la agresión lo es de un varón hacia su esposa si ésta, insisto en que por extraordinariamente excepcional que sea, es la que domina a su marido desde una superioridad física y psíquica? Si las relativamente ubicuas pequeñas agresiones referidas son siempre agresiones de género, ¿no estaremos negando una evidente —y aun insuficiente— evolución de una sociedad machista hacia una sociedad igualitaria?

16. Se añora en la sentencia un enfoque constitucional adecuado habida cuenta de que sus interesantes aportaciones auguraban algún desarrollo en la aún inmadura doctrina sobre la prohibición de discriminación. Inmadura, porque si bien es cierto que el principio general de igualdad se asienta ya sobre un sólido canon constitucional, su manifestación más estricta está aún pendiente de construcción sobre los anunciados cimientos de la presunción de inconstitucionalidad de la norma discriminatoria y de la dificultad de enervar la misma. En el próximo epígrafe trataré de añadir algún material a esa construcción pendiente.

Las aportaciones de la sentencia que se refieren a la descripción del desvalor de la violencia de género, a la necesidad de diferenciar por razón de sexo para combatirla, y a la exigencia de un análisis distinto, y más incisivo, cuando esa diferenciación afecta al sujeto activo del delito que cuando afecta al sujeto pasivo.

(46) Así, MOLINA FERNÁNDEZ, pues presupone o bien que no es posible una relación de pareja igualitaria, o bien que en tales parejas no cabe la ofensa, el maltrato o la lesión (*op. cit.*, núm. 35, pág. 79). También POLAINO-ORTS, *op. cit.*, núm. 10, págs. 22 y sigs.; REY MARTÍNEZ (*op. cit.*, núm. 1, pág. 149). En contra, recientemente, SÁNCHEZ YLLERA, argumenta, en síntesis, que toda violencia se dirige a la dominación (págs. 6 y sigs.) y que toda violencia física sobre la mujer protagonizada por su pareja masculina tiene un mayor desvalor «en tanto coadyuva objetivamente a mantener y reforzar la dominación social de los hombres sobre las mujeres, cualquiera que sea la motivación que impulse al autor» (*op. cit.*, núm. 9, pág. 9).

17. La principal de esas aportaciones de la STC 58/2009 me parece que es el dibujo del desvalor de la violencia de género (47). Y eso que no lo tenía fácil el Tribunal al respecto, arriesgándose a acometer una tarea que no le compete, como es la de explicar las leyes cuestionadas más allá de evaluar la razonabilidad de la motivación aportada por el legislador en el contexto elegido del principio de igualdad. Pero es que resultaba que, como es lo habitual, el legislador no motiva o motiva poco, en lo que, por cierto, puede ser una estrategia normativa oportuna para no interferir en el discurso objetivo de la ley. Con esos pies de plomo presenta el Tribunal las razones de un precepto que entiende que no presupone, más allá del sexo de los sujetos y de la relación que les une o les unía, ningún contexto específico ni determinada intencionalidad del autor. Y esas razones se sustentan en una inteligente exposición del injusto de la violencia de género añadido al injusto propio de la violencia en torno a las ideas de intimidación a la víctima, de sometimiento de la misma al autor, y de humillación (48).

18. Me parece que debe también destacarse como planteamiento adecuado de la sentencia a los efectos del análisis de constitucionalidad que se le demanda la distinción entre la diferenciación entre los sujetos activos de una norma penal (diferenciación en la sanción) y la diferenciación entre sus sujetos pasivos (diferenciación en la protección), porque la primera es más incisiva —el adjetivo es de la sentencia (49)— desde la perspectiva del mandato de igualdad: *«Es mayor la intensidad de la diferenciación cuando se refiere a la sanción*

(47) Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, núm. 35, págs. 74 y sig.; PÉREZ MANZANO, «Protección penal desigual y violencia de género», en *Cuestiones actuales...*, *op. cit.*, núm. 1, pág. 154; LAURENZO COPELLO, «Introducción...», *cit.*, núm. 43, págs. 21 y sig.; MAQUEDA ABREU («1989-2009...», *cit.*, pág. 124).

(48) En su incisiva exposición, MOLINA FERNÁNDEZ señala que la agravación de la pena en los supuestos de violencia de género dependerá de tres factores: de «la especial vulnerabilidad de la mujer [...] frente a su pareja masculina», que «debe concurrir en el hecho concreto y no puede ser simplemente presumida»; del «daño añadido que pueda proceder de la extensión temporal de la violencia»; y del «daño añadido que pueda proceder del contexto histórico general en el que se inserta esta violencia, como violencia de un grupo tradicionalmente marginado. [...] En sociedades como la nuestra, y por lo que se refiere a la discriminación por razón de sexo, este elemento tiene una importancia marginal que sólo puede justificar, y sólo cuando esté presente, una agravación menor» (*op. cit.*, núm. 35, págs. 67 y sigs., 71, 78). LARRAURI PIJOÁN, por su parte, entiende que el maltrato ocasional es más grave «cuando: 1) ocasionó un mayor temor y 2) produjo mayores posibilidades de lesión y 3) se produjo en un contexto de dominación» («Igualdad y violencia...», *cit.*, núm. 43, pág. 15). Considera RAMÓN RIBAS que lo propio de la violencia de género es la lesión añadida de la integridad moral de la mujer («Los delitos de violencia de género: objeto de protección», en AAVV, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, Dykinson, 2009, págs. 22 y sigs.).

(49) FJ 4.

que cuando se refiere a la protección, siquiera sea porque cuando la sanción constituya la privación de un derecho fundamental, y significativamente del derecho a la libertad, se tratará de una diferenciación relativa al contenido de los derechos fundamentales, al contenido de la libertad» (FJ 4). Así se infiere de la jurisprudencia del Tribunal relativa al rango de las leyes penales, que han de ser orgánicas si su pena tiene por contenido la privación de un derecho fundamental, pues tal privación constituye un desarrollo, siquiera en negativo, de dicho derecho (STC 140/1986, FJ 5).

19. Y me parece también positivamente reseñable, en fin, las razones que aporta el fundamento nueve para sostener la necesidad de la diferenciación de sujeto activo. El planteamiento crítico al que responden sería el siguiente: si el problema es que se ha constatado un déficit de protección de determinados bienes de las mujeres en un determinado ámbito (las relaciones de pareja), colmémolos igualmente, sancionando más a todo el que agrede (hombre o mujer) a una mujer en dicho ámbito: «si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos» (FJ 9). Repárese en que la objeción vale para la diferenciación de protección: si por razones preventivas necesitamos más pena para proteger a las mujeres, ¿por qué no elevar la pena si más en toda violencia de pareja, sin distinción de sexo?

