

DESIGUALDADES SONORAS, SILENCIOSAS Y OLVIDADAS: GÉNERO Y DERECHO PENAL (1)

Elena LARRAURI

I. INTRODUCCIÓN

ES hasta cierto punto curioso comprobar como la crítica a la desigualdad del Derecho penal se ha extendido en un época reciente. Si bien hasta épocas recientes la crítica de que el Derecho penal era desigual provenía de perspectivas feministas, en la actualidad se escucha más la que apunta a la desigualdad que sufre el hombre.

En efecto la aprobación de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004 de 28 de diciembre, en adelante LOVG) ha conllevado una numerosa literatura, discusiones e incluso un pronunciamiento del Tribunal Constitucional discutiendo si el nuevo tipo penal del artículo 153.1 del Código penal que castiga de forma más severa la violencia ocasional realizada contra la mujer pareja vulnera o no el principio de igualdad.

A continuación expondré en primer lugar la polémica referida a si la desigualdad de penas está justificada. Pero luego, en aras de no olvidar otras desigualdades, recordaré como en múltiples casos de normas neutrales del Código penal se produce un efecto discriminatorio hacia las mujeres. Finalizaré con una breve exposición de las desigualdades a las que se enfrenta la mujer condenada a una pena de prisión.

(1) Este artículo se inscribe en el proyecto de investigación «Género y Marginación: Victimización y Delincuencia» (DER2009-08344/JURI). Agradezco la ayuda bibliográfica y sugerencias de los profesores David Felip, Hugo Seleme, José Juan Moreso, Manuel Cachón, Paula Casals y Enric Fossas reconocerán muchas de sus ideas en el texto, pero sin duda ninguno de ellos es responsable ni comparte necesariamente la interpretación final del mismo. El profesor William Freddy Pérez tiene siempre la amabilidad de corregir y mejorar mis textos. La ayuda de Gemma Freixa, licenciada en derecho, y María Jesús Martínez, Directora General de Recursos i Regim Penitenciari del Departament de Justicia ha sido fundamental para completar el último apartado de Mujeres en Prisión. Los profesores y asistentes al XIII Encuentro del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, celebrada el 12 de noviembre de 2008, contribuyeron con sus discusiones a que yo pudiera clarificar mis ideas.

II. DESIGUALDADES SONORAS: A PROPÓSITO DE LA STC 59/2008 DE 14 DE MAYO

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

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, *cuando la ofendida sea o haya sido esposa*, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la *pena de prisión de seis meses a un año* o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días...»

En tanto que el segundo párrafo preceptúa lo siguiente:

«Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173,2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la *pena de prisión de tres meses a un año* o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días...»

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

A continuación, pretendo examinar inicialmente los argumentos de quienes alegan la vulneración de ese principio, resumir después el razonamiento del Tribunal Constitucional, y finalizar con unas reflexiones personales acerca de la Sentencia.

II.1 *Los autores del delito de maltrato ocasional*

Desde la expedición de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, se asiste a un discurso mucho más sensible con la desigualdad en el Derecho penal. Este discurso acostumbra a concentrarse en el nuevo artículo 153 que, redactado de acuerdo con la citada Ley, establece una distinción: pena de prisión de *6 meses* a un año cuando la víctima «*sea o haya sido esposa*, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor»; y pena de prisión de *3 meses* a un año cuando la víctima sea cualquier otra persona perteneciente al círculo familiar.

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

Si alguna persona ajena a las discusiones teóricas leyera el artículo 153 del Código penal, no entendería fácilmente la polémica: De un lado porque el citado precepto, como todos los preceptos del código penal, utiliza la expresión «El que»;

y, en consecuencia, dado que siempre se afirma que este pronombre nos comprende a todos, podría imponerse a hombre o mujer. Es, por tanto, una determinada interpretación la que entiende que sólo se considera sujeto activo al hombre. Por otro lado además, el artículo añade como víctima a cualquier persona especialmente vulnerable, sea del sexo que sea. En consecuencia una podría replicar a la simplicidad del slogan con la pregunta: ¿Dónde está la desigualdad?

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

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

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

El segundo argumento se basa en una interpretación teleológica referida a la finalidad de la LOVG, expresada en su art de enero de Este precepto dispone que la ley

(...) tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder *de los hombres* sobre las mujeres se ejerce sobre éstas (...) (subrayado añadido).

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

(...) ¿Se trata de proteger a las mujeres de toda la violencia que reciban, o hay una jerarquía en el tratamiento hacia la violencia *no por sus efectos* –igual de «violentos» en los dos casos– sino por *de dónde proviene?* (Osborne, 2008:116) (2).

A mi juicio, también la violencia que se produce entre parejas de mujeres se da en un contexto jerárquicamente estructurado; y este contexto probablemente tiene consecuencias para la forma cómo se ejerce la violencia en las relaciones entre mujer/mujer. Así por ejemplo, que incluso en las relaciones mujer/mujer se adopten roles de dominación, o que una de las formas de violencia sea precisamente la amenaza de revelar las relaciones homosexuales, sólo tiene sentido en una sociedad organizada de forma asimétrica con base en el sexo (más amplio en Larrauri, 2007).

