

La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer

Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo

Miguel Polaino-Orts

Universidad de Sevilla

Abstract

El Tribunal Constitucional español, en Sentencia de 14 de mayo de 2008, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre la regulación penal de la llamada violencia de género (violencia doméstica o intrafamiliar contra la mujer). Dicha solicitud pretendía la anulación de un precepto del Código penal en el que se presume iuris et de iure más agravado el acto de violencia de género cometido por el varón sobre la mujer en el seno de relaciones de pareja. El TC rechaza la cuestión de inconstitucionalidad y considera que dicha regulación no afecta ningún principio constitucional. En este trabajo se analiza la doctrina constitucional y se concluye que el Alto Tribunal legitima un Derecho penal sui generis del enemigo contra el agresor familiar, más contundente y menos garantista que el defendido por el funcionalismo jurídico-penal.

In its 14 May 2008 decision, the Spanish Constitutional Court ruled on a constitutional petition regarding the constitutionality of the criminal regulation of so-called gender violence (domestic violence against women). Proponents of said petition aimed for the annulment of a Penal Code provision which iuris et de iure presumes male acts of violence against women with whom they have a personal relationship to be more serious. The Constitutional Court rejects this petition and considers this legislation does not collide with any constitutional principle. This paper analyzes constitutional doctrine and concludes that the Constitutional Court legitimates a sui generis enemy criminal law against the family aggressor, tougher and less worried about civil liberties than the one supported by the criminal law functionalism.

In seinem Beschluss vom 14. Mai 2008 hatte das spanische Bundesverfassungsgericht über einen konkreten Normenkontrollantrag zur Strafbarkeit häuslicher bzw. familiärer Gewalt gegen Frauen, also zur strafrechtlichen Behandlung sogenannter „gender violence“ zu entscheiden. Der Vorlagebeschluss hatte eine Norm des spanischen StGB für verfassungswidrig gehalten, die eine unwiderlegliche (Gesetzes-) Vermutung (sogenannte Iuris-et-de-Iure-Vermutung) dergestalt enthält, dass die Gewalttat des Mannes innerhalb einer ehelichen oder eheähnlichen Beziehung schwerer als diejenige der Frau wiegt. Das Bundesverfassungsgericht hat hingegen die Verfassungskonformität der Norm angenommen und den Antrag verworfen. In diesem Aufsatz wird die Argumentation des Verfassungsgerichts analysiert und die Meinung vertreten, dass die Entscheidung ein Feindstrafrecht sui generis gegenüber familiären Aggressionen legitimiert, das letzten Endes weniger Garantien enthält und weiter geht als das vom strafrechtlichen Funktionalismus verteidigte Feindstrafrecht.

Title: The constitutional legitimacy of a sui generis enemy criminal law in the fight against gender violence.

Titel: Die verfassungsrechtliche Legitimation eines sui generis strafrechts des Feindes vor dem Angriff gegen die Frau.

Palabras clave: Tribunal constitucional, violencia doméstica o intrafamiliar contra la mujer (violencia de género), Derecho penal del enemigo.

Stichwörter: Bundesverfassungsgericht, häusliche bzw. familiäre Gewalt (gender violence), Feindstrafrecht.

Key Words: Constitutional Court, domestic violence against the woman, gender violence, enemy criminal law.

Sumario[•]

1. Planteamiento

2. Opiniones contrapuestas

2.1 Argumentos de la cuestión de inconstitucionalidad

- a) Determinación de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad
- b) Predeterminación legal del sexo de los sujetos activo y pasivo como elementos de agravación penal
- c) Infracción de principios constitucionales

2.2. Argumentos de la Fiscalía General del Estado y de la Abogacía del Estado

2.3 Argumentos del Tribunal Constitucional

- a) Delimitación del objeto de análisis constitucional
- b) Rechazo de la predeterminación del sexo de los sujetos activo y pasivo
- c) No infracción del principio de igualdad
- d) Posición de subordinación y de desigualdad de la mujer en las relaciones de pareja
- e) Carácter pluriofensivo de la violencia de género
- f) La violencia de género como negación de la noción de ciudadanía
- g) Necesidad de contrarrestar el mayor desvalor de la violencia de género con penas más contundentes y asegurativas

3. Análisis crítico de la STC 59/2008, de 14 de Mayo

3.1 La necesidad de un trato diferencial en casos de especial lesividad: el Derecho penal del enemigo como mecanismo de estabilización democrática

3.2 ¿La mujer como sujeto activo del art. 153.1, inciso primero?

3.3 ¿Mayor desvalor de injusto si la conducta es realizada por el varón?

3.4. ¿Aplicación automática de la agravación penal?

3.5 ¿Ultraprotección de la mujer y combate como enemigo de todo aquel que atente contra ella?

3.6 Trascendencia de la decisión constitucional: el combate penal de la violencia de género

4. Conclusiones

5. Jurisprudencia citada

6. Bibliografía citada

[•] Abreviaturas utilizadas: AE: Abogacía del Estado; FGE: Fiscalía General del Estado; LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TC: Tribunal Constitucional

1. Planteamiento

La Sentencia del Tribunal Constitucional español 59/2008, dictada en el pleno de 14 de Mayo (en adelante, únicamente: STC o STC 59/2008) resuelve una cuestión de inconstitucionalidad (la núm. 5939-2005) interpuesta por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia contra el art. 153.1 (en relación con el art. 153.2) del Código penal español de 1995 (en adelante: CP), en la redacción dada a ese precepto por la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en adelante, LO 1/2004). La discusión principal gira en torno a la agravación llevada a cabo sobre la base del sexo de los sujetos activos y pasivo en los supuestos de violencia doméstica, intrafamiliar o de género.

El art. 153.1 CP, objeto de discusión constitucional, reza como sigue: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro, cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”.

Por su parte, el 153.2 CP prescribe lo siguiente: “Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

La demanda de inconstitucionalidad, formulada con fecha 29 de julio de 2005, pretendía la anulación del trato diferencial desfavorable al varón contenido en el art. 153.1 CP por vulneración de la dignidad de la persona (art. 10 CE), del principio de igualdad (art. 14 CE) y del principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La STC (Ponente: Pascual SALA SÁNCHEZ)¹ declara no haber lugar a la demanda,

¹ Se adhirieron a la Ponencia los Magistrados María Emilia CASAS BAAMONDE (Presidenta), Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Elisa PÉREZ VERA, Eugeni GAY MONTALVO, Manuel ARAGÓN REYES y Pablo PÉREZ TREMPES. Votaron en contra y formularon votos particulares los

considerando acorde a Derecho y a los principios constitucionales dicha regulación positiva. En este trabajo analizaremos en primer lugar los diferentes argumentos contrapuestos (apartado II): los contenidos en la cuestión de inconstitucionalidad (II. A), los aportados por la Fiscalía General del Estado y la Abogacía del Estado (II. B) y, finalmente, los esgrimidos por el TC en la sentencia comentada (II. C). Posteriormente revisaremos críticamente la doctrina constitucional en relación al Derecho penal del enemigo (III). El trabajo finaliza con la formulación de unas conclusiones (IV).

2. Opiniones contrapuestas

2.1 Argumentos de la cuestión de inconstitucionalidad

Con fecha 29 de julio de 2005 el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia dirige un escrito al TC planteando una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153.1 CP, que -según el órgano promotor- infringe determinados principios constitucionales: de dignidad, de igualdad y de presunción de inocencia (art. 10, 14 y 24.2 CE). El ámbito de la demanda y los argumentos en que el órgano planteante basa su pretensión de inconstitucionalidad son los siguientes:

a) Determinación de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad

El art. 153.1 contiene dos incisos: de un lado, “cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, y de otro cuando la víctima sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Únicamente el primer inciso (sexo femenino de la víctima y masculino del agresor como elemento de agravación de la pena) es objeto de la demanda de inconstitucionalidad, dejándose de lado los supuestos en que la víctima (de cualquier sexo, pero que conviva con el autor) sea especialmente vulnerable.

b) Predeterminación legal del sexo de los sujetos activo y pasivo como elementos de agravación penal

Según el órgano promotor, en el mencionado inciso del art. 153.1 CP tanto el sujeto activo como el pasivo se hallan legalmente predeterminados en relación al sexo de cada uno, presuponiéndose en dicho precepto un sujeto activo varón y un sujeto

Magistrados Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, Javier DELGADO BARRIO, Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ y Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS. Votó igualmente en contra y anunció la redacción de un voto particular el Magistrado Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, que falleció antes de redactar el voto disidente anunciado.

pasivo mujer. En relación al sujeto pasivo, es claro que ha de tratarse de una mujer, y más concretamente de una mujer con quien el sujeto activo haya estado o esté ligada por una relación de íntima afectividad, pues el legislador alude a que la víctima sea o haya sido “esposa” o “mujer” del agresor aunque no haya existido la convivencia entre ellos. Y en relación al sujeto activo, argumenta el órgano promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, la inclusión de los términos “esposa” y “mujer ligada a él” deja escaso margen para considerar, como por el contrario hace algún sector doctrinal, que también puede cometer el delito una mujer, de manera que termina concluyendo que, a la vista del tenor literal del precepto, sujeto activo únicamente puede ser el varón y sujeto pasivo su esposa presente o pretérita o mujer que haya estado o esté vinculada a él afectivamente. En resumen: se cuestiona la constitucionalidad del primer inciso del art. 153.1, cuyo ámbito es el de las parejas heterosexuales y, dentro de ellas, únicamente las conductas de maltrato del hombre sobre la mujer.

c) Infracción de principios constitucionales

El órgano promotor de la demanda de inconstitucionalidad considera que la norma cuestionada infringe los principios constitucionales de igualdad, dignidad y presunción de inocencia (arts. 14, 10 y 24.2 CE), así como se comprometen otros principios de igual rango como el principio de legalidad y taxatividad, el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad. Veamos brevemente la argumentación contenida en el auto por el que se insta la declaración de inconstitucionalidad del precepto penal:

a) Principio de igualdad: A juicio del órgano promotor el primer principio infringido es el derecho a la igualdad, toda vez que el art. 14 CE impide considerar el sexo como criterio de diferenciación (así, STC 28/1992, de 9 de marzo). Además, según el mismo órgano, las medidas de agravación de la agresión del varón a la mujer no pueden considerarse manifestación de acción o discriminación positiva, admitida por el TC, y ello porque: a) con dicho trato más agravado no se favorece la igualdad de oportunidades de la mujer; b) ni se eliminan con él trabas a la mujer; c) ni tampoco supone ese trato agravado compensación o reparación para la mujer agraviada².

b) Principio de proporcionalidad: El órgano promotor de la declaración de inconstitucionalidad, al analizar la relación entre medida adoptada, resultado producido y finalidad pretendida, considera igualmente que la regulación penal cuestionada infringe el principio de proporcionalidad, pues no se prueba fehacientemente la existencia de una justificación de la desigualdad por razón de

² Véanse los argumentos del órgano promotor en la misma STC 59/2008, pp. 6 a 9.

sexo³, siendo insuficientes para ello el “argumento estadístico” conforme al cual “dado que la mayoría de las agresiones integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a estos”⁴. En definitiva, el órgano promotor considera que la mayor agravación se basa en una presunción legal ajena a la exigencia de prueba, derivada únicamente del sexo respectivo de autor y víctima, de la naturaleza de la conducta objetiva y del tipo de relación entre los sujetos, lo cual no justifica constitucionalmente *per se* dicha diferencia de trato punitivo⁵.

c) *Principio de legalidad y taxatividad*: Además, en opinión del órgano promotor la tipificación de la agravación penal en contra del varón podría cuestionar los principios de legalidad y de taxatividad. La LO 1/2004 define la violencia de género como “manifestación de la discriminación” del varón respecto de la mujer. Al constituir la lesión agravada del hombre a la mujer una modalidad de violencia de género, entonces debería describirse en tipo penal el elemento definitorio del “ánimo discriminatorio”, de manera que se justificara “la agravación por un ataque suplementario al propio derecho a la igualdad y a la proscripción de discriminación sexual”⁶. Esa indeterminación legislativa no sólo compromete los principios de la legalidad y de taxatividad, sino que supone un riesgo para la seguridad jurídica en tanto se cercena la previsibilidad de la aplicación de la norma sancionadora⁷.

d) *Principio de proscripción de discriminación*: El órgano promotor considera que la tipificación agravada de la violencia cometida por el varón frente a la mujer contiene implícitamente una “presunción de intención discriminatoria”, de manera que “el legislador ha incorporado una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado”, lo cual supone una “recuperación del Derecho penal de autor”⁸, lo cual puede suponer una atenuación del “principio de culpabilidad”⁹. De este modo, considera el Tribunal de instancia que el hecho de que se predique únicamente del varón ese ánimo discriminatorio supone una extralimitación jurídica, porque -por un lado- la motivación de género no se da únicamente en las relaciones de afectividad conyugal o análoga, ni -por otro- todas las conductas del varón frente a la mujer en el seno de esas relaciones tienen esa motivación¹⁰. Por lo demás, el órgano promotor invoca la agravante genérica de discriminación del art. 22.4 CP, como instrumento jurídico mensurador de la situaciones de discriminación ya sea provocadas por el varón ya por la mujer.