Por razones de proporcionalidad: «de una innecesaria expansión de la intervención punitiva —pues cabe pensar que la prevención de las conductas de los sujetos añadidos no necesitaba de una pena mayor—» (FJ 9).

IV. ¿CABE JUSTIFICAR UNA NORMA PENAL DISCRIMINATORIA?

20. Hasta aquí el comentario de las sentencias del Tribunal Constitucional. La cuestión ahora es la de qué habría que haber decidido con el enfoque adecuado (prohibición de discriminación). La cuestión es, al fin, si es legítimo discriminar en las normas penales y, de ser así, en qué supuestos lo es. Ya se ha avanzado alguna sugerencia que ahora me dispongo a desarrollar para no sólo predicar sino también intentar dar trigo.

Como casi siempre en materia de principios y derechos fundamentales parece que el principio a la igualdad y el derecho a la igualdad admiten restricciones en términos de proporcionalidad. Podrá así el legislador diferenciar (desigualar o discriminar) si se trata de un recurso útil y necesario para preservar ventajosamente un bien, valor o principio que lo sean en términos constitucionales. No nos gusta en principio la desigualdad formal —que las normas diferencien entre

las conductas por sus sujetos agentes o pacientes (50)—, pero resulta aceptable como mecanismo de mejora en términos de axiología constitucional. Es más: en nuestro desigual mundo de personas con muy distintas posibilidades de acceso a los bienes y al desarrollo personal, parece que lo que exige precisamente la igualdad como valor sustancial es que las leyes diferencien para compensar: que, valga la paradoja, desigualen para igualar lo desigual (51).

A partir de este planteamiento habrá que dilucidar en qué consiste el desvalor de la desigualdad (punto 21) para ponderarlo con el valor de la diferenciación (punto 22), pero merece la pena en este punto destacar que estamos ante un juicio de proporcionalidad (52), diferente en alguno de sus matices al ya descrito utilizado por el Tribunal y que aún puede resumirse con sus propias palabras del siguiente modo: «*las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas*» (53). Considero que en rigor la justificación de la norma diferenciadora pasa por que la diferenciación persiga un fin legítimo, de un modo útil (idoneidad) y ventajoso (proporcionalidad estricta), sin que el tercer juicio deba restringirse a la concreta desproporción de las consecuencias jurídicas para los sujetos diferenciados: en puridad debe elevarse a la comparación entre el desvalor de la diferenciación (del que tales consecuencias son, como veremos, sólo un elemento; el otro está constituido por el criterio por el que se diferencia) y los beneficios que obtenemos con la misma.

El lector atento habrá observado que entre los requisitos de la proporcionalidad he omitido el de la necesidad o subsidiariedad, que condiciona la medida

(50) El principio de igualdad formal penal consistiría así en no proceder a penas distintas por las mismas conductas en función de los sujetos activos y pasivos de las mismas. Ver al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Igualdad penal: un esbozo», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón* (dir. CARBONELL MATEU, GONZÁLEZ CUSSAC y ORTS BERENGUER), Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, págs. 11108 y sig.

(51) De hecho, «puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias» (RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pág. 16).

(52) Ver REY MARTÍNEZ, *op. cit.*, núm. 13, pág. 144. ALÁEZ CORRAL se opone a que «el Tribunal Constitucional aplique ningún principio de proporcionalidad sobre la acción del legislador» (en «Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 181).

(53) STC 222/1992, FJ 6.

restrictiva a su indispensabilidad para el legítimo fin perseguido. En realidad es éste un juicio especialmente severo que se pone inicialmente del lado del bien restringido. Un juicio de proporcionalidad puro debería conformarse con que existan en términos axiológicos mayores costes que beneficios (los dos primeros requisitos —fin legítimo e idoneidad— son condiciones de la existencia del beneficio) sin importarle si el beneficio era obtenible con un menor coste. Al fin y al cabo, el mundo mejora con una norma que aporta más bienes que males. Puede suceder, sin embargo, que un bien nos importe tanto (por ejemplo, porque se trata de un derecho fundamental o cierto derecho fundamental) que sólo nos permitamos restringirlo cuando la restricción sea indispensable para conseguir la ventaja perseguida. De este modo, el bien restringido se ve respaldado por una doble garantía: la de la ventaja real —ganamos más con la norma de lo que perdemos con ella— y la de la ventaja hipotética: ganamos más con esta norma de lo que ganaríamos con ninguna otra con la misma finalidad.

Esta doble garantía debe aplicarse a la prohibición de discriminación (54). La distinción entre consistencia y necesidad, ya utilizada en la jurisprudencia estadounidense en materia de igualdad (55), nos depara una de las claves de un canon diferenciado para el análisis de discriminación en relación con el análisis de igualdad: donde aquí se exige consistencia o utilidad, allí se debe exigir indispensabilidad o necesidad. La otra clave, como se verá a continuación, radica

(54) Como afirma JIMÉNEZ CAMPO, la enumeración de ciertas condiciones en el artículo 14 CE «implica, si no quiere verse en ello una prohibición absoluta para la diferenciación, sí, al menos, la necesidad, para el legislador, cuando pretenda excepcionar esta regla, de localizar una habilitación constitucional en virtud de la cual pueda decaer el recelo frente al empleo de estos criterios como rasgos de diferenciación» («La igualdad jurídica como límite frente al legislador», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pág. 85). La doctrina italiana considera que el principio de igualdad impone al legislador un deber de justificación razonable de las clasificaciones normativas y una correlativa prohibición de discriminación subjetiva, que veta que las diferencias de tratamiento se basen en caracteres personales: la calidad subjetiva del destinatario de la norma no puede ser considerada en sí y por sí relevante (ver DÓDARO, *op. cit.*, núm. 1, págs. 28 y sigs.).