(2) La autora está arguyendo en realidad dos cuestiones: que también las mujeres aparecen en la Macroencuesta realizada por el Instituto de la Mujer como autoras de comportamientos agresivos y, además, que las víctimas mujeres no son sólo las mujeres pareja –como presupone la Ley Integral– sino también especialmente las hijas y las madres. Esta exclusión es fruto de un doble prejuicio teórico: minimizar las violencias que no proceden de la pareja y presuponer que las mujeres sólo pueden ser víctimas (Osborne, 2008).

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

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

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

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

¿Por qué este artículo no ha sido cuestionado por discriminatorio? En primer lugar, seguramente porque exigir la prueba de una determinada finalidad ha conllevado una aplicación muy marginal de este precepto (Dopico, 2005: 170). En segundo lugar, al margen de otras consideraciones vinculadas quizás a una mayor susceptibilidad frente a las distinciones producto de reivindicaciones feministas, es porque (se cree que) la agravante puede imponerse a *todo el mundo* que actúe por una determinada motivación.

No obstante este último supuesto, hay autores que niegan que ello deba ser así. Queralt (2006), al interpretar los «motivos racistas», defiende que este artículo sólo podría destinarse a los «blancos» (pero no a los negros), pues es un caso de acción positiva destinada a mejorar la posición de un grupo subordinado, por lo que no tendría sentido extenderla a los miembros del grupo discriminado (los cuales –reconstruyo libremente lo que imagino debe ser el argumento subyacente–, pueden actuar por racismo, pero no «discriminar» a quien precisamente constituye el grupo dominante). Si se acepta este razonamiento, debería concluirse que el artículo 22.4 también prevé una agravante que *sólo* puede imponerse a los hombres.

La opinión de Queralt (2006) no parece dar una respuesta adecuada a los supuestos de agresiones de negros contra negros. Dejar sin castigo esta posibilidad es similar al ejemplo que he expuesto con anterioridad: una sociedad estructurada jerárquicamente en torno a la variable de raza produce efectos *independientemente* de cuál sea la raza del autor. Así, por ejemplo en los casos de racismo de policías negros contra negros, ¿se negaría en este caso que actúan por motivos racistas porque los autores son negros?

La interpretación que defiende que la agravante sólo puede imponerse a las personas que pertenecen al grupo dominante es distinta de la que se sostiene en EE.UU., donde la legislación denominada *hate crimes* también puede aplicarse a un delito realizado por un negro contra un blanco, siempre que se demuestre que el primero actúa por móviles racistas (Jacobs-Potter, 1998; Larrauri, 2008).

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

II.2 *La Fundamentación del Tribunal Constitucional*

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

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

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

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

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

Una vez confirmada la existencia de una finalidad legítima, el TC procede a examinar si las consecuencias de esta diferenciación jurídica son *desproporcionadas*.

das (3). En este caso la argumentación del TC es más sumaria y afirma en síntesis que el desequilibrio «no es patente y excesivo o irrazonable», puesto que la diferencia se produce: i) sólo en el mínimo de la pena; ii) hay una pena alternativa de trabajo en beneficio a la comunidad que es idéntica en ambos casos; iii) en el supuesto de circunstancias excepcionales la pena puede rebajarse un grado acudiendo al artículo 153.4.

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

Esta restricción al sujeto activo hombre es sin duda el aspecto que mayores controversias desata, puesto que la doctrina penal acostumbra a diferenciar un derecho penal de víctimas que se advierte legítimo (esto es, penas más graves en atención a grupos de víctimas más vulnerables), de un derecho penal de autor (que impone penas distintas a sujetos activos distintos) que se considera ilegítimo (Boldova-Rueda, 2006:25) (4).

Para fundamentar la restricción de sujetos activos sólo a hombres, el TC se aleja de las finalidades preventivas que había invocado hasta el momento, pese a que podría perfectamente haber mantenido su razonamiento sobre bases preventivas y señalar, como había apuntado Ruiz Miguel (2006:44), que la diferenciación es lo que precisamente puede aumentar el efecto preventivo, al dirigir el mensaje directamente a los potenciales agresores.

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

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su *seguridad*, con la disminución de

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

(4) Creo que es apresurado tildar a la LOVG de «derecho penal de autor». Sólo si concluimos que no hay ningún motivo que justifique en estos casos imponer más pena, podría admitirse que se le impone «al hombre, por ser hombre».

las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su *libertad*, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su *dignidad*, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado (subrayado añadido).

II.3 Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo

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

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

En un reciente escrito (Larrauri, 2007) procuré expresar la diferencia que a mi juicio existe en la agresión del hombre hacia la mujer. Manifesté que en mi opinión no son comportamientos idénticos aquellos cuyas «propiedades relevantes», como expondré a continuación, no lo son (5).