³ Cfr. STC 59/2008, p. 10.

⁴ Cfr. STC 59/2008, p. 11.

⁵ Cfr. STC 59/2008, p. 11.

⁶ Cfr. STC 59/2008, p. 11.

⁷ Cfr. STC 59/2008, p. 12.

⁸ Cfr. STC 59/2008, p. 13.

⁹ Cfr. STC 59/2008, p. 14.

¹⁰ Cfr. STC 59/2008, p. 13.

e) *Principios de culpabilidad y de responsabilidad*: A este respecto, el Tribunal de instancia considera que la limitación de la conducta típica, por un lado, a la violencia que se produce en el ámbito conyugal o asimilado y, por otro, únicamente a la realizada por el varón, es “sospechosa de arbitrariedad”¹¹, y esa sospecha no se disipa por los argumentos estadísticos, porque con ella se produce la sensación de que únicamente puede observarse dicha dominación del varón sobre la mujer en las relaciones conyugales, desconociéndose que ella puede originarse también, incluso con mayor virulencia, en otro tipo de relaciones afectivas, como las paterno-filiales¹². Por ello, a juicio del órgano promotor, la limitación de esa agravación únicamente a las conductas violentas del varón en las relaciones de pareja frente a la mujer es fruto de una “selección arbitraria de infracciones” que “altera la coherencia interna del sistema”, y -con ello- la proporcionalidad exigible en el mismo¹³, pues al fin y al postre aplica medidas contundentes a “algunas conductas violentas que no son, precisamente, las más graves”¹⁴, y para ello no basta esgrimir supuestos argumentos de prevención general. Por ello, la “presunción de un móvil discriminatorio” cuestiona el “principio de culpabilidad y de responsabilidad”¹⁵, pues al no exigirse prueba el injusto del opresor se tiene por más grave siempre, lo cual genera problemas interpretativos en casos límite como los “malos tratos recíprocos”¹⁶.

f) *Principio de presunción de inocencia*: Como se desprende de la argumentación del órgano promotor, la presunción del abuso de superioridad como fundamento de la agravación, en cuanto presunto y al no exigir prueba ni admitir prueba en contrario, vulnera el derecho a la presunción de inocencia. Además, considera el Tribunal que en cuanto se exigiese prueba, en un intento de acomodar el precepto a las mínimas exigencias constitucionales, se revelaría como una medida excesiva¹⁷.

g) *Principio de dignidad*: Por último, el órgano promotor considera que la presunción de una especial vulnerabilidad de la mujer frente al maltrato de su pareja sería contraria a la dignidad de la mujer, pues el mismo TC ha declarado en jurisprudencia anterior que una “visión paternalista” de la mujer no hace sino incidir en la imagen de debilidad y postración de la misma¹⁸.

En resumen, para el órgano promotor, la regulación penal cuestionada: a) lesiona determinados derechos fundamentales; b) no existe un criterio objetivo suficientemente razonable que justifique el trato agravatorio al varón; c) la prevención general positiva no se justifica por sí sola con dicho trato ni el

¹¹ Cfr. STC 59/2008, p. 14.

¹² Cfr. STC 59/2008, p. 14.

¹³ Cfr. STC 59/2008, p. 14.

¹⁴ Cfr. STC 59/2008, p. 15.

¹⁵ Cfr. STC 59/2008, p. 16.

¹⁶ Cfr. STC 59/2008, p. 16.

¹⁷ Cfr. STC 59/2008, p. 17.

¹⁸ Cfr. STC 59/2008, p. 18.

argumento estadístico puede ser motivo que legitime el mismo; d) la norma cuestionada ni promueve a la mujer; e) ni por lo tanto es acción positiva; f) supone, en todo caso, la positivización de una desigualdad desfavorable para el varón; y g) la norma es contraproducente, pues la sensación de una engañosa contundencia, en un “patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, de 28 de marzo)¹⁹. Por estas razones, propone que sea declarado inconstitucional el precepto en cuestión.

2.2. Argumentos de la Fiscalía General del Estado y de la Abogacía del Estado

De conformidad con el art. 37.1 LOTC, el Alto Tribunal acordó en fecha 27 de Septiembre de 2005 solicitar a la Fiscalía General del Estado (en adelante: FGE) para que en el plazo de diez días expusiera sus considerandos sobre la admisibilidad o no de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Con fecha 24 de Octubre de 2005 (casi un mes después de la providencia de solicitud del TC) presenta el Fiscal General del Estado su escrito de alegaciones, solicitando la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de ciertos requisitos procesales y por ser notoriamente infundada. En esta exposición dejamos de lado el aspecto procesal (cuyo supuesto incumplimiento fue rechazado igualmente por el TC) y nos centramos en la fundamentación material. La doctrina de la FGE, expuesta en la STC comentada²⁰, puede resumirse en los siguientes puntos:

- La violencia de género es, a juicio de la FGE, un problema de dimensión universal y de gravedad extrema.
- Los condicionantes socioculturales eliminan la neutralidad en la relación varón-mujer y hacen que la mujer tenga, en las relaciones de pareja, una posición de subordinación.
- El dato estadístico ha de tenerse en cuenta, pues las mujeres son objeto de agresiones en una proporción muy superior a las que ellas ocasionan.
- Al legislador le asiste una justificación objetiva y razonable al combatir de manera más agravada al varón, “dado que en el ámbito de las relaciones de pareja, con *carácter mayoritario*, uno de los sexos intervinientes es el agresor y el otro la víctima”²¹.

¹⁹ Cfr. STC 59/2008, p. 19.

²⁰ Vid. STC 59/2008, pp. 21 s.

²¹ Vid. STC 59/2008, p. 21 (cursiva añadida).

- Las agresiones del varón presentan un “*plus de antijuridicidad*”, en tanto que se producen en el seno de relaciones de poder y de sometimiento del hombre sobre la mujer.
- La agravación del combate al varón no sólo se da en la violencia de género, sino que el legislador la extiende a otras situaciones donde concurren, a juicio de la FGE, “*circunstancias objetivas de desprotección*”.
- En conclusión, el combate más agravado del varón se basa en *elementos diferenciadores* que tienen, según la FGE, una *indudable justificación* pues el varón produce con su agresión “ataques a bienes y derechos constitucionales de innegable trascendencia”, de manera que la violencia de género constituye “uno de los mayores fenómenos delictivos de nuestro tiempo”²² (*sic*).
- Por ello, tomar en consideración dichos elementos diferenciadores no sólo no carece, a juicio de la FGE, de justificación, sino que es acorde a la necesidad de protección, la cual además no se provee sólo a las mujeres, sino que se ha extendido a *todas las víctimas que reclaman especial protección* sin distinción de sexo, ofreciendo a Jueces y Tribunales la *posibilidad* de que valoren la incidencia de tales condicionantes en el caso concreto.

Asimismo, la Abogacía del Estado (AE), en la misma línea que la FGE, se opone también a la cuestión de inconstitucionalidad en sus aspectos procesales y materiales²³. En relación a estos últimos, los que nos interesan para el presente estudio, la argumentación de la AE puede resumirse de la siguiente manera:

- Las argumentaciones y objeciones del órgano promotor, especialmente en relación al principio de proporcionalidad, suscitan dudas sobre si se refieren a la inconstitucionalidad del precepto o, más bien, a las conveniencias de su aplicación, de manera que -a juicio de la AE- la demanda de inconstitucionalidad desvía el objeto de la problemática, substituyendo la norma misma por la propia convicción e interpretación que el órgano proponente hace de tal norma.
- Además, la AE considera que la previa determinación o identificación del autor y de la víctima por razón del sexo (varón y mujer, respectivamente) es excesivamente rígida, desconociéndose que el propio precepto cuestionado contempla también a la “*persona especialmente vulnerable*” como víctima del delito y, por ello, no sólo al género femenino.

²² Cfr. STC 59/2008, p. 22.

²³ Vid. STC 59/2008, pp. 22 s.

- La AE rechaza que se vulnere el principio de igualdad por razón de sexo, pues el sujeto activo del art. 153.1 como la víctima pueden ser tanto el hombre como la mujer.
- Por lo demás, la AE considera que la realidad cotidiana demuestra que *la mujer es el ser más débil* y que no pueden escindirse los dos incisos del art. 153.1 (violencia contra la mujer y especial vulnerabilidad de la víctima), sino “que una interpretación conjunta de esos dos términos permite una interacción recíproca en la medida de cada uno de ellos”²⁴.

En resumen: tanto la FGE como la AE interesan el rechazo de la demanda de inconstitucionalidad, sobre la base de supuestos defectos procesales y por carecer de una fundamentación material suficiente.

2.3 Argumentos del Tribunal Constitucional

El TC aborda en los Fundamentos jurídicos de la sentencia²⁵ las diferentes dudas sobre la constitucionalidad del precepto en cuestión, terminando por rechazar los argumentos del órgano promotor. La fundamentación esgrimida por el TC es la siguiente:

a) Delimitación del objeto de análisis constitucional

El TC afirma en primer lugar que, del mismo modo que el órgano promotor, el análisis de constitucionalidad quedará circunscrito al inciso primero del art. 153, esto es: a la disposición legal en que se predetermina el sexo de la víctima (“cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...”) ²⁶. Sin embargo, para salvar la constitucionalidad de ese primer inciso, echa mano el TC también del segundo (que el sujeto pasivo sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”), que formalmente no constituye ámbito de discusión constitucional pero que, no obstante su declaración de dejarlo de lado en su análisis constitucional, lo estima el TC con el argumento de analizar un “panorama normativo complejo” ²⁷.

b) Rechazo de la predeterminación del sexo de los sujetos activo y pasivo

Sobre esta base, el TC considera que si la interpretación del órgano promotor (en el sentido de que los sujetos activo y pasivo del art. 153.1, inciso primero, estuvieran predeterminados: varón como sujeto activo y mujer como sujeto pasivo) fuera la

²⁴ Cfr. la argumentación de la AE en la STC 59/2008, p. 24.

²⁵ STC 59/2008, pp. 25 y ss.

²⁶ Así, expresamente, STC 59/2008, FJ 4, p. 28.

²⁷ STC 59/2008, FJ 4, p. 31.