(55) Distingue tres cánones de análisis a partir de dos factores, la importancia de la finalidad y el tipo de vinculación entre la diferenciación y la finalidad: *a)* el estricto (*strict scrutiny*), para casos en los que quedan afectados derechos fundamentales o determinadas causas graves de diferenciación (como la raza o la filiación); según el mismo el fin de la norma diferenciadora ha de ser apremiante (*compelling*) y la diferenciación ha de ser necesaria para tal fin; *b)* el test intermedio (*intermediate review*) se utiliza cuando la causa de diferenciación es sensible (sexo, por ejemplo): la diferenciación ha de responder a una finalidad importante con la que la discriminación está sustancialmente relacionada; *c)* el test básico se conforma con fines lícitos y una relación racional entre diferenciación y fin. Cfr. al respecto, RUIZ MIGUEL, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Doxa*, núm. 19, 1996, pág. 62.

en la aportación de desvalor del criterio odioso de distinción al juicio de proporcionalidad estricta.

21. ¿Qué nos fastidia del trato desigual? ¿En qué ciframos el desvalor —el injusto— de la desigualdad?

A. La igualdad parece íntimamente ligada a la idea de dignidad, que sufre no sólo en la medida de la diferencia, lo que resulta claramente intuitivo, sino también con la razón de la diferencia. Ésta es desde luego la interpretación que del artículo 14 de la Constitución hace el Tribunal Constitucional cuando distingue entre factores de diferenciación especialmente hirientes y por ello difícilmente tolerables, que son los que expresamente menciona y los a ellos asimilables («nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social») (56), y el resto de factores de diferenciación, dando lugar incluso a dos derechos o a dos contenidos del derecho, que, con dudosa fortuna semántica, se expresan como el genérico derecho a la igualdad y el más exigente derecho a no ser discriminado (57).

Para la medición del desvalor de la desigualdad no sólo importa la naturaleza del factor de discriminación, sino también el sentido en el que se utilice. Desde luego en el contexto de la sociedad española, es peor una discriminación normativa o aplicativa por ser mujer que por ser varón, por ser negro que por ser blanco, por ser homosexual que por ser heterosexual. Lo es porque llueve sobre mojado: porque toda una historia y una cultura de discriminación ahondan en la herida de la dignidad, potencian el efecto de marginación y acrecientan la inseguridad de la persona concernida. No creo, como sostienen algunos autores, que este rasgo sea esencial y que, por lo tanto, no pueda hablarse de discriminación si la víctima no pertenece a un grupo tradicionalmente marginado. Y tampoco creo, en sentido opuesto, que el del sentido de la discriminación sea un factor

(56) Afirma la STC 62/2008, que «no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pues [...] en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que, para determinar si un criterio de diferenciación no expresamente listado en el artículo 14 CE debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)» (FJ 5).

(57) Ver nota 12.

irrelevante. Me parece así correcta nuestra jurisprudencia constitucional: las prohibiciones de discriminación son bidireccionales, pero no operan del mismo modo ni con la misma intensidad en los dos sentidos.

B. El desvalor de la desigualdad depende tanto de la razón y el sentido de la diferencia, y éste sería su factor cualitativo, como de la «cantidad» de lo diferenciado: del número y la importancia de las consecuencias jurídicas que integran la diferencia que procura la norma.

Reseñaba anteriormente (58) cómo las sentencias que estoy comentando distinguen entre dos tipos de consecuencias penales: las propiamente penales o diferencias de sujeto activo, que consisten en prever penas diferentes a unos sujetos que a otros por la misma conducta; y las diferencias de protección o de sujeto pasivo, que consisten en sancionar de modo diferente en función de quién sea el titular del bien jurídico lesionado. Dicho de otro modo: las normas penales pueden afectar a dos grupos de individuos: a los destinatarios de la prohibición y los protegidos por la misma, de modo que la norma puede proceder a dos tipos de diferenciaciones: de protección y de sanción. Se puede proteger a unos individuos sí y a otros no, o proteger a unos más que a otros, frente al mismo tipo de conductas agresivas. Y se puede sancionar a unos individuos sí y a otros no, o se puede sancionar a unos más que a otros, por la realización del mismo tipo de conducta lesiva. Y las dos diferenciaciones pueden integrar una misma norma: los artículos que tipifican la violencia de género (arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP) sancionan más a unos (ciertos varones) que a otras (ciertas mujeres) para proteger así más a unas (ciertas mujeres) que a otros (ciertos varones).

Lo que tienen en común los dos tipos de diferenciaciones penales es su intensidad jurídica, que no requiere demasiada explicación. La pena es la restricción de bienes más contundente que puede sufrir un ciudadano por parte del poder público, y consiste normalmente en la privación de derechos fundamentales, por lo que constituye una regulación negativa de su ejercicio. Y vistas las cosas desde las potenciales víctimas de un delito, la norma penal constituye la vía de protección más contundente de sus bienes de que dispone el poder público, y por ello mismo se despliega sobre los bienes más importantes de los ciudadanos. Dicho conclusivamente, cuando la norma penal desigual, desigual en serio, y aún más en serio cuando la diferenciación se refiere al sujeto activo.

22. Si en el punto anterior se bosquejaba el desvalor de la desigualdad, en éste se aborda la posible funcionalidad de la misma. ¿Por qué puede ser valiosa una diferenciación penal?

(58) Ver punto 18.

A. Un primer grupo de supuestos estaría integrado por aquellos en los que la lesividad de la conducta sea mayor en función de los sujetos activos o pasivos, de modo que tal mayor lesividad deba ser contrarrestada por razones preventivas por una mayor pena. El tipo de sujetos puede incidir en la intensidad de la lesión del bien jurídico o generar la concurrencia de nuevos bienes lesionados. Si la víctima de una agresión sexual es un menor de edad, podrá considerarse que su libertad o indemnidad sexuales quedan menoscabadas con más intensidad, o que de su daño derivan otros que no lo hacen cuando la víctima es un adulto, como el referido a la formación o la maduración sexual. O —segundo ejemplo— si la víctima de una agresión es una mujer y el autor su marido dominador podrá entenderse que por razones culturales tal violencia genera en el sujeto pasivo una peculiar intimidación que no se produce en otro tipo de agresiones.

B. La distinción a partir de los sujetos puede provenir también de necesidades objetivas de protección: de que sea más fácil o accesible la lesión de determinados sujetos o de todos respecto a la agresión de determinados sujetos. Piénsese en una norma que agravara las agresiones a los ancianos, no porque el legislador considerara que las mismas producen un mayor daño por la edad de la víctima, sino para compensar la mayor desprotección de la misma por su debilidad física. En el ejemplo del párrafo anterior, la norma que sancionara más las agresiones sexuales a los menores podría hacerlo, en relación con determinadas edades, no por el mayor daño, sino por la mayor desprotección. Repárese en que la agresión sexual a un varón de diecisiete años podría resultar agravada por su lesividad pero no por la desprotección de la víctima.