Hay supuestos de «comportamientos idénticos» que tienen consecuencias distintas, así por ejemplo, el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas (Larrauri, 2007); del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer (6).

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

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

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

(6) El ejemplo es de Paula Casals (Investigadora Icrea, UPF).

explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal (7) y también en los castigos (creo que una misma pena de prisión no es una pena de prisión idéntica cuando se toma en consideración el género).

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

Partiendo de los ejemplos un poco sesgados de Gimbernat (2008) –¡el tirón de orejas a la hipotética abusadora estaría incluso justificado!–, intentaré reflexionar acerca de si «el tirón de orejas, empujón o colleja» a la antipática ludópata que «ha arruinado irreversiblemente el patrimonio familiar, jugando a la ruleta en el casino de Torrelodones», que expone el profesor Gimbernat, presenta una mayor gravedad por el hecho de que lo realiza su pareja masculina y cuáles son los motivos en los que fundamento esta mayor gravedad.

A mi juicio, al hombre se le conmina con una mayor pena no sólo, o no necesariamente, porque le mueva un ánimo discriminatorio, sino porque *en general* el acto del hombre hacia su pareja femenina es más grave, y ello se debe a dos motivos: el *mayor temor* que la agresión de un hombre ocasiona y la *mayor posibilidad* de que se produzca un resultado lesivo (8).

Es interesante leer las reflexiones de Johnson (2008:108) a propósito de la polémica existente en Estados Unidos respecto a la «simetría de género», esto es, al descubrimiento en las encuestas de victimización de que «las mujeres también pegan». Al respecto el autor observa

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

El hecho de que realzar la distinta constitución física (independientemente de que algún día conozcamos a la señora que mide dos metros...) sea tan arriesgado, es debido a que se teme que reconocer una diferencia física, –las cuales son también en gran parte producto de valores culturales que imponen un cuerpo, para ser «femenina», no especialmente apto para defenderse–, pueda servir como base para justificar una desigualdad social (Larrauri, 2007).

Y por cierto, permítaseme desmentir, como parecen dar a entender los votos particulares de los Magistrados Ramón Rodríguez Arribas y Jorge Rodríguez Zapata, que el reconocimiento de mayor vulnerabilidad de la mujer conlleve una reificación de la imagen de «sexo débil» de la mujer, o sea contraria a su dignidad (¡!). Esta posición a mi juicio incurre en algunos errores: por un lado, confunde la reivindicación (de la igualdad) con la realidad (de la vulnerabilidad); por otro lado, parece extraer de la desigualdad física consecuencias morales, confundiendo desigualdad física y desigualdad moral (9).

(7) Véase más ampliamente Larrauri (2008).

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

(9) Esta última afirmación me ha sido aportada por Paula Casals.

Consiguientemente, a mi juicio, como ya manifesté (Larrauri, 2007), es errónea la práctica judicial que de forma automática menciona «forcejeos mutuos», dando a entender que estamos frente a comportamientos de igual desvalor. La expresión «agresiones mutuas» oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente.

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

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

Un motivo adicional por el cual la agresión del hombre a su pareja femenina puede considerarse más grave y por tanto más reprobable, es que él está agrediendo a una persona en un contexto que socialmente la hace más vulnerable. Para intentar fundamentar esta afirmación me valdré del razonamiento de Susan Okin (1989) quien analiza el propio matrimonio como una fuente *adicional* de vulnerabilidad. En opinión de esta autora, la división del trabajo con base en la cual se estructura actualmente la institución del matrimonio, y en la que el trabajo pagado o mejor pagado lo ocupa él, da lugar a una asimetría de poder que constituye una fuente de vulnerabilidad.

Esta asimetría de poder se va fraguando, sigue exponiendo la autora, en tres fases. i) *anticipación del matrimonio*: la expectativa de casarse ya condiciona nuestra formación y expectativas laborales, independientemente de que luego nos casemos o no; ii) *vigencia del matrimonio*: el hecho de que ella ya tenga quizás una menor formación, unido a las diferencias de salario, implica que ella dé prioridad al trabajo del hombre y conlleva a la larga, especialmente si hay hijos, o bien el cese de la actividad laboral o un intento de compatibilizar horarios con una creciente diferencia salarial. Todo ello comporta una posición de menor poder para negociar la división del trabajo en el hogar y una mayor tolerancia a determinados comportamientos por las pérdidas que ocasionaría la ruptura de la relación. Y por último, iii) *disolución del matrimonio*, cuando el nivel económico de ella experimenta una drástica reducción: se queda con la responsabilidad de los hijos, prácticamente alejada o en un mercado laboral precario, sin la formación profesional que él ha adquirido y con unos conocimientos (como poner lavadoras o planchar) que no son valorados económicamente.