única posible y, por lo tanto, fuera cierta dicha interpretación, entonces en efecto el precepto sería inconstitucional²⁸. Pero sucede que, a juicio del TC, dicha interpretación no es la única posible, de manera que limitar la autoría necesariamente al varón es erróneo, propugnando que también “*las mujeres pueden ser sujetos activos del delito*”²⁹.

c) No infracción del principio de igualdad

El TC considera “cuestión principal” el determinar si la prescripción legislativa infringe o, por el contrario, deja indemne el principio de igualdad (art. 14 CE). A este respecto, el TC concluye que no se lesiona dicho principio en ninguna de sus dos vertientes: a) ni la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley; ni b) en la vertiente de prohibición o interdicción de discriminación.

d) Posición de subordinación y de desigualdad de la mujer en las relaciones de pareja

A juicio del TC no existe infracción alguna del principio de igualdad ni de interdicción de discriminación toda vez que “(l)a diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar unas *agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen* y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que *el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*”³⁰. De esta manera, el TC considera que la diferencia punitiva de la conducta el art. 153.1 se sustenta en su “*mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP*”³¹.

e) Carácter pluriofensivo de la violencia de género

Además, el TC considera que -de acuerdo con la LO 1/2004, de violencia de género- es prioritario la defensa de la mujer, especialmente “en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus *bienes básicos (vida, integridad física y salud)* y su *libertad y dignidad* están *insuficientemente protegidos*”³². Con ello, el TC concibe la violencia de género, de acuerdo con la Ley sobre la materia, como una forma de delincuencia especialmente agravada, donde se lesionan diversos derechos fundamentales, no sólo bienes jurídicos básicos como la vida, la integridad física o la salud, sino otros bienes fundamentales como la libertad y la dignidad de la persona. En atención a la especial gravedad de las conductas de violencia de género, el TC considera legítimo

²⁸ STC 59/2008, FJ 4, p. 29.

²⁹ STC 59/2008, FJ 4, p. 29.

³⁰ STC 59/2008, FJ 7, p. 34 (cursivas añadidas).

³¹ STC 59/2008, FJ 7, p. 34 (cursivas añadidas).

³² STC 59/2008, FJ 8, p. 35 (cursivas añadidas).

que se reaccione con mayor contundencia frente a este “abominable tipo de violencia que se genera en un *contexto de desigualdad*”³³, lo cual puede y debe hacerse “con *distintas clases de medidas*, entre ellas penales”³⁴. Y lo es porque, en la concepción del TC, en la violencia de género existe un “*mayor desvalor de la conducta*”³⁵ de agresión y, por tanto una “*mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas*”³⁶.

f) La violencia de género como negación de la noción de ciudadanía

En opinión del TC, en la violencia de género se observa un *deficit de protección de derechos fundamentales de las mujeres* así como una *desigualdad* de las mismas, de manera que ha de suplirse dicho déficit y dicha desigualdad con una protección especialmente agravada (y, correlativamente con ello, con un combate más contundente de los maltratos contra ellas). Y esta protección agravada de la mujer y el trato especialmente combativo de quienes atentan contra ellas resulta plenamente legítimo a juicio del TC. Así, afirma el Alto Tribunal que “(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”³⁷.

A este respecto, el TC estima que “la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja” atenta “de modo intolerable” contra “la igualdad sustancial”, porque todo ello supone atentar contra el propio “*elemento definidor de la noción de ciudadanía*”³⁸: “no hay forma más grave -concluye el TC- de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad”³⁹.

g) Necesidad de contrarrestar el mayor desvalor de la violencia de género con penas más contundentes y asegurativas

La consecuencia de la argumentación salta a la vista: en la concepción del TC, habida cuenta de que “las agresiones del varón hacia la mujer que es o fue su pareja

³³ STC 59/2008, FJ 8, p. 35 (cursivas añadidas).

³⁴ STC 59/2008, FJ 8, p. 35 (cursivas añadidas).

³⁵ STC 59/2008, FJ 8, p. 36 (cursivas añadidas).

³⁶ STC 59/2008, FJ 9, p. 36 (cursivas añadidas).

³⁷ STC 59/2008, FJ 8, p. 35 (cursivas añadidas).

³⁸ STC 59/2008, FJ 8, p. 36 (cursivas añadidas).

³⁹ STC 59/2008, FJ 8, p. 36.

afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional”⁴⁰, se hace necesario reaccionar frente a tales agresiones de manera particularmente contundente, para lo que no bastan los instrumentos usuales de combate de los agresiones o delitos lesiones sino que es necesario un instrumental especialmente asegurativo y contundente. Así, argumenta el TC, si la violencia de género es una “*violencia peculiar*”, que resulta “*peculiarmente lesiva para la víctima*”, ello origina que nos encontremos ante actos de una “*gravedad mayor*” que, a su vez, “*exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas*”.

Con ello, el TC está reclamando la aplicación de un Derecho penal especialmente asegurativo que combata y neutralice con mecanismos especialmente asegurativos los déficits de seguridad y de protección que presentan las mujeres víctimas de violencia de género, execrable tipo de violencia que lesiona su dignidad y pone en peligro la integridad de su propia noción de ciudadanía.

Ese instrumental jurídico ha de tener en cuenta la realidad social (la pauta cultural de desigualdad de la mujer⁴¹) de este tipo de criminalidad. Y ha de combatir de manera prospectiva, adelantada y especialmente asegurativa, esto es, más contundentemente, aquellas conductas perturbadoras que lesionan bienes esenciales de la mujer, como la *seguridad* (“con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad” y “el temor de ser de nuevo agredida”⁴²) y la *libertad* (con el consiguiente riesgo “para la libre conformación de su voluntad”⁴³).

Ese combate más agravado y agresivo contra el maltratador familiar “no quiebra” la “razonabilidad legislativa”⁴⁴ ni supone una lesión del “principio de culpabilidad”⁴⁵, sino que a juicio del TC resulta plenamente adecuado a la finalidad de protección y, en ese sentido, de una palmaria legitimidad democrática.

3. *Análisis crítico de la STC 59/2008, de 14 de Mayo*

Una vez que se han expuesto las diferentes argumentaciones sobre la problemática, corresponde ahora revisar críticamente la doctrina constitucional al respecto. Para ello nos ocuparemos por separado de varias cuestiones, a saber: a) en primer lugar, resaltaremos la necesidad de un trato diferencial en casos de especial lesividad; b) a continuación nos preguntaremos si puede la mujer ser sujeto activo del delito

⁴⁰ STC 59/2008, FJ 9, p. 37.

⁴¹ Así, expresamente, STC 59/2008, FJ 9, p. 37.

⁴² STC 59/2008, FJ 9, p. 38.

⁴³ STC 59/2008, FJ 9, p. 38.

⁴⁴ STC 59/2008, FJ 9, p. 38.

⁴⁵ STC 59/2008, FJ 11, p. 41.

descrito en el art. 153.1, inciso primero; c) en tercer lugar, veremos si la conducta realizada por el varón tiene un plus de antijuricidad en relación a las conductas realizadas por sujetos de otro sexo; d) seguidamente cuestionaremos la aplicación automática de la agravación penal; y e) estudiaremos el punto central de la problemática que es desconocido por el TC: por qué razón (si es que existe alguna) la mujer es objeto de una ultraprotección frente a cualquier ataque en el ámbito familiar, provenga de quien provenga (varón o mujer); f) finalmente resaltaremos la mayor trascendencia que tiene la decisión constitucional, que -a nuestro juicio- no se limita al caso concreto sino que se proyecta sobre todo el sistema penal de combate de la llamada violencia de género⁴⁶. Empecemos por la primera cuestión.

3.1 La necesidad de un trato diferencial en casos de especial lesividad: el Derecho penal del enemigo como mecanismo de estabilización democrática

Tanto el TC como la FGE reconocen que *debe existir* un trato diferencial en casos diversos y que ello no infringe el principio de igualdad del art. 14 CE sino lo contrario: dicho trato diferencial es una aplicación del mismo a supuestos con una entidad lesiva diferente. Según el art. 14 CE el sexo no puede ser un elemento de discriminación. Ello quiere decir que si, a pesar de todo, se discrimina en cuanto al modo de reacción penal (que es lo hace la STC al legitimar la agravación) entonces es porque varón y mujer no son iguales en lo que a la violencia de género se refiere (de hecho, una de las piedras de toque de la STC es, precisamente, fundamentar que la mujer se encuentra en una posición de subordinación y desfavorecimiento, y que la violencia contra ella supone un plus de antijuricidad). Si no varón y mujer no se encuentran en la misma posición (esto es, no son iguales en cuanto al modo de proveer su protección penal), entonces no pueden tener (¡en aplicación del principio de igualdad!) el mismo tratamiento penal y ello es lo que justifica la STC. Y, por consiguiente, si el tratamiento penal no es el mismo, entonces han de existir dos formas de combate o de reacción frente a esos sujetos, esto es: *han de existir* dos tipos de Derechos penales o, por mejor decir, dos Derechos penales de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho combatido. A esas dos formas de combate penal se las llama doctrinalmente Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo⁴⁷:

⁴⁶ Sobre la incorrección lingüística del concepto, con excelentes argumentos, POLAINO NAVARRETE, *CJH*, 2005, pp. 307 y ss.; EL MISMO, «Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada «violencia de género»», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Comp.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, pp. 673 y ss. Sobre el fenómeno en general, en el ámbito comparado, el detenido estudio de OLMEDO CARDENETE, «La violencia en el entorno doméstico: un análisis de Derecho comparado en Europa», en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002, pp. 609 y ss.

⁴⁷ Concepto acuñado por JAKOBS, *ZStW* (97), 1985, pp. 751 y ss. («Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Peñaranda Ramos, en JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 293 y ss.). Sobre la discusión científica, entre otros, CANCIO MELIÁ, «¿«Derecho penal» del enemigo?», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003,

- El primero, el Derecho penal del ciudadano, se aplica a sujetos que, substancialmente, se orientan por la norma jurídica, adecuan por regla general su comportarmiento a ellas y respetan las normas como modo de orientación de conductas en la Sociedad, aunque de manera incidental (concreta, puntual) puedan llegar a cometer un error (una “metedura de pata”, un “desliz reparable” en forma de delito); pero por regla general, esos sujetos, al respetar substancialmente las normas jurídicas (que son una condensación de las expectativas sociales de protección normativa) están reconociendo a los demás como sujetos dignos de respeto social, esto es, como personas en Derecho, como ciudadanos, llevando a la práctica la máxima hegeliana que reza “sé persona y respeta a los demás como personas”, que se traduce, precisamente, de la siguiente manera: respeta la norma, esto es, protege, da seguridad a los demás (aunque puedas llegar a infringir la norma, incidental, anecdóticamente, alguna vez en tu vida.
- El segundo, el Derecho penal del enemigo, supone una anticipación del momento en que el mecanismo penal se reacciona, y ello sobre la base de una especial peligrosidad por parte del agente. Éste, el autor, es más un foco de peligro que alguien que respete a los demás como personas en Derecho. Con su proceder cuestiona continua, permanentemente la constitución social, e impide con su comportamiento que la norma tenga una concreta vigencia, esto es, impide que los demás ciudadanos se sientan amparados por la norma jurídica, lo cual quiere decir: por un lado, que con su comportamiento están creando “inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma”, y sin ella la norma deviene ineficaz, improductiva, en su cometido de protección; y de otro, significa que su comportamiento especialmente peligroso impide que los demás ciudadanos puedan desarrollar, dentro de parámetros de normalidad, su personalidad en Derecho. A estos sujetos que substancialmente se oponen a que la norma ejerza su cometido de protección y a que los demás puedan desarrollar mínimamente su personalidad en Derecho, por oposición a “ciudadanos” o a “personas en Derecho”, se les

pp. 57 y ss. (“Feind«strafrecht»?”, en ZStW (117), 2005, pp. 267 y ss.); EL MISMO, ««Derecho penal» del enemigo: contexto político criminal y contexto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther JAKOBS», en CANCIO MELIÁ/FEIJOO SÁNCHEZ (Ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 2008, pp. 63 y ss.; GRACIA MARTÍN, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, 2005 y los trabajos contenidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 vols., 2006. Recientemente, también: POLAINO NAVARRETE, «Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht», en PAWLIK/ZACZYK (Comp.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 529 y ss. Monográficamente, con fundamentación funcionalista y con mayor bibliografía: POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, 2006; POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, 2008 (en prensa).

llama “enemigos”, que es una noción funcionalista y normativa que indica la máxima oposición posible al reconocimiento de la norma como mecanismo de protección y asegurador del caldo de cultivo en el que las personas en Derecho pueden desplegar su personalidad. Cuando los sujetos se comportan como enemigos (esto es: cuando se oponen a la idea de persona en Derecho) el ordenamiento no se relaciona con ellos, sino que los combate asegurativamente, de manera más contundente: como focos de peligro, como fuentes de riesgo social. Y todo ello con una única finalidad: conseguir con la fuerza de la coacción jurídica una mínima seguridad, una mínima estabilidad para disfrutar de los derechos y para sentirse amparados por la norma, seguridad mínima que, en tanto ciudadanos, deberían prestar pero que, por mor de su depersonalización, no prestan. El combate del enemigo como enemigo tiene, pues, la función y el límite de proteger a los ciudadanos como ciudadanos.