Al final se trata de combatir la vulnerabilidad en sus dos posibles sentidos: como susceptibilidad de ser más lesionado y como susceptibilidad de ser más fácilmente lesionado. Y se trata también de las dos caras del injusto penal: del daño y de su accesibilidad.

23. Vistos los valores y los desvalores de la desigualdad se tratará en cada grupo de supuestos de realizar la ponderación anunciada para determinar la legitimidad de la norma, su constitucionalidad *ex* artículo 14 CE. Esos grupos de supuestos son inicialmente cuatro a partir de la combinación de los dos factores relevantes, cualitativo y cuantitativo: la utilización de un factor incisivo o no incisivo (normas discriminatorias o normas desigualadoras), y la diferenciación en el sujeto activo o en el sujeto pasivo (diferenciación de sanción o de protección).

A. El tipo de norma penal diferenciadora menos agresiva para el principio de igualdad es la norma desigualatoria en la protección: una norma penal

que establezca una pena agravada en razón de una determinada característica del sujeto pasivo, y en la que además tal factor subjetivo de distinción no sea odioso o incisivo: no es el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión u otro asimilable a ellos.

a. La norma será legítima, en primer lugar, si es útil para un fin legítimo, lo que sucederá si la lesividad del hecho es mayor en las conductas dirigidas contra determinado tipo de sujetos pasivos (diferenciación por lesividad) o si dichos sujetos tienen mayores necesidades de protección (diferenciación por desprotección). Piénsese de nuevo en el caso de las agresiones sexuales a menores. La distinción penal agravatoria se destinará aquí, sobre todo, a la protección del bien jurídico más intensamente dañado —más que el dañado por la conducta que sirve de comparación— o a la salvaguarda de un nuevo bien jurídico —que no resultaba dañado por la conducta de referencia—. El mayor daño requerirá por razones preventivas mayor pena para la conducta que lo genera. Algo similar podría ocurrir con la norma que castigara más los delitos patrimoniales cometidos contra personas con pocos ingresos o con poco patrimonio, de manera que el hurto, o el robo, o la estafa afectara a sus medios esenciales de vida.

Puede suceder también que la vulnerabilidad consista en la susceptibilidad de ser más fácilmente lesionado, como sucedería en el ejemplo anterior de las agresiones físicas contra los ancianos.

También corresponde al juicio de funcionalidad la pregunta, no acerca de si lo es la diferenciación *in toto*, sino acerca de si resultan útiles todas las conductas diferenciadas: acerca de si, fijada la finalidad legítima de la diferenciación, responden a tal fin todas las conductas agravadas, o si se ha producido un fenómeno de sobreinclusión: si junto con sujetos pasivos vulnerables se incluyen otros que no lo son. Ésta es sin duda una de las cuestiones nucleares que plantean los tipos penales que describen la violencia de género (arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP) si se entiende que su ámbito no se reduce a las conductas de dominación sino a toda agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja. Valga otro ejemplo: si la razón fuera de protección —de facilidad para ser lesionado— sería suprainclusiva la norma que agravara las lesiones de menores de veintitrés años.

b. La segunda parte del juicio de justificación será la atinente al análisis estricto de proporcionalidad. Podría suceder que la distinción sea razonable —consistente con una finalidad legítima—, pero que el daño que supone la diferenciación misma no merezca la pena —nunca mejor dicho— en atención a lo grave que es por la entidad de las consecuencias jurídicas diferenciadas. No va a ser fácil desde luego proceder a esta ponderación, ni con ello va a ser fácil dirigir reproche alguno al legislador desde la Constitución. La propia vaguedad

del juicio hace que lo prudente sea confiarlo a quien tiene una legitimidad específica para el mismo, y que su corrección por parte del único que puede hacerlo, el Tribunal Constitucional, sólo proceda en los casos de desproporción nítida a la luz de la axiología constitucional.

Sea como fuere, y sea en términos de evaluación de la mayor o menor adecuación al principio de proporcionalidad de la norma y no necesariamente a efectos de exclusión por su intolerable inadecuación, parece que si la desprotección constatada respecto de un determinado grupo de personas es una desprotección adyacente —se produce algún daño añadido o una cierta desprotección—, la elevación de la pena que pretende ser compensatoria habrá de ser complementaria en el sentido de suponer sólo un porcentaje reducido de la pena elevada.

B. Aunque entre los criterios incisivos, reflejados en el artículo 14 CE con una cláusula abierta, y los no incisivos no hay una separación nítida, sino una continuidad de incisividad (59), el juicio de legitimación de la norma diferenciadora se torna más improbable cuando la diferente protección se sustenta en uno de los primeros (normas discriminatorias de protección). Cuando se protege más a las mujeres que a los varones, a los negros que a los blancos, a los homosexuales que a los heterosexuales. Y también, a mi juicio (60), cuando a quien se protege más es a los varones, a los blancos y a los heterosexuales. Piénsese en la norma que elevara un grado la pena del homicidio cuando la víctima fuera de raza negra —por ejemplo, para frenar una oleada de homicidios contra personas de esta raza—. Piénsese también, en supuesto que nuestras intuiciones tenderían a avalar como justificado, en la norma que sancionara más cierto tipo de agresiones físicas a los físicamente incapaces.

Debe insistirse en el peso negativo de los factores de distinción. Lo que sugiere la lectura de los términos empleados por el Constituyente en el artículo 14 CE para proscribir la discriminación por determinadas razones, es que en estos casos la diferenciación es tan incisiva en la dignidad de la persona, tan «odiosa», que muy difícilmente va a poder ser compensada por otros beneficios constitucionales derivados de tal diferenciación. No parece que haya que proscribir sin excepción este tipo de normas diferenciadoras, que no haya ya balanza que las pueda legitimar, que estemos ante un contenido esencial e intangible del derecho a la igualdad, pero sí que sólo muy poderosas razones constitucionales, y en términos de necesidad, se revelan capaces de avalar la excepción discriminatoria.

(59) Como destaca RUIZ MIGUEL («La igualdad...», cit., núm. 55, págs. 44, 54).