De formas muy variadas en nuestra sociedad las mujeres se convierten en vulnerables por el matrimonio. El primer paso son sus expectativas personales (y reforzadas socialmente) de que tendrán hijos y serán sus cuidadoras principales, y que para realizar este rol necesitaran atraer y mantener el apoyo económico del hombre, a cuyo trabajo se espera que den prioridad. Se hacen más vulnerables posteriormente con la división de trabajo existente durante el matrimonio. Luego se ven desfavorecidas en el mercado laboral porque el trabajo, incluido el profesional, aun se estructura sobre la base de que los trabajadores tienen «esposas» en casa. Se vuelven mucho más vulnerables si son las principales encargadas de sus hijos, y, finalmente, la vulnerabilidad escala al máximo si el matrimonio se disuelve y se encuentran solas al cuidado de los hijos (Okin, 1989).

En consecuencia, en general la mujer pareja está en una situación de mayor vulnerabilidad producto precisa y adicionalmente de su vida en pareja. A la vulnerabilidad física debemos añadir entonces las dificultades por haber entrado en una institución cuya forma de estructuración sitúa a una de las partes –la mujer– en una posición de mayor vulnerabilidad (10).

Sólo la atención a estas causas sociales estructurales –precisamente más allá de las diferencias individuales– es lo que puede explicar la gran diferencia en las tasas de victimización («*gender imbalance*») y entender el porqué el género es un factor de riesgo relevante en las relaciones de pareja (Johnson, 2008:105-107).

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

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

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

Estoy dispuesta a conceder que los motivos por los cuales opino que una agresión del hombre a su pareja femenina es generalmente más grave, pueden no estar siempre presentes. Y creo que en los casos en que ello no se produzca, el juez está autorizado a «desviarse» de la norma precisamente en la fase de individualización

(10) Creo que esta fundamentación permite responder a la pregunta que me fue formulada acerca de si las agresiones psicológicas del hombre respecto a su mujer pareja son también más graves.

de la pena. El hecho de que el legislador establezca una *presunción* no impide que el Tribunal deba valorar si el fundamento agravatorio que motiva la norma concurre en este caso (11).

Entiendo que ello es lo que sucede por ejemplo con la *agravante de parentesco* prevista en el artículo 23, que incrementa la pena en determinados delitos cometidos por familiares. Pero este artículo se aplica, como creo que no podía ser de otro modo, siempre que concorra el fundamento que da origen a la agravación (12).

Ahora bien, al admitir que los motivos por los cuales se eleva la pena pueden no concurrir siempre, parecería que con ello el artículo 153.1 establece una «presunción iuris tantum» (Ruiz Miguel, 2006), que funcionaría como una presunción «contra reo» en el sentido de que es el agresor quien debería probar su menor culpabilidad (Larrauri, 2007:127, nota 46). Ello implica una inversión de la carga de la prueba contra la persona juzgada que deberá mostrar que no concurre en su caso el fundamento de la agravación.

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

En aras de explicitar cuál es el elemento que debe probarse, he intentado precisar que no se trata de la prueba de un ánimo o un móvil, pues ello es en la mayor parte de las ocasiones sumamente difícil. Se trata más bien, como ya exigían algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de probar que la agresión se produce en un «contexto de dominación» (Larrauri, 2007) o tiene por finalidad establecer un control general coercitivo (Johnson, 2008).

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

En cualquier caso, concuerdo con la opinión de los autores que indican que hubiera sido más correcto que el TC hubiera optado por una sentencia interpretativa (Peñaranda, 2008) que eliminara las posibles interpretaciones inconstitucionales que, como admite el propio Tribunal Constitucional, el artículo 153.1 cobija. Expresado en mis propios términos, hubiera sido conveniente que el TC afirmara que en los casos en los que no concurre el fundamento agravatorio, la elevación de pena prevista no puede aplicarse.

II.4 Consideraciones criminológicas

En mi opinión es necesario conocer la realidad judicial porque puede suceder que mientras todos estamos enfrascados en la discusión del principio de igualdad

(11) De hecho, una vez alcanzado este punto en la discusión, el debate ya no sería sobre el principio de igualdad, sino sobre si en la aplicación de la pena el juez ha infringido la proporcionalidad en sentido estricto (Mercedes Pérez Manzano, aportación al debate). En el mismo sentido Queralt (2006).

(12) Podría alegarse que las agravantes son de aplicación potestativa. Pero también en los tipos penales si falla un fundamento agravatorio de un subtipo agravado, éste deja de aplicarse.

respecto del artículo 153.1, la práctica judicial discurre por caminos bastante distintos.

En este sentido importa destacar tres breves consideraciones. La primera se refiere a la necesidad de estudiar el nivel de aplicación de la falta de malos tratos prevista en el artículo 617. Esta investigación es pertinente porque en el supuesto de que los jueces exijan la presencia de un fundamento agravatorio para aplicar el artículo 53.1 y concluyan que en algunos casos está ausente, parecería que la conclusión lógica sería aplicar el artículo 153.2. El hecho de que recurran, como creo que lo hacen con cierta asiduidad, a la falta de malos tratos del artículo 617, pone en entredicho no sólo la reforma de la LO 1/2004, sino también la LO 11/2003 que pretendió eliminar del ámbito familiar la posibilidad de calificar como falta los malos tratos ocasionales.