El propio TC está sustancialmente de acuerdo con ese trato diferencial⁴⁸, esto es: con que exista un Derecho penal del enemigo (aunque no le llame así) contra sujetos peligrosos que no sólo no respetan la noción de ciudadanía, sino todo lo contrario: se oponen, mediante la lesión a la dignidad, la libertad, la seguridad, etc., que los demás puedan desarrollar su personalidad (disfrutar sus derechos, cumplir sus deberes) dentro de parámetros de normalidad jurídica. Para ello, aporta la mejor definición posible de la violencia de género como Derecho penal del enemigo al

⁴⁸ También está materialmente de acuerdo (aunque emplee otra terminología), GIMBERNAT ORDEIG, «La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional», en *El Mundo*, 16 de junio de 2008, Tribuna Libre: “Ciertamente que la violencia machista podría ser combatida por el Derecho penal introduciendo una pena agravada cuando el delito sea una manifestación de aquélla”. A ese combate especialmente agravado que defiende el autor se le conoce en la doctrina funcionalista como Derecho penal del enemigo. También de acuerdo en que la violencia de género exige medidas especiales se muestra el Magistrado disidente RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 1 y s., aunque concluya su Voto expresando su deseo de que la STC 59/2008 “no marque el inicio en nuestro ordenamiento del sueño de MEZGER: dos Derechos penales; un Derechopenal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han refido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de personas” (p. 9). La vinculación, proveniente de cierto sector doctrinal, del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista con MEZGER supone una manipulación del contenido y del sentido que tiene el concepto de Derecho penal del enemigo en el funcionalismo, pues con dicha vinculación se da la sensación, errónea a todas luces, de que el Derecho penal del enemigo tiene una íntima conexión con los Estados autoritarios, como el nazismo, época en que la MEZGER hablaba de la creación de dos Derechos penales. Nada más lejos de la realidad. Cualquier lector mínimamente avezado podrá saber que el planteamiento del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista no sólo no tiene nada que ver con ideologías políticas autoritarias sino que, además, únicamente tiene sentido en el contexto de Estados democráticos, para el combate de situaciones, como la de violencia de género (o el terrorismo, conformación de bandas armadas, determinados delitos de posesión, etc.), especialmente peligrosas.

caracterizarlo, de modo enfático, como *negación de la noción de ciudadanía*⁴⁹. De un lado, el propio TC considera que en los actos de violencia de género no sólo se lesiona un bien jurídico concreto (integridad física, salud) sino que supone un ataque integral contra otros bienes y derechos fundamentales de la mujer, como la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y la seguridad. De ahí que, a juicio del TC, la violencia de género sea algo más que un maltrato físico: es un ataque contra la propia idea de ciudadanía. En efecto, con ello, el TC está institucionalizando la idea de que la violencia de género no es un simple delito de lesiones (esto es, una infracción que cabría tratar con los mecanismos del Derecho penal del enemigo) sino un ataque contra la idea de persona en Derecho (o sea: una desestabilización social, una negación de la idea de persona, que exige un tratamiento más adecuado a tal peligrosidad⁵⁰: exactamente un Derecho penal del enemigo). Por ello, como argumenta el TC, quien maltrata a la mujer en el seno de una relación de pareja no lesiona un bien particular, sino que niega el derecho de igualdad, la dignidad de la mujer, su seguridad: su personalidad en Derecho. En otras palabras: el maltratador o agresor familiar no respeta a la mujer como persona en Derecho, como ciudadana, como persona titular de derechos y de deberes, sino que impide con su comportamiento agresivo que la mujer desarrolle su personalidad con una mínima seguridad. De esta manera el TC está dando una noción de agresor familiar o doméstico que se corresponde plenamente con el concepto penal de enemigo: aquel que no respeta a los demás como personas en Derecho, sino que impide que desarrollen su vida dentro de parámetros de normalidad, impidiendo al tiempo que determinadas personas se sientan amparadas por la norma: aquel que -en definitiva- ofrece inseguridad cognitiva⁵¹, imposibilitando que la norma ejerza su normal

⁴⁹ Ya algunos autores (como BOLDOVA y RUEDA, aunque sin profundizar en la idea) habían incluido la violencia de género dentro del fenómeno del Derecho penal del enemigo. Vid. BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN, «La discriminación de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *La Ley*, año XXV, núm. 6146, 14 de diciembre de 2004. Desarrollé la idea, con más argumentos, en POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, 2006, p. 155 y ss. y próximamente en POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, 2008. Esa posición ha sido rechazada escuetamente por algunos autores, como QUERALT y COMAS. Así, sin mayor fundamentación y con desconocimiento del significado funcionalista del Derecho penal del enemigo, COMAS D'ARGEMIR I CENDRA/QUERALT I JIMÉNEZ, «La violencia de género: política criminal y ley penal», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1208, nota 58. También, QUERALT I JIMÉNEZ, «La última respuesta penal a la violencia de género», en *La Ley*, año XXVII, núm. 6420, 13 de febrero de 2006, nota 21. Estos autores, no obstante su declaración en relación al Derecho penal del enemigo, vienen a la postre a justificar reacciones penales que no sólo resultan encuadrables en el Derecho penal del enemigo, sino que van incluso a veces más allá del mismo (aunque desconociendo que se trata de Derecho penal del enemigo).

⁵⁰ En general, sobre el tratamiento a agresores familiares, LARRAURI PIJOÁN, «¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (Coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, 2004, pp. 359 y ss.

⁵¹ Así, acertadamente ha resaltado JIMÉNEZ DÍAZ, «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en MORILLAS CUEVA

eficacia protectora y omitiendo dar la mínima seguridad para ser tratado como persona en Derecho. Por ello, el legislador ha de reaccionar frente a ese sujeto de manera proporcional a su peligrosidad: no trata tanto con un ciudadano sino que, más bien, combate a un enemigo que se ha depersonalizado parcialmente, recortándole determinados derechos (de libertad de movimientos, acercamiento, aproximación a la víctima, comunicación⁵², etc.) de los que, en caso de dar seguridad y no mostrar peligro, sí gozaría plenamente.

Ese tratamiento del sujeto peligroso como enemigo no es propio de Estados autoritarios sino que constituye el único medio para proteger democráticamente, con un mínimo de eficacia y siguiendo un principio de proporcionalidad, a los ciudadanos⁵³. Si no fuera así, la idea de ciudadanía sucumbiría ante el ataque agresivo de esos sujetos peligrosos. Tal es así, que ese mecanismo de reacción agravada (en sentido funcionalista: Derecho penal del enemigo) es calificado por el TC como de una “*palmaria ... legitimidad constitucional*”⁵⁴.

Por ello, y resumiendo: también el TC es partidario, como el mismo legislador, de un trato diferencial (más agravado) en casos de especial lesividad. Esto es: es partidario de lo que, frente a un Derecho penal del ciudadano, doctrinalmente se ha dado en llamar *Derecho penal del enemigo* frente a determinados focos de peligro que cuestionan el concepto de ciudadanía e impiden a los ciudadanos (personas en Derecho) regirse y orientarse por el concepto de norma y desarrollar su personalidad en Derecho con la mínima seguridad de que sus derechos van a ser respetados.

3.2 ¿La mujer como sujeto activo del art. 153.1, inciso primero?

La segunda cuestión a la que nos queremos referir en este comentario es la relativa a la autoría del tipo de delito del 153.1. Como expusimos anteriormente, la interpretación propugnada por la STC en relación a dicho precepto admitiría, frente

(Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002, p. 311, los efectos producidos en la víctima de malos tratos en los que, entre otros muchos trastornos de estrés postraumáticos, destaca un “grandísimo aumento de la desconfianza hacia el mundo circundante”, y muy especialmente una desconfianza en la vigencia de la norma.

⁵² Sobre estas medidas de alejamiento, detenidamente, FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en Derecho penal*, 2008.

⁵³ Cfr. un clarificador panorama del caldo de cultivo de la política-criminal contemporánea en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. edic., 2001, *passim*, esp. pp. 163 y ss. También, SILVA SÁNCHEZ, “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en *Estudios de Derecho Penal*, 2000, pp. 244 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/ZUGALDÍA ESPINAR (Coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, 2004, pp. 867 y ss.

⁵⁴ STC 59/2008, p. 35 (cursivas añadidas).

al Auto del órgano promotor, una autoría femenina en el primer inciso, aquel que es objeto de la demanda de inconstitucionalidad: “cuando la víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...”

En el presente análisis quiero cuestionar la viabilidad de esa interpretación. Por un lado, no deja de ser sintomático que el TC abra, en un mínimo pasaje de su argumentación, el abanico de posible autores del tipo penal en cuestión, incluyendo a la mujer como posible autora del delito, pero dedicando el grueso de su argumentación a hablar de la violencia de género, esto es, aquella que comete precisamente el varón contra la mujer en el seno de relaciones conyugales o análogas. Por otro lado, la argumentación del TC desenfoca el problema, confundiendo y entremezclando la interpretación de los dos incisos contenidos en el tipo (a saber: que la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia” o que la víctima sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”): si se juntan, como hace el TC, ambos incisos, es evidente que la mujer pueda verse incluida en el pronombre impersonal “(e)l que” con que se delimita el círculo de posibles sujetos activos. Pero resulta que el análisis de constitucionalidad que el TC ha de realizar (y al que él mismo afirma circunscribirse) se refiere precisamente al primero inciso, a saber: a aquel respecto del cual el legislador delimita el sujeto activo como “(e)l que ... causare a otro menoscabo psíquico o una lesión ... o golpear o maltratar de obra a otro, cuando la *víctima sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*”. Además, como ha resaltado acertadamente un Magistrado disidente, “(e)ntre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas (...) Se trata, pues, de un mismo delito, y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, no un pretendido mayor desvalor”⁵⁵.

Por ello, una interpretación que, en relación a este primer inciso (mujer como sujeto pasivo especialmente protegido), intente salvar mínimamente la constitucionalidad del precepto pasa por vincular el precepto con la violencia de género, esto es: con la violencia particularmente agravada (¡como ejemplo de Derecho penal del enemigo que es!) que comete el varón respecto de la mujer.