(60) Ver punto 21.A.

a. Nuestro análisis debe hacerse más estricto en algunos aspectos, comenzando por el ya señalado de la exigencia de necesidad, y no simple utilidad, de la diferenciación. En este primer nivel de razonabilidad de la diferenciación la segunda clavija a apretar de nuestro «legitimómetro» es la del especial rigor en la apreciación de la vulnerabilidad: en la relación entre sujeto pasivo y lesividad, y, sobre todo, entre sujeto pasivo y desprotección. No creo que pueda bastar la mera constatación estadística, y, por lo tanto, indiciaria, de que se trate de un colectivo más agredido (61). Como sucede significativamente con el ejemplo de los discapacitados físicos, se trata de constatar una vinculación entre la desprotección y la característica que identifica al grupo.

b. La norma sólo tendrá serias posibilidades de salir airoso del juicio de proporcionalidad estricta, en segundo lugar, si el bien en juego, el bien especialmente protegido a través de la discriminación, es un bien importante cuya protección compensa el daño propio de la discriminación. Podrá desde luego sostenerse que si el bien es importante hay más protección, pero la discriminación es a su vez mayor, pues la diferenciación, recuérdese, depende del factor cualitativo —por qué razón se diferencia— pero también del factor cuantitativo —cuánto se diferencia—. La objeción no es determinante: el peso del bien pesa más en el platillo de la protección (se protege adecuadamente la integridad física, por ejemplo), el de los logros, del que es su único compartimento, que en el de los costes, el de la discriminación, en el que ocupa sólo la mitad, la cuantitativa, del platillo (se diferencia respecto a la integridad física en función de la discapacidad del sujeto pasivo, por ejemplo).

C. En nuestra peculiar clasificación de normas penales diferenciadoras tocaría el turno a las normas desigualatorias de sanción: normas que diferencian entre sus sujetos activos a través de un factor no incisivo.

a. En relación con el primer juicio de legitimación —la razonabilidad entendida como utilidad de la diferenciación para un fin legítimo— debe destacarse que la relación entre lesividad de la conducta y sujeto activo, o entre desprotección del bien y sujeto activo, es mucho menos intuitiva que la que se produce

(61) Tiene razón MOLINA FERNÁNDEZ en que la frecuencia de comisión de un hecho no incide en su gravedad como hecho singular (*op. cit.*, núm. 35, pág. 65; también, RUEDA MARTÍN, «La violencia sobre la mujer...», *cit.*, núm. 37, pág. 113). Pero por razones de prevención no creo que sea un dato irrelevante para la asignación de la pena típica y que, por lo tanto, yerro la STC 59/2008 (FJ 9.a) al mencionarla como «un primer aval de razonabilidad» de la elevación de la pena. Cuestión distinta es que las necesidades de prevención se vean limitadas por criterios de proporcionalidad y de igualdad. La pena ha de ser eficaz, pero el listón punitivo deberá ser rebajado por el que demarquen, entre otros, estos principios.

entre lesividad, desprotección y tipo de sujeto pasivo, sustentada en la idea de vulnerabilidad de la víctima. Y que, sin embargo, es posible que la adecuada protección de determinados bienes pase por la delimitación de determinado tipo de autor, bien porque su conducta pueda implicar una lesividad mayor que la de otros (diferenciación *ex* lesividad: piénsese en agresiones sexuales de parientes), al dañar más intensamente el bien jurídico o al dañar otros bienes jurídicos; bien porque determinados bienes jurídicos se encuentren más desprotegidos frente a cierto tipo de sujetos que por su posición tengan una mayor facilidad para la lesión del bien o para la lesión impune del bien (diferenciación *ex* protección). Piénsese en la malversación de caudales públicos —en la que esa facilidad se suele reconducir a una mayor lesividad, con la consideración de que existe un daño a la confianza en la Administración—.

b. En relación con el segundo juicio de legitimación — proporcionalidad estricta — debe subrayarse el peso de la diferencia, pues de lo que se trata es de algo tan sensible como penar con diferente gravedad o penar a unos sí y a otros no, con lo que la pena supone para su destinatario además de la pena en sí (reproche social, sumisión a un procedimiento penal, etc.) (62). Esta relevancia se intensifica si la norma prevé una sanción privativa de derechos fundamentales, pues se tratará de una norma que diferenciará en el contenido de los mismos —si prevé una pena privativa de libertad, diferenciará en el *status libertatis* de algunos ciudadanos— (63). En efecto, mientras que la distinción de protección afecta al modo en el que se protegen ciertos bienes jurídicos, y con ello, potencialmente, al modo en el que se protegen ciertos derechos fundamentales, pero sin que ello suponga una regulación relativa al desarrollo de los mismos, sí que constituye tal tipo de regulación — de desarrollo del derecho a la libertad — la que impone una pena de prisión, pues determina en qué supuestos puede un ciudadano ser privado de su libertad (art. 17 CE). Distinguir en esto es distinguir en la libertad, y así lo afirmaba expresamente la STC 59/2008 (64).

D. Llegamos así al grupo de normas de legitimación más difícil *ex* artículo 14 CE, que son las normas discriminatorias en la sanción, que proceden a diferenciar entre los sujetos activos de la norma por un criterio incisivo (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otro asimilable a ellos). Sólo quedarán

(62) Alude a este aspecto, RUIZ MIGUEL («Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 173).

(63) Como afirma RUBIO LLORENTE, «diferenciaciones sospechosas, sujetas como tales a un control estricto, son también, en Norteamérica como en España, las que se producen en el ámbito de los derechos fundamentales, sea cual sea el criterio de distinción» (*op. cit.*, núm. 51, pág. 31, núm. 48).

(64) FJ 4.a.

justificadas si la discriminación constituye un elemento indispensable de prevención porque la lesividad de la conducta o la desprotección del bien jurídico estén vinculadas a cierto tipo de sujetos activos. Y sólo quedarán justificadas si sus réditos son tan importantes como para compensar una distinción en la pena basada en un criterio incisivo. Más importantes aún deben serlo cuando la pena sea la privación de un derecho fundamental, pues se tratará de una discriminación en el ejercicio de los derechos fundamentales.

V. ¿SON JUSTIFICABLES NUESTRAS NORMAS TIPIFICADORAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO?

24. Ésta es la cuestión que se planteó ante el Tribunal Constitucional. Como se infiere de la exposición del epígrafe anterior se trata de normas de difícil legitimación desde la perspectiva del principio de igualdad porque son normas discriminatorias de protección y de sanción y porque una de las sanciones es privativa de libertad. Son por ello normas de discriminación respecto a la prisión para desplegar una protección a su vez discriminatoria.

Y con todo, y ésta es mi opinión, dada su necesidad y sus importantes fines preventivos, están justificadas si se enmarcan en un contexto de dominación del agresor hacia la agredida o tienen la finalidad de generarlo (65).