La segunda reflexión criminológica destacaría la importancia de estudiar el nivel de aplicación del artículo 153.4, que permite rebajar un grado la pena, pues parecería que un recurso del cual los jueces pueden disponer para individualizar la pena y evitar la infracción del principio de proporcionalidad está siendo infrutilizado. Este hecho debería ser objeto de mayor reflexión si uno está auténticamente preocupado por los efectos desproporcionados de las penas.

Por último, desde una perspectiva criminológica destacaría que a pesar de la sensación de que existe un aumento del tiempo de condena de las penas de prisión impulsado por la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, ésta ha tenido unos efectos más bien modestos, cuando no claramente contrarios, a efectos de aumentar la penalidad, a los que se pretendían (Antón-Larrauri, 2009).

III. DESIGUALDADES SILENCIOSAS

Hay casos en los que a pesar de ser la norma neutra, la forma en cómo ésta se interpreta puede producir un efecto discriminatorio para un determinado grupo social como el de las mujeres.

La constatación de las dificultades para conseguir que el derecho penal produjera una igualdad de consecuencias, más allá de una igualdad de normas contribuyó también al debate de si era deseable un derecho inspirado en principios feministas (García Amado, 1992; Larrauri, 1995/2008:32). Asimismo, esta constatación es la que parcialmente fundamentó el viraje de la crítica a un «Derecho penal sexista» (con normas desiguales), a la afirmación de que «el Derecho tiene género» (con interpretaciones masculinas de normas neutras) (Larrauri, 1995/2008:41; Mestre, 2006:129-132; Bodelón, 2007:110).

Este viraje se originó debido a que numerosas autoras feministas analizaron el impacto para las mujeres de algunas normas «neutrales» y se detectaron diversas situaciones que expondré a continuación pues creo que siguen teniendo vigencia. Los casos que se han discutido y que enumero a continuación de forma breve (13) son:

(13) Para una discusión más amplia me remito a Larrauri (2008).

III.1 *Homicidio versus asesinato*

Como quizás es conocido, la polémica surgió en Estados Unidos y en Alemania donde se observó que algunas de las mujeres, generalmente maltratadas, que mataban a sus cónyuges podían ser condenadas por asesinato, en tanto que en el caso de que un hombre matase a su pareja femenina la calificación más probable iba a ser la de homicidio.

El motivo por el cuál se produce esta distinta calificación es debido al hecho de que, en general, la mujer que mata a su pareja masculina, si pretende tener éxito, es posible que espere a que éste esté dormido o embriagado. Debido a que es posible que el hombre pueda matar más fácilmente sólo con su fuerza física, la consecuencia será que su calificación acostumbrará a ser la de homicidio, en tanto la de la mujer eventualmente será la de asesinato.

Yo me atreví a sugerir que la interpretación material del tipo agravado de asesinato debía ser la siguiente: cuando hay dos formas posibles de matar se puede discutir la aplicación de la circunstancia que transforma el homicidio en asesinato, pero si sólo hay una forma posible de matar, entonces, puesto que la persona no opta por una forma que valoramos más grave, la consecuencia lógica sería la aplicación del tipo penal de homicidio.

Esta discusión se ha vuelto a reproducir actualmente, pero no parece que el Gobierno español le haya dedicado excesiva atención a juzgar por las declaraciones del Delegado del Gobierno para la Violencia de Género, Miguel Lorente, quien «(...) ha descartado poder aplicar en España la propuesta del Gobierno británico de no acusar de asesinato, sino de homicidio, a las mujeres maltratadas que maten a sus parejas» (Diario de noticias *La Ley*, 1 de agosto 2008).

Es curioso porque si se reflexionara sobre el tema, los cambios no exigen reformas legales ni un «Derecho especial para las mujeres»... lo único que requieren, esto sí, es que se considere las experiencias de las mujeres como parte de los seres humanos a los cuales se les va a aplicar el tipo penal.

III.2 *La comprobación del dolo*

La atribución del dolo de homicidio acostumbra a realizarse en base a unos razonamientos que creo pueden perjudicar a las mujeres. Como es conocido, los Tribunales se basan en numerosos indicios como por ejemplo, el arma esgrimida, la zona del cuerpo afectada, o en ocasiones la historia de violencia previa, para descartar por ejemplo que haya dolo de matar y condenar sólo por un delito de lesiones (Larrauri, 1995/2008:43-48). Debido, además, a que el delito de lesiones en España se califica como tal en función del resultado nos podemos encontrar en ocasiones que la dificultad de considerar un hecho como tentativa de homicidio conlleve en últimas el castigo por sólo una falta de lesiones.