Sin embargo, el TC, sobre la base de una “mayor necesidad objetiva de protección” de los bienes de la mujer, considera que “la *reducción* de los autores a los *varones* podría entenderse como *no funcional* para la finalidad de protección”⁵⁶ de dichos bienes. Pero la alusión a una eventual falta de protección normativa de los bienes de

⁵⁵ CONDE MARTÍN DE HIJAS, Voto Particular a la STC 59/2008, p. 5.

⁵⁶ STC 59/2008, p. 37 (cursivas añadidas).

la mujer no es más que una manipulación argumentativa que desenfoca el verdadero problema: porque la piedra de toque para mantener la discriminación punitiva *no es que el sujeto activo del delito pueda ser también la mujer sino que, siendo el hombre, su conducta sea considerada más grave que si la cometiese la mujer*. Además, lo que se discute no es si la conducta de lesión al varón o a persona especialmente vulnerable queda desprotegida, sino precisamente por qué razón se protege de manera especialmente acentuada a la mujer frente a los ataques del varón (o, incluso, de otra mujer, si se admite, como hace el TC, que también las mujeres pueden ser sujetos activos del tipo de delito del 153.1). La manipulación argumentativa se observa muy claramente cuando, al analizar si el diferente trato legislativo concedido a la conducta del varón y de la mujer se adecua o no al principio de igualdad (art. 14 CE), afirma el TC que “(n)uestro [scil. del TC, lógicamente] análisis relativo a la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE ha de comenzar recordando que *la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador...*”⁵⁷. Desde luego, la duda constitucional que se contiene en la demanda de inconstitucional y a la que el propio TC afirma circunscribirse⁵⁸, no se refiere en absoluto a si la conducta sea o no delictiva sino a otra cuestión muy diferente que, con su argumentación, parece el TC querer obviar, a saber: *por qué razón el maltrato a la mujer en la violencia de género es siempre más grave y tiene iuris et de iure un plus de antijuricidad que cualquier otro maltrato substancialmente equivalente en su entidad y significado social*.

El TC se esfuerza en afirmar que la decisión del legislador de conceder una mayor gravedad a la conducta del varón respecto de la mujer entra dentro de la competencia del legislador en su diseño en régimen de monopolio exclusivo de la política criminal⁵⁹, llegando a afirmar que el análisis que el TC ha de hacer del art. 153.1 “no puede serlo de su eficacia o bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción”, opinión que difícilmente se puede concebir a la vista de la función del TC de garante de toda legalidad y de alarma y protección ante cualquier exceso legislativo que se le presente a análisis constitucional (¿qué otra cosa es la función del TC que analizar la bondad de un precepto o el grado de severidad adecuada o no a los principios constitucionales?).

La aceptación por parte del TC de la mujer como posible autora del tipo del 153.1, inciso primero, origina una serie de dudas difícilmente salvables, a las que nos

⁵⁷ STC 59/2008, p. 33 .

⁵⁸ Así, expresamente, STC 59/2008, p. 28: “nuestro estudio del fondo de los problemas planteados en esta cuestión de inconstitucionalidad se efectuará sólo en relación con el art. 153.1 CP en cuando dispone...” (cursiva añadida).

⁵⁹ Así, STC 59/2008, p. 33.

queremos referir a continuación con más detenimiento, a saber: primero, por qué razón la conducta del varón sigue teniendo un mayor desvalor de injusto que la de la mujer (a continuación, en subepígrafe 3.3); en segundo término, por qué razón la agravación penal del conducta del varón es automática, esto es, por qué razón ha de responder siempre a la violencia machista (3.4); y, por último, por qué razón la mujer es objeto de una ultraprotección jurídica, con independencia de quien la ataque (sea varón, o sea -como admite el TC- mujer; *infra* 3.5). Por ahora baste decir que, de manera quizá inopinada para el TC, la apertura del círculo de eventuales sujetos activos del delito del 153.1 origina una avalancha de problemas jurídicos incomparablemente mayor que los que cabría resolver.

3.3 ¿Mayor desvalor de injusto si la conducta es realizada por el varón?

El TC emplea en su fundamentación el concepto “violencia conyugal” o -de acuerdo con la LO 1/2004⁶⁰- el muy difundido de “violencia de género” y, en ese sentido, justifica que tal clase de violencia, siempre que la causa el varón, es más grave que si la causa la esposa en el seno de la misma relación conyugal o de análoga afectividad⁶¹. Con ello, el legislador y, ahora, el TC dan por sentado, parafraseando a EUCLIDES, precisamente lo que había que demostrar (“*quod erat demonstrandum*”), a saber: que la conducta del varón frente a la mujer genera siempre un mayor desvalor de injusto presentando por tanto un plus de antijuricidad. Y eso, que el

⁶⁰ Cuyo primer artículo reza como sigue: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Un estudio atento y crítico al respecto brinda POLAINO NAVARRETE, *CJH*, 2005, pp. 307 y ss.; POLAINO NAVARRETE, « Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada «violencia de género»», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Comp.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, pp. 673 y ss. Con carácter general, entre otros muchos, BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA (Coord.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, 2005; y los trabajos contenidos en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002.

⁶¹ Defienden también la constitucionalidad de imponer una pena superior a conductas substancialmente idénticas de lesiones, coacciones o amenazas, en función de si han sido ejecutadas por un varón o una mujer, COMAS D'ARGEMIR I CENDRA/QUERALT I JIMÉNEZ, “La violencia de género: política criminal y ley penal”, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1205 y ss. Más matizadamente, pero -en definitiva- justificando el favor del tratamiento diferencial introducido por la LO 1/2004, se muestra LAURENZO COPELLO sobre la base del “reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en nuestros días” y de la absoluta certeza de que “la condición de mujer, la pertenencia al sexo femenino, constituye un factor de riesgo que expone a las mujeres a un peligro particularmente elevado de ser blanco de violencia”, aunque resalta los “riesgos de la opción punitivista”. Vid. LAURENZO COPELLO, *RECPC*, 2005, pp. 1 y ss., esp. 14 y ss., 21 y ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>). Cfr., en general, MAQUEDA ABREU, *RECPC*, 2006, pp. 1 y ss. (<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>); MAQUEDA ABREU, *Revista Penal*, 2006, pp. 176 y ss.

legislador y el TC presuponen sin exigir prueba al respecto (y lo que es más grave: sin admitir prueba en contrario) es lo que hay que probar, especialmente si se le va a retribuir al varón, *in malam partem*, como hecho imputable a su responsabilidad penal. Por ello, con razón ha manifestado un Magistrado del TC discrepante con esta Sentencia, CONDE MARTÍN DE HIJAS, que “(t)oda la Sentencia se apoya en una base conceptual que (...) resulta inadmisiblemente apodíctica: que las conductas previstas en el artículo 1º del art. 153 CP tienen un mayor desvalor y consecuentemente mayor gravedad que las del apartado 2º, lo que justifica que puedan ser sancionadas con mayor pena”⁶². Pero vayamos por partes.

Nadie niega que determinadas conductas del varón frente a la mujer *puedan tener* una entidad lesiva mayor. Sucede, por ejemplo, en todas las conductas en las que el hombre actúa guiado por un ánimo discriminatorio o machista, abusando de su superioridad e intentando humillar con ello a la atemorizada víctima. Es más: probablemente *muchas* de esas acciones violentas del varón en el seno del hogar familiar tengan una entidad mayor, porque respondan a un patrón de violencia machista. Lo que se niega, o yo al menos lo niego⁶³ (y lo niegan también algunos Magistrados del TC disidentes con la Sentencia⁶⁴), es: a) que a *todas* las conductas del hombre se les haya de atribuir de manera automática (sin prueba previa) tal desvalor agravado: esto es, rechazo que todas las conductas del hombre sean, en su integridad, manifestaciones de violencia discriminatoria o machista; y b) que la misma conducta, con idéntico grado de agresividad, realizada en el seno de otras combinaciones de sujetos activos y pasivos (hombre-hombre, mujer-hombre, hombre-anciano, hombre-menor, mujer-anciano, mujer-menor) no tengan esa misma consideración automática de desvalor de injusto agravado.

⁶² CONDE MARTÍN DE HIJAS, Voto Particular a la STC 59/2008, p. 3.

⁶³ Y lo niegan, también, penalistas de prestigio, como GIMBERNAT, quien -al hilo de la STC 59/2008- ha razonado acertadamente: “Si un marido, después de 20 años de pacífico y feliz matrimonio, da un tirón de orejas a su mujer o un empujón o le propina una colleja, al enterarse de que ésta ha arruinado irreversiblemente el patrimonio familiar, jugando a la ruleta en el casino de Torrelodones, o al llegar a su conocimiento que durante los últimos años la esposa ha estado abusando sexualmente del hijo común, naturalmente que debe responder por una falta de lesiones -aunque castigar esa conducta como delito, y no como falta, infringe el principio de proporcionalidad de las penas-; pero mantener que tal conducta debe ser agravada porque la agresión obedece siempre, tal como mantienen la LVG [*scil.* Ley de Violencia de Género: LO 1/2004] y el TC, a una «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», es querer hacernos comulgar con ruedas de molino: porque si es la mujer la que reacciona con el tirón de orejas, el empujón o la colleja frente al marido ludópata o incestuoso, y el origen de aquella agresión masculina hay que reconducirla en todos los casos a la violencia machista, entonces la agresión de la mujer sería un comportamiento que no tendría explicación causal...”. Vid. GIMBERNAT, *El Mundo*, 16 de junio de 2008.

⁶⁴ CONDE MARTÍN DE HIJAS, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 3 y ss.; DELGADO BARRIO, Voto Particular a la STC 59/2008, p. 1.

El TC, sin embargo, ha legitimado la posición de que toda conducta del varón contra una mujer que sea o haya sido su pareja responde a un patrón de violencia machista, de manera que afecta automáticamente a más bienes jurídicos que si, por ejemplo, fuera la mujer la que cometiera la misma conducta (lesiones, coacción, amenaza) contra su esposo o novio. Pero que la conducta del varón sea manifestación de la discriminación de la mujer, de aprovechamiento de la situación de desigualdad de la víctima de las relaciones de poder y machismo de los hombres sobre las mujeres constituye un factor agravación que no puede ser presuponerse alegremente sin más⁶⁵, sino que ha de ser acreditado fehacientemente⁶⁶, máxime porque va a ser reprochado penalmente al autor sobre la base del principio de culpabilidad (responsabilidad penal personal).

Con ello, el legislador y, ahora también el TC, desconocen flagrantemente el mecanismo de atribución de responsabilidad penal, sobre la base de la culpabilidad personal del autor. La imputación es *concreta defraudación de una expectativa social, mas no imputación de una eventual peligrosidad hipotética o, aun peor, ficticia, presumida por el legislador sobre la base de abstractos roles sociales de dominación, poder y abuso de superioridad*. Al hombre, como a todo el mundo, se le ha de castigar por su efectiva infracción de la norma, por la desviación de su concreto deber jurídico, pero no por el lastre social que conlleva hipotética y presumiblemente su condición de varón en la Sociedad. Por ello, la alusión a la mera estadística (“dado que la mayoría de las agresiones integrantes de la violencia doméstica conyugal son cometidas por hombres, es legítimo castigar más a estos”⁶⁷, ha llegado a afirmar el TC en la Sentencia comentada) o la “pauta cultural de desigualdad” de que habla el mismo TC y que tradicionalmente ha definido la posición de la mujer en la pareja, no puede ser un criterio firme ni serio para imputar a un varón una conducta personal⁶⁸, y -en

⁶⁵ Ese es precisamente el reproche que hace el Magistrado disidente DELGADO BARRIO a la STC: que ésta introduce en el tipo del 153.1 “un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso” y que sería que los hechos del autor constituyan una “manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Vid. DELGADO BARRIO, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 1 y s. Sobre los problemas de taxatividad, también RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 2 y s.