A. Están justificadas, en primer lugar, porque la discriminación de sanción y de protección es necesaria para describir unas conductas que por razones históricas y culturales son peculiarmente lesivas, tal como afirma el Tribunal Constitucional (66), cuando el agresor es un varón, la agredida es una mujer y media o medió entre ellos una relación de pareja. Y cuando se produce además en un contexto de dominación o con la intención de generarlo. No en otro caso, como se argumentó anteriormente (67), por lo que en sus términos expresos

(65) De acuerdo con LARRAURI PIJOAN, éstos serían los elementos determinantes y no un determinado ánimo («Igualdad y violencia...», cit., núm. 43, pág. 14; «Criminología crítica y violencia de género», Madrid, Trotta, 2008, pág. 125). Para BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN el fundamento material de la agravación residiría en el ejercicio violento de una posición dominante en la relación de pareja presente o pasada con una mujer, basada en un móvil discriminatorio hacia la misma por razón de su sexo («Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género», en AAVV, coord. BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN, Barcelona, Atelier, 2006, págs. 29 y sigs.; RUEDA MARTÍN, «La violencia sobre la mujer...», cit., núm. 37, págs. 80 y sigs.).

(66) Ver puntos 8.B y 17.

(67) Ver punto 15.

las normas que tipifican la violencia de género son suprainclusivas y deben por ello ser interpretadas restrictivamente, precisamente para comprender sólo la violencia de género. Esta violencia es peculiar —peculiarmente grave— porque cuando un varón dominador o que pretende serlo agrede a su pareja o ex pareja femenina actúa conforme a una arraigada pauta cultural de sometimiento agresivo que ha generado tremendos sufrimientos a las mujeres, que dota a la agresión de un incisivo significado nocivo, y que augura nuevos males a la víctima. Y todo ello sólo se produce, y sólo justifica la discriminación, cuando se dan los cuatro elementos: varón, mujer, relación y dominación.

Para reconducir los preceptos a la justificación *ex principio* de igualdad (*ex prohibición* de discriminación) bastaría con entender los preceptos penales desde la perspectiva de las primeras palabras de la ley orgánica que los genera y que expresa su objeto: «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (art. 1.1) (68). Ésta es, por cierto, la pauta que deberían seguir, a mi juicio, los jueces y tribunales penales al interpretar el precepto, haciendo una interpretación restrictiva del mismo conforme a criterios axiológicos constitucionales (69). Que el Tribunal Constitucional haya afirmado que una interpretación no restrictiva —sin el elemento de dominación— sea conforme a la Constitución nada dice de que no quepan otras interpretaciones, máxime cuando las otras son menos incisivas con los preceptos constitucionales en discusión, ni, con ello, que la interpretación conforme sea la óptima en términos de axiología constitucional.

Arroyo Zapatero (70) y García Arán (71) han propuesto aplicar la atenuación que prevén los artículos 153.4, 171.6 y 172.2, párrafo 4.º, CP a los casos de agre-

(68) RAMÓN RIBAS entiende que la interpretación de los preceptos analizados ha de atender a este artículo («Violencia de género y violencia doméstica», Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 151 y sigs.).

(69) Y es la que está siguiendo el Tribunal Supremo y parte de las Audiencias Provinciales. Cfr. el reciente estudio al respecto de RUEDA MARTÍN, «La violencia sobre la mujer...», cit., núm. 37, págs. 121 y sigs. Muy crítico con esta interpretación, SÁNCHEZ YLLERA (*op. cit.*, núm. 9, págs. 7 y sigs.).

(70) «Legitimación constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la Violencia de Género», en AAVV (dir. MUÑOZ Conde), *Problemas actuales del Derecho Penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Prof. Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 730 y sigs.

(71) *Op. cit.*, núm. 9, págs. 662 y sigs.

sión del varón a la mujer que es o fue su pareja que no constituyan agresiones de género. Para García Arán el artículo 153.1 CP (y los arts. 171.4 y 172.2 CP) contendrían así una presunción *iuris tantum* de violencia de género. Esta inteligente solución no deja de despertar severos reparos, máxime en comparación con la que ofrece una interpretación teleológica reductiva: opera con una presunción de culpabilidad difícilmente compatible con el artículo 24.2 CE; no salva de la crítica del injustificado trato desigual a los varones más allá de la violencia de género, al tratarse, como afirma la propia STC 59/2008 (FJ 10) de una cláusula aplicable también al artículo 153.2 CP (y al 171.5 CP), lo que sigue deparando unos marcos penales distintos en función del sexo; depara una pena incongruente, menor que la que se asigna a otras agresiones en el seno de la pareja (de mujer a varón, de mujer a mujer o de varón a varón).

B. No sólo se trata de una diferenciación necesaria, sino también ventajosa: no es más lo que en términos axiológicos perdemos con ella, que es mucho —discriminación en la protección y en una sanción de prisión—, que lo que que ganamos, que es igualdad sustancial para un grupo preterido, previniendo conductas que son manifestación de dicha preterición y causa de su profundización.

a. Procede recordar, con la jurisprudencia constitucional, que la interdicción de principio de las acciones discriminatorias forma parte sólo de una vertiente, la negativa, del valor de la igualdad, que tiene su haz, su vertiente positiva, en el mandato de favorecimiento de la igualdad material del artículo 9.2 CE. Desde esta lectura holística de la Constitución la norma penal que sancione discriminatoriamente puede legitimarse si lo hace necesaria y ventajosamente (proporcionadamente) para la igualación de un colectivo preterido, porque el delito sea precisamente una manifestación de dicha preterición, que es lo que sucede en los casos de violencia de género (72).

La excepcional legitimación de las normas discriminatorias de sanción de prisión se alcanza así con el apoyo de la idea de la igualdad sustancial, del mandato constitucional de prosecución de la misma (art. 9.2 CE), y de la parificación como de una de las finalidades del mandato antidiscriminatorio, que no sólo tiene la vertiente negativa de la proscripción de ciertas diferenciaciones,

(72) Así, en esencia, LAURENZO COPELLO, «Introducción...», cit., núm. 43, págs. 26 y sig.; ACALE SÁNCHEZ, «La perspectiva de género en el Derecho Penal español», en AAVV (dir. FARRALDO CABANA), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional* Granada, Comares, 2010, pág. 4.

sino como específica excepción a la anterior, también la positiva de la licitud de algunas de ellas (las parificadoras) (73).