Para entender como un razonamiento de indicios puede eventualmente ser perjudicial para las mujeres vale la pena detenerse en la Sentencia Tribunal Supremo (STS de 499/2001 de 28 de marzo, RJ 2001/1998) de la cual reproduzco un extracto:

La lectura de los hechos probados de la sentencia avala esta interpretación (de castigar por un delito de lesiones ante un ataque con un cuchillo de grandes dimensiones, y en concreto de 16 cm de hoja). En ellos se pone en boca del acusado, en dos ocasiones, la afirmación de una intención homicida, pero,

no obstante, de la misma secuencia de la actuación violenta que allí se describe con detalle, aparece que *aquél habría podido, perfectamente y con la mayor facilidad, quitar la vida a su esposa sin que nadie se lo impidiera*, puesto que, siendo portador de un cuchillo, llegó a tenerla a su merced en el suelo, donde la propinó golpes. De lo que se infiere que, si no lo hizo, es sólo porque no quiso hacerlo, desmintiendo con tal acción sus propias palabras (subrayado añadido).

Y el mismo razonamiento puede leerse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP 334/2002 de 11 de junio, JUR 2002/240947):

(...) Francisca estaba dormida en el sofá del salón mientras que el procesado estaba durmiendo en el dormitorio, que sobre las nueve horas el procesado se levantó y se dirigió hacia su compañera sentimental diciéndole «como me dejes te mato, primero a ti, luego al que está contigo y por último yo», al tiempo que la agarraba por el brazo, para a continuación dirigirse a la cocina donde cogió un cuchillo, y se dirigió hacia Francisca G.

Resulta evidente que *si el procesado, teniendo mayor corpulencia que su compañera sentimental, y teniendo en su poder un cuchillo de cocina con una hoja de doce centímetros, hubiera querido causar la muerte de la misma o por lo menos intentarlo, hubiera clavado dicha arma con mayor fuerza en el cuerpo de la misma y le hubiera causado la muerte o bien lesiones graves* (subrayado añadido).

Si observamos cómo se aplican estos razonamientos y pensamos en cómo éstos podrían ser reproducidos respecto de las mujeres podría aventurarse un resultado muy dispar, pues todo lo que en los hombres son indicios para negar un dolo de matar, en las mujeres constituyen elementos para afirmar la existencia de un dolo de homicidio (p.ej. la presencia de un cuchillo) y castigar en consecuencia por tentativa de homicidio.

III.3 *Atenuantes/agravantes*

Los estudios que se han realizado sobre la imposición de agravantes y atenuantes muestran cómo en su aplicación los jueces las dotan de contenido en función de sus valores culturales y creencias (Larrauri, 1995/2008:27).

Así, el juez puede interpretar, por ejemplo, que es «lógico» que el marido pierda los estribos al encontrarse a su mujer con otro hombre y aplicar una atenuante de arrebató u obcecación, y puede por el contrario considerar «normal» que el hombre vaya con otras mujeres y no entender en consecuencia el porqué ella perdió los estribos.

III.4 *La aplicación de la legítima defensa*

En España, el requisito de la «inminencia» del ataque en la legítima defensa ha impedido generalmente la posibilidad de aplicar esta eximente completa e incompleta a los supuestos de mujeres maltratadas que matan a sus parejas (Larrauri, 1995/2008:27).

Como ya expuse en su momento, creo que se podría alcanzar una solución satisfactoria si la discusión dejara de gravitar en torno al requisito que exige la «actualidad» del ataque, pues es improbable que la mujer se defienda en el preciso momento en que se produce el ataque. Para ello bastaría quizás virar la discusión

de si el ataque es actual respecto de cuando se produce la defensa y concentrarse en discutir si la defensa cumple con el requisito de la «necesidad».

Esta interpretación permitiría incorporar las experiencias de un grupo de mujeres dentro de la institución de la legítima defensa y conseguiría que ésta fuera más «neutral» en la interpretación de sus requisitos.

III.5 *Delito de lesiones*

Este delito suministra quizás un buen ejemplo de la diferencia entre igualdades ruidosas y silenciosas. Cuando dediqué las primeras reflexiones a este tema, trasladé la problemática que he expuesto respecto de la calificación entre homicidio y asesinato al delito de lesiones y de lesiones agravadas.

Mi suposición era que la probabilidad de que una agresión fuera calificada como delito de lesiones agravadas era más alta en el supuesto de que la autora fuese una mujer, la cual para agredir requerirá normalmente de algún instrumento adicional al de sus manos. Debido a que en España no había investigación criminológica al respecto carecía de más datos.

Recientemente se ha constatado en Canadá (Comack 2000, cit. por Hannah-Moffat, 2004) que en los casos de lesiones en relaciones íntimas 32 por 100 de las mujeres fueron acusadas por lesiones agravadas, frente solo el 11 por 100 de los hombres.