⁶⁶ Así también, certeramente, GIMBERNAT: “como cualquier otra circunstancia de agravación -en este caso: la de la violencia machista-, su concurrencia no puede presuponerse, sino que debe ser acreditada en el juicio oral, por lo que es inconstitucional un precepto como el del art. 153.1 CP -avalado sin ninguna clase de reservas interpretativas en la sentencia del TC- que, indiscriminadamente, y prescindiendo de las particularidades del caso concreto, establezca la presunción -que no admite prueba en contrario- de que cualquier vía de hecho ejercitada por un varón sobre su pareja o ex pareja femenina constituye siempre, y de ahí la diferencia de penalidad, una «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»”. Vid. GIMBERNAT, *El Mundo*, 16 de junio de 2008

⁶⁷ Cfr. STC 59/2008, p. 11.

⁶⁸ Rechaza también, acertadamente, el argumento estadístico CONDE MARTÍN DE HIJAS, Voto Particular a la STC 59/2008, p. 4: “El factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones

todo caso- supone una despedida en este ámbito del principio de responsabilidad penal personal (culpabilidad normativa), conforme al cual se responde por lo que se hizo, siempre en función del deber personal infringido y de la norma personalmente quebrantada. Lo contrario supone -como ha denunciado GIMBERNAT⁶⁹- rescatar principios añejos (como la *Sippenhaftung* -responsabilidad de sangre, de clan o por la estirpe- del Derecho histórico alemán), en buena hora denostados de los ordenamientos democráticos, y que creíamos definitivamente superados en la actualidad.

En definitiva y resumiendo: si -como el TC ha legitimado- se considera que la conducta del varón tienen asociada automáticamente un plus de antijuricidad, un mayor desvalor de injusto, por el sólo hecho de provenir de una persona de sexo masculino, entonces se está imputando al hombre *in concreto* la maldad del hombre *in genere*, algo inédito en la historia reciente del Derecho penal. Con ello no sólo se alteran las pautas usuales de atribución de responsabilidad (vulnerándose el principio de responsabilidad penal personal⁷⁰), sino que se está creando ficticiamente un Derecho penal basado no en la culpabilidad normativa sino en una hipotética y no probada idoneidad lesiva, que resulta presumida y que no es objeto de comprobación jurídica alguna.

3.4. ¿Aplicación automática de la agravación penal?

Si el legislador, sin ceder ni un milímetro en su defensa y tutela de la mujer desprotegida, hubiera querido conceder un tratamiento jurídico-penal más adecuado para todos (para la mujer, pero también, especialmente, para el varón que abusa de su superioridad y denigra machistamente a la mujer) entonces hubiera bastado para ello la agravante genérica del art. 22.4 CP o, de optar por una expresa institucionalizar de la (verdadera) violencia de género (aquella que es realmente constatada y no meramente supuesta), hubiera bastado una fórmula jurídicamente

producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe (...) convertir un factor numérico en categoría axiológica”.

⁶⁹ Así, brillantemente ha dejado escrito este autor lo siguiente: “apelando a que otros hombres ejercen actualmente la violencia machista y a que muchos de nuestros antepasados masculinos contribuyeron a generar esos arraigados parámetros de desigualdad, el Tribunal, con ello, alejándose de la responsabilidad penal personal, se está aproximando a la *Sippenhaftung* -responsabilidad por la estirpe- del Derecho germánico medieval. Según esa *Sippenhaftung*, la responsabilidad de quien había cometido un delito se extendería también a su estirpe (tribus, parientes), aunque estos últimos no hubieran tenido nada que ver con el hecho criminal, viniendo caracterizada esta responsabilidad medieval, por consiguiente, porque los parientes responden, no por lo que han hecho, sino por lo que ha ejecutado otra persona que pertenece a la misma estirpe”. Vid. GIMBERNAT, *El Mundo*, 16 de junio de 2008.

⁷⁰ De acuerdo, GIMBERNAT, *El Mundo*, 16 de junio de 2008: “... la sentencia del TC (...) vulnera también el de la responsabilidad penal personal, como derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), entendida aquélla en el sentido de que al autor sólo se le puede imputar aquello que efectivamente ha ejecutado y no lo que hayan podido ejecutar otras personas.”

sencilla del estilo⁷¹: “cuando la conducta del varón sea ejercicio de violencia machista se incrementará la pena en un grado...”. Porque el problema que plantea la regulación actual legitimada por TC no es tanto que se considere que la conducta del varón lesiona más derechos o bienes de la víctima sino que dicha apreciación sea automática, sin admitirse prueba en contrario ni posibilidad de una atenuación cuando conste fehacientemente que la conducta del varón no responde a violencia machista, ni a discriminación racial, ni a denigración de la víctima por pertenecer al género femenino.

Por ello, para para sancionar de manera más grave la conducta de violencia conyugal que responde a un patrón de delincuencia machista no se necesita la agravación legal obligatoria y automática, porque ya bastarían las circunstancias agravantes generales reguladoras de la gravedad del injusto: abuso de superioridad, circunstancia mixta de parentesco, etc. Si, a pesar de eso, se quería elevar dicho trato diferencial a norma general, entonces que debería preverse una norma *potestativa* pero no una presunción *iuris et de iure* automática⁷². En el fondo, la aplicación automática del trato diferencial, sin posibilidad de inaplicar el trato más riguroso cuando el varón no genera una mayor lesividad o de aplicar el trato diferencial también cuando la mujer sí genera ese mayor desvalor de injusto, es la perdición y la ruina de esta regulación ortopédica, automática, inflexible y, al fin y al postre, desigualitaria.

La situación de desigualdad se muestra patente en el momento de aplicar la regulación penal en cuestión. Porque con esta aplicación automática, el TC extiende la aplicación de un Derecho especialmente agravado (un Derecho penal del enemigo) a un círculo mayor de personas (a todos los varones) *que serán tratados como focos de peligro (enemigos) incluso cuando no actúen guiados por un ánimo discriminatorio ni machista*. De esa manera, el TC da un paso más allá del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista y abona la aplicación de un Derecho penal del enemigo *sui generis* que, por su ausencia de prueba y su aplicación indiscriminada y automática a todo varón que se dirija contra una mujer, resulta más agravado y antigarantista que el propugnado por el funcionalismo penal.

Así, mientras que el Derecho avalado por el TC aplica irremediabilmente su régimen agravado a todo varón, el Derecho penal del enemigo entendido en sentido funcionalista exigiría siempre una prueba de la situación de enemistad, de manera que si no se constata dicha peligrosidad entonces nunca se puede combatir al sujeto

⁷¹ En el fondo, de acuerdo, DELGADO BARRIO, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 1 y s.

⁷² En el fondo, también crítica con la presunción *iuris et de iure*, FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en Derecho penal*, 2008, p. 217 y s., al sostener que dicha presunción “supone aceptar la existencia de «falsos positivos», es decir, de sujetos no peligrosos sometidos, sin embargo, a las prohibiciones” reservadas para los sujetos más peligrosos.

como enemigo: al entender la enemistad al Derecho como una situación exclusivamente normativa, sólo el sujeto que se opone a que la norma despliegue su natural vigencia, esto es, el sujeto que -con su comportamiento especialmente perturbador- impide que los ciudadanos sean realmente, *de facto*, personas en Derecho (disfruten de sus derechos y cumplan sus obligaciones), sólo ese sujeto -repito- se hace acreedor a un trato especialmente agravado (como fuente de peligro, como enemigo, y no como ciudadano) que supla con la coacción jurídica estatal la falta de seguridad que él debería prestar en tanto ciudadano pero que no presta. A diferencia de lo que sucede en el modelo abonado por el TC (donde se combate a todo varón como enemigo), en el modelo funcionalista únicamente se combate al sujeto de quien se prueba su peligrosidad de manera agravada, esto es, no como ciudadano sino como enemigo.

Por lo demás, el trato como enemigo no es, por supuesto, ilimitado ni indiscriminado, sino precisamente limitado a lo estrictamente necesario para restaurar las condiciones de vigencia de la norma jurídica. Por esta razón no se prescinde, por ejemplo de la idea de resocialización⁷³, pues el enemigo tiene una solución facilísima de volver al reconocimiento legal de su plena ciudadanía: prestar la mínima seguridad que, en tanto ciudadano, debe prestar pero que, por las razones que fuera, no ha prestado. En todo caso, interesa señalar que el primer interesado en que el enemigo no despersonalice por completo es el mismo Estado. Por ello, su tratamiento sigue siendo comunicación, y sigue representando una estabilización de expectativas sociales, y -por ello, también- ha de limitarse a la medida de lo necesario. Y así debe ser en el Estado de Derecho. Porque, por un lado, el tratamiento del enemigo como enemigo constituye el único y último mecanismo para proteger a quienes se hallan en un peligro manifiesto y grave, esto es, como mecanismo para preservar el Estado de Derecho. Y, por lado, porque el combate penal del sujeto se halla limitado al no hacerse de manera inopinada, indiscriminada o falta de prueba, sino únicamente cuando se ha constadado cabalmente la peligrosidad o lesividad (enemistad) del propio sujeto. Ello explica que, a diferencia del modelo legitimado por el TC en relación a la violencia de género, el tratamiento del enemigo en sentido funcionalista es doblemente excepcional: únicamente se aplica en la medida de lo estrictamente necesario y únicamente se aplica frente a quien, con su comportamiento, ha demostrado que una ausencia de estabilización o de combate penal dejaría a los ciudadanos más desamparados y menos protegidos.

En definitiva, y resumiendo: el TC español, en su defensa del combate legal de la violencia de género, ha legitimado materialmente un Derecho penal del enemigo que, al fin y al postre, resulta más contundente y más antigarantista que el Derecho penal del enemigo, razonable y ponderado, que propugna el funcionalismo penal.

⁷³ Como, a mi juicio, desacertadamente, supone FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en Derecho penal*, 2008.

Porque, en su argumentación, al vincular y legitimar la aplicación automática, *iuris et de iure*, de un combate más agravado al varón respecto a la mujer, le está atribuyendo una responsabilidad *in malam partem* al varón, a quien se reputa siempre y en todo momento un foco especial de peligro (enemigo) sin posibilidad de zafarse de tal tratamiento agravado, ni aun cuando conste fehacientemente que no conmocionó con su actuación la bases de la relación social, ni lesionó derechos fundamentales de la víctima ni les impidió comportarse como personas en Derecho. Ello lleva consigo que se amplie desmesuradamente el círculos de sujetos estimados enemigos por el ordenamiento jurídico: los varones que cometan actos de violencia de género no serán combatidos como ciudadanos que, en una metedura de pata, cometen faltas o delitos de maltrato o lesiones, sino de forma agravada según el patrón (de Derecho penal de autor) del maltratador familiar, a quien se impone una sanción más agravada sobre la base de la presunción legal *iuris et de iure* de su especial lesividad, que no admite prueba en contrario. De esa forma -mereciéndolo, sin duda- se combate como enemigos a los sujetos que, en efecto, abusan de su superioridad y, en ejercicio de una violencia machista, lesionan derechos fundamentales de las mujeres, impidiéndoles que se desarrollen como personas en Derecho. Pero, desproporcionada e injustamente, también se trata como enemigos a aquellos que no merecen tal tratamiento agravado, sino para los que bastaría la represión penal de Derecho penal de ciudadanos, al tratarse de sujetos que no presentan esa peligrosidad ni ese grado de lesividad ni actúan enarbolando la bandera de la violencia machista, por ejemplo, aquellos que se ven envueltos en una disputa familiar entre marido y mujer, y repelen los ataques de su esposa o aquellos otros que reaccionan violentamente contra su esposa propinándole un empujón o un tirón de orejas al enterarse de que dilapidó el patrimonio familiar en la ruleta o abusó del hijo común durante años⁷⁴. En esos casos, la aplicación automática (sin posibilidad de prueba en contrario) de la agravación contra el varón impide que se pueda apreciar que el mismo no es enemigo (porque no ejerce violencia machista de género) sino un delincuente cuya infracción puntual de la norma admite ser tratada con los instrumentos normales del Derecho penal del enemigo.