La importante STC 12/2008, sobre criterios de equilibrio entre sexos en las listas electorales, afirmaba, con cita de la STC 216/1991, que *«la igualdad que el artículo 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico—inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva»* (FJ 5). Así, *«el artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material»* (FJ 4). Esta incorporación constitucional de la perspectiva de la igualdad sustancial, *«elemento definidor de la noción de ciudadanía»*, es propia *«de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, FJ 4)»* (FJ 5), y, en lo que ahora nos importa y como ya se avanzaba, hace que la excepcional legitimación de la discriminación por los factores expresados en el artículo 14 CE pueda provenir de su nítida funcionalidad para la parificación en relación precisamente con el factor diferenciador. La medida discriminatoria puede serlo legítimamente si es una medida *duplex*, que no sólo presente el efecto expresamente discriminatorio —y por ello inicialmente nocivo— que se denuncia, sino que persiga y consiga un efecto parificador mayor que la discriminación que procura transitoriamente como mecanismo necesario de igualación de un colectivo preterido —de *«sectores de la población en posi-*

(73) Afirman BILBAO UBILLOS y REY MARTÍNEZ que *«las prohibiciones de discriminación en sentido estricto tienen dos efectos: uno negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación; y otro positivo: la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor, pero de un modo aún más incisivo [...] que las acciones positivas que derivan del artículo 9.2 CE en relación con el Capítulo Tercero»* (*«Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional»*, en AAVV, dir. ARAGÓN REYES y MARTÍNEZ-SIMANCAS, *La Constitución y la práctica del Derecho*, I, Pamplona, Aranzadi y BCH, 1998, pág. 253).

ciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona» (STC 128/1987, FJ 5)—.

En relación con nuestra ponderación merece la pena insistir en dos datos fundamentales del texto constitucional. Relevante para el análisis del valor de la finalidad parificadora es sin duda, como se acaba de exponer, la existencia de un mandato específico al respecto a los poderes públicos, a quienes corresponde promover las condiciones y remover los obstáculos para que sea efectiva y plena la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2 CE). La excepcional legitimación de la discriminación encuentra así su anclaje constitucional no sólo en *«la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1)»*, sino peculiarmente en que a tal efecto atribuye *«a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva»* (STC 34/1981, FJ 3; también en la SSTC 3/1983, FJ 3; 128/1987, FJ 7). Su actuación para remediar *«la situación de determinados grupos sociales [...] colocados en posiciones de innegable desventaja [...], por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas»* (STC 128/1987, FJ 7). Se trata así de medidas que *«no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes [...], y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto»* (STC 128/1987, FJ 8).

A favor de la excepcional legitimación de la discriminación por razones finalísticas de parificación a favor de ciertos colectivos preteridos, por su relevancia para calibrar el coste de la discriminación expresa de la norma, procede recordar también que, si bien la prohibición de discriminación del artículo 14 CE impide una diferencia de trato con independencia de cuál sea el sentido de la misma —en la discriminación por razón de sexo, *«con independencia de cuál de los dos sexos sea el preterido»* (STC 16/1995, FJ 3)—, la expresada exclusión de la discriminación se orienta a eliminar la histórica situación de inferioridad en la que en la vida social y jurídica se había colocado a ciertos sectores de la población (74). En relación en concreto con las mujeres ha afirmado el Tribunal Constitucional que *«(n) obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que la interdicción*

(74) Así, en relación con la población femenina, STC 166/1988, FJ 2.

de la discriminación implica también, en conexión además con el artículo 9.2 CE, la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer» (STC 229/1992, FJ 2).

b. No creo que este balance pueda quedar sustancialmente alterado por el factor cuantitativo de la doble discriminación operada por el legislador: por mucho que los preceptos de violencia de género sancionen en algunos de los supuestos relevantemente (75) más a los varones y protejan relevantemente más a las mujeres.

En los malos tratos, la amenaza leve y la coacción leve la pena de la violencia de género es «de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años» (arts. 153.1, 171.4 y 172.2 CP). El maltrato de la mujer a su marido está penado, en principio, como falta con pena «de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses» (art. 617.1 CP) o «de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días» (art. 617.2 CP) (76).

En las amenazas cabe entender que la diferencia es menor debido a la distinta dicción de los artículos 171.4 y 5 CP, pues se redacta enteramente y aparte el tipo de amenaza a persona especialmente vulnerable que conviva con el autor y se menciona el sujeto en el supuesto de violencia doméstica (77). Según esta manera de ver el artículo no habría diferencia punitiva entre la amenaza leve de género y la amenaza de la mujer hacia el marido que conviva con ella y sea especialmente vulnerable. Si la amenaza lo es con armas, la pena en los demás casos sería «de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de

(75) De acuerdo con esta relevancia, RUIZ MIGUEL («Protección penal desigual y violencia de género», en AAVV, *Cuestiones actuales...*, cit., núm. 1, pág. 187).

(76) Ver *supra* punto 6.

(77) Lo que podría constituir un argumento sistemático para entender que también en el supuesto de malos tratos el sujeto activo del artículo 153.1 CP puede ser una mujer si el pasivo es una persona especialmente vulnerable, y que también puede serlo en los supuestos de violencia doméstica del artículo 153.2 CP.

armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años». Si la amenaza leve lo es sin armas constituiría una falta y la pena sería «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» (art. 620, párr. 3.º).

En las coacciones la situación es la misma en el supuesto de los maridos convivientes y especialmente vulnerables, pero no en el de los demás, que en todo caso merecería, como falta, la pena «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» (art. 620, párr. 3.º).

En el supuesto del delito de lesiones no graves o muy graves, a las de género puede imponérseles una pena de prisión de dos a cinco años (art. 148.4.º CP). Las de la mujer a su marido pueden recibir la misma pena si éste convive con ella y es especialmente vulnerable (art. 148.5.º CP). En los demás supuestos la pena será de seis meses a un año de prisión (art. 147.1 CP) o de «de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido» (art. 147.2 CP).

25. Puede, en fin, resultar constitucionalmente lícito discriminar para igualar como mecanismo necesario para la realidad, la efectividad y la plenitud de la igualdad de ciertos sectores de la población si ello resulta finalmente ventajoso desde la perspectiva del valor constitucional de la igualdad (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE) (78). Por razones de lesividad o por razones de desprotección cabría así proteger o sancionar más penalmente a ciertos colectivos si esta protección tiene un efecto igualador: si se protege más lo que estaba más desprotegido como consecuencia de la preterición social de un colectivo; si la desprotección constituye una manifestación de tal preterición.