III.6 *El maltrato ocasional (la violencia de género)*

A pesar de que es opinión unánime considerar que la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre) ha representado un incremento en la pena de prisión respecto de los hombres que ejercen violencia ocasional a sus parejas femeninas creo que hay por lo menos dos reflexiones que pueden contribuir a matizar esta percepción.

La primera apuntaría a la necesidad de observar la aplicación de la falta de malos tratos prevista en el artículo 617 (14). Esta investigación es pertinente porque en el supuesto de que los jueces exijan la presencia de un fundamento agravatorio para aplicar el artículo 153.1 y concluyan que en algunos casos éste está ausente, parecería que la conclusión lógica sería aplicar el artículo 153.2.

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

IV. **DESIGUALDADES OLVIDADAS: MUJERES EN PRISIÓN Y PENAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Finalmente, vale la pena detenerse en el ámbito de la ejecución de la pena para comprobar cómo también en éste la variable de género incide diferenciando el régimen de penas.

(14) Véase apartado II.4.

Como observa Western, en su introducción al libro de Sykes (1958/2007) (15), los estudios acerca de los «males» de la prisión no habían abordado hasta contemporáneamente el gran daño que se ocasiona, además de a la persona que se interna, a su círculo más inmediato, en términos de estigma, de pérdidas económicas y de irreparables daños emocionales.

Es cierto como se ha observado, que el tema de la mujer en prisión está siendo objeto de una mayor atención por la comunidad criminológica (Yagüe, 2007). Esto no obstante quisiera destacar muy brevemente sólo dos puntos donde a mi juicio las diferencias son más clamorosas.

En primer lugar, en el momento de la imposición de la pena (y probablemente también en el de su ejecución) el hecho de que el juez no disponga de un informe criminológico que le permita conocer las circunstancias individuales de la persona impide que en numerosas ocasiones de *mujeres condenadas con hijos a su cargo*, ello pueda ser tenido en consideración en la condena (Almeda, 2007:41).

Es necesario recalcar que según Yagüe (2007) aproximadamente 34 por 100 de mujeres que están en prisión son familias matrifocales, esto es, compuestas por sólo la madre. En estos supuestos la entrada en prisión es un «auténtico cataclismo», pero además en un 9.5 por 100 de casos el niño pasa a depender de una institución (Yagüe, 2007) (16). Es difícil no ver en este dato una «doble pena», pues a la privación de libertad hay la pena añadida de la pérdida de la guarda y custodia (Chesney-Lind, 2002). A ello se le suma una auto-percepción como «mala madre», un sentimiento de culpa al entender que están desatendiendo sus responsabilidades parentales: materiales y afectivas y, finalmente, un intento de ser «madre a distancia» (Cruells/Igareda, 2005; Kruttschnitt, 2005; Yagüe, 2007).

Algunas personas discrepan del hecho de que ser mujer con hijos a su cargo pueda incidir en el establecimiento de una pena «(des)igual». Frente a ello, sólo puedo exponer dos consideraciones: por un lado la igualdad de la severidad de la pena se debería medir, como sucede en el concepto de días multas, por la igualdad de impacto que la pena conlleva (Ashworth-Player, 1998:258); por otro lado, cuando se alega que la mujer con hijos debe recibir una pena «igual», debería reflexionarse acerca de «¿igual a quien?».

Ignorar las consecuencias que la entrada en prisión de su madre tiene para un niño pequeño cuando ella es su único progenitor y no discutir sus repercusiones es hoy, a mi juicio, *discriminatorio por el diferente impacto* que la pena privativa de libertad representa para las mujeres que son madres y/o que tienen en exclusiva personas a su cargo; por ello, debería ser cuando menos posible tomar en consideración esta circunstancia a efectos de ejecución de la pena (17).

Podría por último alegarse que la responsabilidad de los hijos no es sólo de la madre, pero ello contrasta con la legislación penitenciaria que prevé determinadas disposiciones como la estancia de los menores en los centros penitenciarios con las

(15) El excelente libro de Sykes (1958) sólo ve los males desde una perspectiva masculina, propia por otro lado de la época previa a la incorporación de mujeres criminólogas.

(16) En los casos en que la mujer intenta que los niños estén dentro del recinto se plantean otro tipo de angustias como la duda permanente acerca de si ello es buen sitio para educar a los niños.

(17) La diferencia sería la siguiente: si no reconocemos que una mujer con hijos a su cargo tenga menor culpabilidad –por ej. una delincuencia motivada por necesidades económicas– por lo menos podemos admitir que incida en la forma en cómo se ejecuta la pena de prisión, admitiendo que esta sea, por ejemplo, siempre en régimen abierto o en Unidades dependientes.

madres (pero no con los padres) (18), y la posibilidad de acceder a régimen abierto para cuidar a los hijos para las madres (pero no para los padres). En la práctica además también son juzgadas por las Juntas de Tratamiento por no haber asumido el papel de madres y se les premia si mantienen una preocupación real respecto a sus hijos/as (política premio/castigo). En cambio, no se suele valorar, o pasa a segundo orden, el incumplimiento del rol de padre en relación al cuidado de sus hijos (Hanna-Moffat, 2004:373; Cruells/Igareda, 2005).