En conclusión: la aplicación automática de la agravación penal contra todo varón es incompatible con la *posibilidad* de que sea combatido de acuerdo a sus condiciones personales de agresividad, lo cual supone una substitución intolerable del principio de responsabilidad penal personal por un falso criterio de imputación *in malam*

⁷⁴ Cfr., en sentido substancialmente idéntico, GIMBERNAT, *El Mundo*, 16 de junio de 2008: “en contra de lo que mantiene el TC, el art. 153.1 CP lesiona, efectivamente, el principio de igualdad, porque ese precepto no hace depender su aplicación de que las vías de hecho que en él se tipifican sean reconducibles a una motivación machista, de manera que, en el caso de que esa motivación no concurra en la conducta del varón, está sancionando con penas más graves conductas idénticas según que hayan sido ejecutadas por un hombre o por una mujer”.

partem al varón de una responsabilidad que no siempre le corresponde en Derecho, lo cual infringe el principio de presunción de inocencia⁷⁵.

3.5 ¿Ultraprotección de la mujer y combate como enemigo de todo aquel que atente contra ella?

Finalmente me quiero ocupar en este comentario de otro aspecto que, según mi opinión, desconoce el TC en su argumentación⁷⁶. El TC se detuvo especialmente en discutir el aspecto del sujeto activo, a saber: en la discrepancia en torno a la interpretación del tipo del art. 153.1, inciso primero, en el sentido de estimar si únicamente el varón puede ser sujeto activo (como sostiene el órgano proponente) o si también lo puede ser la mujer (como concluye el TC) y, asimismo, en la controversia en torno a si la conducta del varón como sujeto activo es, con carácter general, penalmente más desvaliosa o no. Pero este aspecto del sujeto activo no es, sin embargo, el problema principal. Es más: esas disquisiciones en torno al aspecto del sujeto activo, sobre todo la primera, no hacen sino ocultar el (que debería ser el) verdadero centro de discusión en esta problemática, a saber: *la razón constitucional de que, iuris et de iure, el sujeto pasivo -la mujer- haya de ser objeto de una protección ultraagravada, hasta el punto de que todo ataque a ella en el seno de una relación de íntima afectividad haya de reputarse automáticamente como conducta especialmente peligrosa, originando por ello que dicho atacante (sea varón o, como ha admitido el TC- también mujer) sea combatido como enemigo*. Es ahí, en determinar la *ratio* de esa ultraprotección, donde ha de centrarse, según mi parecer, la discusión constitucional⁷⁷. Porque que el delito lo pueda cometer en última instancia sólo el varón o también la mujer no excluye el problema de fondo: a saber, que cualquier ataque contra el sujeto pasivo mujer origina automáticamente un conducta de especial gravedad que es reprimida con mayor contundencia que si es sujeto pasivo el varón o bien persona no especialmente vulnerable o persona especialmente vulnerable que no conviva con el sujeto activo (en todo caso: situaciones en las que no entra en consideración el inciso segundo del art. 153.2, en el que el sujeto pasivo se define como “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”).

El TC cree haber solucionado el problema al concluir que sujeto activo del art. 153.1, inciso primero, puede ser tanto el varón como la mujer. Pero lo cierto es que dicha

⁷⁵ Como con acierto señala el Magistrado discrepante RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 5 y s.

⁷⁶ Aunque no el Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Voto Particular a la STC 59/2008, pp. 7 y s., quien acertadamente resalta que la STC comentada se sima, quizá sin saberlo, a un superado Derecho penal paternalista, lo cual infringe el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

⁷⁷ De acuerdo con ello la impecable formulación del Auto de demanda de inconstitucionalidad, donde el órgano proponente planteaba las dos caras de la moneda: “tanto que se sanciona más a los hombres que a las mujeres por (...) los mismos hechos, como que también se protege penalmente más a las mujeres que a los hombres frente a (...) una misma conducta”. Vid. su fundamentación en STC 59/2008, p. 30.

interpretación no sólo no resuelve el problema sino que lo aviva. Porque al ser, *expressis verbis*, el sujeto pasivo en ese inciso primero siempre la mujer (así lo exige la literalidad del tipo: “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...”), la ampliación del potencial sujeto activo a la mujer determina que el tipo *ya no sea más un ejemplo de violencia tradicional de género* (violencia machista de varón a mujer, según la definición que de dicho fenómeno da la propia ley sobre la materia⁷⁸), sino otra cosa bien distinta, más abstracta jurídicamente y menos fundamentable dogmáticamente. Con tal ampliación del sujeto activo tenemos, pues, que las posibles combinaciones en esta secuencia lesiva de violencia de género (tradicionalmente, como digo, una: varón frente a mujer) pasan a ser ahora dos: a) por un lado, como hasta ahora, *varón como sujeto activo frente a mujer como sujeto pasivo*; y b) por otro lado, y como novedad tras la interpretación del TC, *mujer como posible sujeto activo frente a mujer como sujeto pasivo*.

Si extraemos las consecuencias que la ampliación de posibles sujetos activos (no sólo varón, sino también mujer) tiene para el Derecho penal nos encontramos con que, al concederse a la mujer como sujeto pasivo automáticamente una protección especialmente agravada, a partir de ahora no sólo se combatirá a *todo varón como enemigo* (a los que se hagan acreedor de ello y a los que no, también) sino también a *toda mujer como enemiga*, de manera que se combatirá al agresor o agresora de la mujer en todo caso, sin prueba en contrario, de manera especialmente asegurativa, restringiendo la esfera de persona del agresor o agresora de forma particularmente intensa. Consecuencia de esta ampliación penal es, pues, que el Derecho penal del enemigo que, según defiende el funcionalismo penal, debiera aplicarse con un criterio *estrictamente excepcional* (a aquel sujeto que realmente atente denigratoriamente contra la idea de ciudadanía de los demás), pasa a ser ahora moneda de cambio común no ya en el combate de la violencia de género sino en la tutela ultragravada y ultraproteccionista de la mujer por el hecho de ser mujer. A la vista de esta nueva postura de nuestro Alto Tribunal, no se sabe bien cómo podría compaginarse con su asentada doctrina, recordada oportunamente por el órgano promotor de la demanda de inconstitucionalidad, en el sentido de rechazar una “visión paternalista” de la mujer, que no hace sino incidir negativamente en la imagen de debilidad, postración e inferioridad de la misma en el mundo social⁷⁹,

⁷⁸ Así la definición del art. 1.1 LO 1/2004: “La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los *hombres sobre las mujeres*, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

⁷⁹ Cfr. STC 59/2008, p. 18.

produciendo una victimización que en nada favorece al desenvolvimiento personal de la mujer⁸⁰.

De esta nueva interpretación del tipo penal tras la postura defendida por el TC cabe hacer dos consideraciones críticas:

Por un lado, la misma genera un *agravio comparativo* que, a mi juicio, resulta intolerable, pues se distinguen discriminatoriamente los supuestos en que el sujeto pasivo es mujer (a quien se concede una ultraprotección paternalista llevada a sus últimas consecuencia) de aquellos otros supuestos en que el sujeto pasivo no es mujer, sino varón (en el seno de relaciones heterosexuales: mujer ataca a varón; u homosexuales: varón-varón), o persona no especialmente vulnerable o, incluso, persona especialmente vulnerable (anciano, menores, varón vulnerable) pero que no resida con el agresor u agresora. En estos casos, se protege ultraagravadamente a la mujer *porque sí*, pero no porque conste probadamente que se encuentra en una posición de mayor desvalimiento que el resto de los sujetos ni porque su agresor o agresora actúa con una ánimo discriminatorio, con abuso de superioridad o como manifestación de fuerza machista. Por ello, la nueva ampliación del círculo de posible autores del art. 153.2 infringe el principio de igualdad⁸¹ al generar situaciones de desigualdad (¿por qué se ultraprotege a la mujer que sufre lesión por parte de su pareja femenina y no al varón frente al ataque de su pareja masculina?) que quizá ni el TC hubiera podido llegar a imaginar.

Por otro lado, con la extensión del abanico de posibles autores a la mujer el TC echa por la borda todo su exhaustivo y detenido alegato en defensa de la especialidad de la violencia de género (violencia del varón sobre la mujer). Porque la razón de la protección ultraagravada ya no puede residir en que se trata de una “manifestación de la discriminación”, ni fruto de una “situación de desigualdad”, producida en el seno de las “relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (como, en su art. 1.1, define la LO 1/2004 la violencia de género) sino en otro tipo de “dominación femenina” (el “conceptualmente inimaginable machismo femenino” de que habla GIMBERNAT⁸²) que el nuevo intérprete ha de construir imaginativamente, sin asidero legal y material alguno, porque la norma queda ahora desasistida plenamente de cualquier contenido de injusto material previsible con un mínimo de fiabilidad jurídica.

⁸⁰ Al respecto, con carácter general, HERRERA MORENO, *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, 1996; HERRERA MORENO, «Mujer e igualdad. Aspectos penales», t.II, en RUBIO MARÍN (Coord.), *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación. Aspectos constitucionales, penales y civiles*, 1999, pp. 195 y ss; HERRERA MORENO, *Publicidad y control social: nuevas estrategias inocuizadoras en la post-modernidad penal*, 2002; HERRERA MORENO, *Violencia en la violación*, Noticias Jurídicas Bosch, Barcelona (edición en Internet) 2002.

⁸¹ De acuerdo con ello, el Magistrado disidente RODRÍGUEZ ARRIBAS, Voto Particular a la STC 59/2008, p. 2.

⁸² Vid. GIMBERNAT, *El Mundo*, 16 de junio de 2008.

Por ello, y resumiendo: si se hace, como hace el TC, una interpretación extensiva del círculo de posibles autores del art. 153.1 entonces se está abonando el camino para mayores desigualdades. Porque, en ese caso, la norma más agravada (y que debiera ser excepcional) de Derecho penal del enemigo se aplicaría no sólo (como podría ser comprensible y aun plausible) a los genuinos casos de violencia de género sino también a aquellos supuestos asimilados de violencia entre mujeres en el seno de una relación homosexual femenina, lo cual un agravio comparativo injustificable contra, por ejemplo, las lesiones entre varones que se produzcan en el seno de una relación homosexual masculina.

3.6 Trascendencia de la decisión constitucional: el combate penal de la violencia de género

A nadie se le escapa que la decisión del TC en la Sentencia comentada trasciende de la exigua barrera del caso concreto planteado por el Juzgado penal núm. 4 de Murcia. O por mejor decir: lo que decidiera el Tribunal no iba a limitarse a la aplicación del art. 153.1 a un supuesto de la realidad sino que iba a proyectarse sobre toda la amplia legislación penal que prevé, en numerosos preceptos penales, un tratamiento penal más agravado para el varón que comete violencia de género. Lo que había de dilucidarse no era la adecuación a los principios constitucionales de una simple norma penal sino todo un modelo de combate o represión del varón que ejerce violencia en el seno del hogar familiar.