(78) Al respecto, el Tribunal ha declarado ya en alguna ocasión la constitucionalidad de medidas normativas que comportaban un trato favorable para las mujeres en la distribución o asignación de bienes escasos en el mercado laboral o educativo, o en las políticas económicas y sociales; que perseguían con ello remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en la vida social y jurídica, reequilibrando una situación discriminatoria precedente; que se configuraban normalmente como medidas temporales; y que, en lo hasta ahora enjuiciado *ex* discriminación por razón de sexo, constituían medidas en las que los costes del reparto desigual de bienes quedaban diluidos, sin recaer en concretos varones preteridos como sinalagma del favorecimiento de concretas mujeres (SSTC 128/1987, 19/1989). En palabras de la STC 3/1993, «en la perspectiva del artículo 9.2 CE, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio que, a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer» (FJ 3).

VI. RESUMEN

26. La respuesta a la pregunta que encabeza el artículo es: sí. Y justificadamente discriminatorios si se interpreta que sólo son aplicables en contextos de dominación o para instaurar tal contexto.

El camino para llegar a esta conclusión ha sido el siguiente. En el epígrafe introductorio (I) reseña los pocos problemas que el respeto al principio de igualdad había generado tradicionalmente en la normación penal (número 1), como refleja la jurisprudencia constitucional de control de la ley penal *ex* artículo 14 CE (2). Utilizo el pretérito pluscuamperfecto porque efectivamente tal calma jurídica terminó con los preceptos penales que combaten la violencia de género sancionando más a los varones y protegiendo más a las mujeres (3). A recuperarla estaba llamado el Tribunal Constitucional en sus sentencias SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010 (4).

El segundo epígrafe se dedica a la descripción del contenido de estas sentencias (II): su objeto (6), su perspectiva de análisis *ex* artículo 14 CE (7), el canon de análisis y su aplicación a las normas cuestionadas (8), y el fallo (9). La exposición se completa con las perspectivas de análisis diferentes a la igualdad (culpabilidad y proporcionalidad) (10) y con un resumen de los cuatro votos particulares (12).

El tercer epígrafe lo he dedicado al análisis de las sentencias (III). En primer lugar, a lo que entiendo como sus defectos principales, que son el enfoque desde el principio de igualdad en lugar del más estricto de la prohibición de discriminación (13) y el modo de expresión del fallo, que ha movido a la duda de si el mismo es interpretativo o puramente desestimatorio (14). A continuación expongo mi discrepancia básica con la fundamentación de las sentencias: considero que los preceptos son suprainclusivos, lo que debería haber conducido a una sentencia interpretativa que los hubiera recortado a los solos supuestos de violencia de género, caracterizados, además de por el sexo y la relación de los sujetos, por un contexto de dominación o por la finalidad de instaurarlo (15). Ni aquellos defectos, ni esta discrepancia deben ocultar las aportaciones de esta jurisprudencia constitucional: singularmente la descripción del desvalor de la violencia de género (17), la necesidad de la diferenciación por razón de sexo para combatirla (19) y a la exigencia de un análisis distinto, y más incisivo, cuando esa diferenciación afecta al sujeto activo del delito que cuando afecta al sujeto pasivo (18).

En el cuarto epígrafe me planteo lo que considero que debería haberse planteado el Tribunal: si cabe que las normas penales discriminen (IV). El canon de

análisis debe ser el de proporcionalidad, ponderando los beneficios y los perjuicios de la diferenciación normativa. Este tipo de análisis es en parte diferente al que utiliza la jurisprudencia constitucional, que restringe el análisis de proporcionalidad estricta a la diferencia de las consecuencias jurídicas de los sujetos diferenciados. Incluye además el requisito de necesidad de la diferenciación como garantía añadida al puro análisis de consistencia de la misma, propio del juicio general de igualdad (20).

En coherencia con el tipo de análisis anunciado se describen a continuación el valor y el desvalor de la discriminación, que toma en cuenta la razón de la diferenciación, su sentido y su cantidad. En relación con este último aspecto, las normas penales pueden distinguir en la protección (sujeto pasivo) o, más incisivamente, en la sanción (sujeto activo) (21). El valor de la diferenciación, por su parte, radica en la mayor sanción que por razones preventivas puede exigir el que exista una mayor lesividad o una mayor desprotección asociada al tipo de sujeto activo o pasivo (22).

A partir del planteamiento anterior conviene distinguir cuatro tipos de supuestos de normas diferenciadoras de cara a su justificación *ex principio* de igualdad: normas desigualatorias en la protección (23.A), normas discriminatorias en la protección (23.B), normas desigualatorias en la sanción (23.C) y normas discriminatorias en la sanción (23.D). En estos dos últimos casos la diferenciación lo será en el contenido de los derechos fundamentales si la pena supone la privación de uno de ellos. En todos los supuestos se procede a un análisis de dos escalones: funcionalidad de la diferenciación (necesidad o consistencia) y proporcionalidad (carácter ventajoso) de la misma.

Ciertamente son de difícil justificación las normas penales que tipifican la violencia de género (V), pues se trata de normas de discriminación respecto a la prisión para desplegar una protección a su vez discriminatoria. Pero son legítimas, a mi juicio, porque la diferenciación a la que proceden es necesaria, al estar asociado un mayor desvalor de la agresión al sexo de los sujetos activos y pasivos. Y sólo es necesaria en los casos en los que la agresión se produce en un contexto de dominación o para instaurarlo, por lo que deben ser interpretadas reductivamente en este sentido (24.A). Y son ventajosas porque a pesar de su incisividad en el valor de la igualdad, responden al mandato constitucional de parificación de los miembros de un grupo preterido (24.B).

En conclusión (25): puede resultar constitucionalmente lícito discriminar para igualar como mecanismo necesario para la realidad, la efectividad y la plenitud de la igualdad de ciertos sectores de la población si ello resulta finalmente ventajoso desde la perspectiva del valor constitucional de la igualdad. Y eso es lo que sucede con nuestros preceptos de violencia de género correctamente

interpretados: para prevenir una mayor lesividad se sanciona más a los varones y se protege más a las mujeres, y se procede así a un efecto igualador para con los miembros de un colectivo tradicionalmente preterido en relación con unas conductas, las ahora más gravemente penalizadas, que son manifestación de dicha preterición.