Y ello tiene especial trascendencia precisamente si tenemos en cuenta las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad, aun pendientes de resolver por el TC, que -siguiendo la Jueza de lo Penal núm. 4 de Murcia- plantearon diversos juzgados penales y audiencias provinciales sobre varios preceptos de la legislación penal que contienen medidas más agravadas contra el varón autor de violencia de género en la que se discrimina a la mujer por el hecho de serlo⁸³ (por ejemplo, en relación con tipo de lesiones menos graves del art. 148.4, con las amenazas leves del 171.4 o con el delito de coacciones del 172.2 CP). La relevancia de la STC 59/2008 es notoria porque sus argumentos contrarios a aceptar la demanda la inconstitucionalidad serán, con seguridad, reiterados en las cuestiones aun por resolver, que serán, pues, previsiblemente desestimadas. Ello da cuenta de la relevancia y del efecto extensivo de legitimación que proyectará la STC sobre el sistema *sui generis*, extensivo y antigarantista de combate de la violencia de género mediante el particular Derecho penal del enemigo instaurado por el TC que, desgraciadamente, se aparta del más moderado y respetuoso Derecho penal del enemigo defendido por el funcionalismo.

⁸³ En general, sobre la discriminación por razón de sexo, recientemente, ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, 2006. Anteriormente, de ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, 2000. También, FARALDO CABANA, *Revista Penal*, 2006, pp. 72 y ss.

4. Conclusiones

1. Después de la STC 59/2008, de 14 de Mayo, nadie se atreverá a discutir la necesidad de distinguir dos tipos diferentes de delincuentes y, por tanto, dos tipos diferentes de reacciones penales de acuerdo a la peligrosidad del autor y al especial merecimiento de tutela por parte de la víctima: los autores que delinquen de manera incidental (Derecho penal del ciudadano) y aquellos varones que comprometen o lesionan la seguridad de sus víctimas siendo combatidos como enemigos o focos de peligro (Derecho penal del enemigo).

El TC considera legítimo que la violencia de género sea combatida de manera especialmente contundente (con normas agravadas que materialmente constituyen Derecho penal del enemigo), a efectos de proveer a la mujer una protección cabal acorde con la peligrosidad del ataque sufrido. Pero esa protección de la mujer no puede hacerse a toda costa, recortando agravadamente los derechos de los atacantes bajo la presunción *iuris et de iure* que todo ataque contra ella le lesiona, no sólo en su integridad física, vida o salud, sino también en su dignidad, su libertad y su seguridad. En todos los casos en que así sea, entonces habrá de combatirse al agresor de manera agravada (como enemigo). Pero para ello ha de probarse esa lesión. Si no consta esa lesión, entonces es superflua y desproporcionada la reacción penal agravada.

2. La STC legitima un Derecho penal del enemigo mucho más duro (tan duro que llega a ser antigarantista, desigual y discriminatorio, además de atentario contra la dignidad de la mujer) que el Derecho penal del enemigo en el sentido del funcionalismo. Éste último resulta más correcto dogmática y político-criminalmente, en tanto que no aceptaría jamás que se impusiera una mayor sanción ni que se reprimiera con instrumentos jurídicos contundentes a situaciones *reputadas iuris et de iure* como más graves, esto es, sobre las que se *presume sin admitir prueba en contrario* su mayor desvalor de injusto. Frente a esa presunción, el criterio funcionalista exige que se someta a prueba fehaciente quien es fuente de peligro y si lo es entonces sí se le combate de manera agravada y proporcional como fuente de peligro, pero rechazaría de plano que se tratara a alguien como si fuera fuente de peligro (enemigo) siendo así que no lo es. Por ello, mientras que el Derecho penal del enemigo legitimado por el TC amplía desmesuradamente el círculo de enemigos y trata como enemigos a más sujetos de los que realmente lo son, el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista únicamente trata como enemigo a quien realmente lo es. El resultado de ambos mecanismos de combate es el siguiente: en la legislación actual, se protege a la mujer *erga omnes*, frente a todo ataque contra ella, pero se reprime al atacante (varón o mujer) *en todo caso* como enemigo, incluso cuando no lo es, esto es: incluso cuando no se trate de casos tradicionales de violencia de género (con la consiguiente restricción improcedente de derechos del atacante); en la

concepción funcionalista, se mantiene exactamente la misma protección jurídica integral a la mujer en los casos de especial gravedad, de manera que no queda la víctima (mujer) jamás desprotegida, y en cambio no se reprime al agresor indiscriminadamente, sino que se le trata como enemigo únicamente cuando lo es, pero se le respetan sus derechos como ciudadano cuando su conducta no se constata abuso de superioridad, ni ánimo discriminatorio, no lesión a la dignidad, la libertad o a la seguridad de la víctima, ni -en definitiva- ataca la noción de ciudadanía impidiendo el desarrollo del concepto de persona en Derecho.

3. La STC abre más incertidumbres de las que existían jurídicamente. Al admitir, frente a la demanda de inconstitucionalidad, que el sujeto activo del art. 153.1 no sólo es el varón sino que puede ser también la mujer, da entrada al trato más desigualitario imaginable. Ahora no sólo se impone un Derecho penal del enemigo de manera automática al varón que comete violencia conyugal sino también a la mujer que agrede a otra mujer en el seno de una relación familiar o de análoga afectividad. Lo cual supone un agravio comparativo en relación al hombre que, por ejemplo, en el seno de una relación homosexual agrede a su pareja, que lesiona el principio de igualdad penal.

5. Jurisprudencia citada

STC núm. 28/1992, de 9 de marzo de 1992, ponente De los Mozos y De los Mozos (RTC 1992\28).

STC núm. 55/1996, de 28 de marzo de 1996, ponente Viver Pi-Sunyer (RTC 1996\55).

STC núm. 59/2008, de 14 de mayo de 2008, ponente Sala Sánchez (RTC 2008\59).

6. Bibliografía citada

ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.

ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid 2006.

BOIX REIG, Javier / MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (Coord.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid 2005.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel / RUEDA MARTÍN, M^a. Ángeles, «La discriminación de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de

medidad de protección integral contra la violencia de género)», en *La Ley*, año XXV, núm. 6146, martes 14 de diciembre de 2004.

CANCIO MELIÁ, Manuel, «¿«Derecho penal» del enemigo?», en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid 2003. (CANCIO MELIÁ, Manuel, “Feind«strafrecht»?”, en *ZStW* 117, 2005).

CANCIO MELIÁ, Manuel, «De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, B de F - Edisofer, Buenos Aires - Montevideo 2006, pp. 341 y ss.

CANCIO MELIÁ, Manuel, ««Derecho penal» del enemigo: contexto político criminal y contexto teórico. Algunas tesis sobre la construcción de Günther Jakobs», en CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Prólogo de Günther Jakobs, Thomson Civitas, Pamplona 2008.

COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, Montserrat / QUERALT I JIMÉNEZ, Joan J., «La violencia de género: política criminal y ley penal», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson - Civitas, Madrid 2005.

FARALDO CABANA, Patricia, «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, se 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género», *Revista Penal* (17), 2006.

FARALDO CABANA, Patricia, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional», en *El Mundo*, Lunes 16 de junio de 2008, Tribuna Libre.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, Prefacio de José-Ignacio Lacasta-Zabalza, Tirant lo blanch, Valencia 2005.

HERRERA MORENO, Myriam, *La Hora de la Víctima. Compendio de Victimología*, Prólogo de Polaino Navarrete, Publicaciones de Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Colección de Criminología y Derecho Penal, Editoriales de Derecho Reunidas S.A. (Edersa), Madrid 1996.

HERRERA MORENO, Myriam, «Mujer e igualdad. Aspectos penales», t.II, en RUBIO MARÍN, Ruth (Coord.), *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación. Aspectos constitucionales, penales y civiles*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 1999.

HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y control social: nuevas estrategias inocuidadoras en la post-modernidad penal*, Prólogo de Polaino Navarrete, Editora Jurídica Grijley, Lima 2002.

HERRERA MORENO, Myriam, *Violencia en la violación*, Prólogo de Polaino Navarrete, Noticias Jurídicas Bosch, Barcelona (edición en Internet) 2002.

JAKOBS, Günther, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, (97), 1985, pp. 751 y ss. (JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Peñaranda Ramos, en JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, trad. y estudio preliminar por Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, Madrid 1997).

JAKOBS, Günther, «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en YU-HSIU HSU (Comp.), *Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure*, Taipei (Taiwan) 2003, pp. 41 y ss. («Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», trad. Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Thomson - Civitas, Madrid 2003, pp. 19 y ss.).

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 390, Verlag Ferdinand Schöningh GmbH, Paderborn 2004 («La pena estatal: significado y finalidad», trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, en *RPDJP*, núm. 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pp. 171 y ss.).

JAKOBS, Günther, «Terroristen als Personen im Recht?», en *ZStW* 117 (2005), pp. 838 y ss.; también en *Wie viel Sicherheit braucht die Freiheit? 30. Strafrechtstag, Frankfurt am Main, 24. bis 26 März 2006. Materialheft*, Conrad, Berlin, 2006, pp. 49 y ss. («¿Terroristas como personas en Derecho?», trad. Cancio Meliá, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª. edic., Thomson - Civitas, Madrid 2006, pp. 57 y ss.).

JAKOBS, Günther, «Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit», *HRRS*, Heft 8/9 Aug./Sept. 2006, pp. 289 y ss. («¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad», en CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer S.L., Editorial B. de F., Buenos Aires,

2006, pp. 93 y ss.; también en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Las condiciones de juridicidad del sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Discursos de Investidura como Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Editora Jurídica Grijley, Lima 2007, pp. 20 y ss.; también en: CANCIO MELIÁ, Manuel / FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (Ed.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Prólogo de Günther Jakobs, Thomson Civitas, Pamplona 2008, pp. 23 y ss.).

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, «Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 2002.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

LARRAURI PIJOÁN, Elena, «¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Prólogo de Jesús Sánchez Lambás, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid - Barcelona 2004.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, Boletín de Información y Análisis Jurídico, núm. 14, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia, Sevilla diciembre de 2003, pp. 4 y ss.

LAURENZO COPELLO, Patricia, «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal», en *RECPC*, (07), 2005. (También en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>).

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *RECPC* (08), 2006. (También en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>).

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de Ley Integral», *Revista Penal* (18), 2006.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid 2002.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, «La violencia en el entorno doméstico: un análisis de Derecho comparado en Europa», en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coordinador), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid 2002.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Reformas penales de 2004: La ley integral contra la violencia de género (acotaciones críticas)», en *Crónica Jurídica Hispalense (Revista de la Facultad de Derecho)*, Universidad de Sevilla, núm. 3, Editorial Tirant lo blanch, Valencia 2005.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada «violencia de género»», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio (Comp.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid 2006.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Die Funktion der Strafe beim Feindstrafrecht», en PAWLIK, Michael / ZACZYK, Rainer (Comp.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln - Berlin - Bonn - München 2007.

POLAINO-ORTS, Miguel, «Sobre el injusto de la violación en la pareja», en *CPC*, núm. 87, Cesej, Madrid 2005, pp. 93 y ss.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Prólogo de Günther Jakobs, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006.

POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona 2008 (en prensa).

QUERALT I JIMÉNEZ, Joan J., «La última respuesta penal a la violencia de género», en *La Ley*, año XXVII, núm. 6420, lunes 13 de febrero de 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en *Estudios de Derecho Penal*, Biblioteca de Autores extranjeros 5, Grijley, Lima 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. revisada y ampliada, Civitas, Madrid 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «¿Medidas de seguridad sin imputación subjetiva? Consecuencias de la incidencia de anomalías y alteraciones psíquicas en niveles sistemáticos distintos de la imputabilidad», en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo /

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Coord.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Prólogo de Jesús Sánchez Lambás, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid - Barcelona 2004.