La segunda idea en donde observo las paradojas de la igualdad es la siguiente. Existe acuerdo en que el número de mujeres encarceladas sigue siendo minoritario en relación a los hombres, así por ejemplo en España representan un 8.1 por 100 (19). No obstante diversas autoras han manifestado que el crecimiento de mujeres en prisión ha sido muy rápido y así como se es consciente de que el encarcelamiento azota más a las comunidades negras, no es tan conocido el hecho de que el colectivo que más crece proporcionalmente es el de mujeres (Bottomley, 2002:557; Chesney-Lind, 2002).

Este incremento del número de mujeres condenadas a una pena de prisión puede obedecer a numerosos motivos, pero uno de ellos es probablemente el hecho de que las mujeres son más detenidas por uno de los delitos que acarrea las penas más severas y desproporcionadas como es el delito de tráfico de drogas (Chesney-Lind, 2002). En España, las cifras oscilan entre un 46.6 por 100 (Yagüe, 2007) a un 54,5 por 100 (Cervelló, 2006) de las mujeres en prisiones que cumplen condena por un delito de tráfico de drogas, siendo la media de condena de 4 años (Cruells-Igareda, 2005; Bodelón, 2007:115).

A mi juicio, la mayor discriminación quizás sea precisamente la propia condena a una pena de prisión. Si bien, ello es una discusión de mayor alcance, es probable que actualmente pudiera alcanzarse un consenso en que la pena de prisión en concreto carece de justificación, excepto para aquellos contadísimos y excepcionales casos en los que la persona representa un riesgo para la vida o integridad física de otras personas y no sea posible su control por otros medios. Respecto de las mujeres en general no hay una exigencia pública punitiva, pues son muy pocos los casos y no se perciben como peligrosas, en consecuencia respecto de ellas no hay motivo alguno para que no puedan ser castigadas con penas no privativas de libertad.

Si ello es así entonces resultaría que la pena de prisión es absolutamente superflua para el colectivo de mujeres y que el único motivo por el cual se les aplica esta pena es porque se trata de una pena justificada por necesidades de contención a los hombres y se aplica de forma «igualitaria» a las mujeres.

(18) El ingreso de los menores que tiene lugar en virtud del art.17 RP se refleja en un incremento significativo desde su entrada en vigor que sitúa la media alrededor de 200 niños implicados en el sistema penitenciario (Yagüe, 2007:168). Durante el 2005 se encontraban en funcionamiento diez unidades de madres distribuidas en toda la geografía de nuestro país (Yagüe, 2007:171).

(19) Fuente: http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_country.php?country=165 Según las estadísticas mensuales de prisiones catalanas, a fecha 01 de noviembre de 2008, en Cataluña hay 733 mujeres privadas de libertad (195 de las cuales son preventivas) frente a los 9.268 hombres en prisión (de los cuales 2.121 son preventivos). Por lo que se refiere al ámbito estatal, según el Servicio de Planificación y Seguimiento –Unidad de Apoyo– de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, publicado en septiembre de 2008, en el resto de España hay un total de 4.084 mujeres en prisión (sin perjuicio de las 1.737 mujeres preventivas más) frente a los 56.377 hombres presos (de los cuales 14.212 son preventivos). A nivel estatal, las mujeres representan un 8,13 por 100 del total de la población y en Cataluña representan un 7,2 por 100. Datos proporcionados por Gemma Freixa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEDA, E. (2007): «Ejecución Penal y mujer en España. Olvido, castigo y domesticidad, en Almeda», E.-BODELÓN, E. (coords), *Mujeres y Castigo: Un enfoque socio-jurídico y de género*, Madrid, Dykinson.
- ANTÓN, L.-LARRAURI, E. (2009): «Violencia De Género Ocasional: Un Análisis de las Penas Ejecutadas» (*Indret*, en prensa).
- ASHWORTH, A./PLAYER, E. (1998): «Sentencing, Equal Treatment, and the Impact of Sanctions», en ASHWORTH, A./WASIK, M. (eds), *Fundamentals of Sentencing Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- BODELON, E. (2007): «Mujer inmigrante y sistema penal en España. La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal», en ALMEDA, E.-BODELÓN, E. (coords), *Mujeres y Castigo: Un enfoque socio-jurídico y de género*, Madrid, Dykinson.
- BOLDOVA, M. A.-RUEDA, M.^a A. (2004): «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal», en *La Ley*. Año XXV, núm. 6.146, martes, 14 de diciembre.
- BOTTOMLEY, K. (2002): «Monitoring and Understanding Criminal Justice: Statistics, Research and Evaluation», en MCCONVILLE, M.-WILSON, G. (eds.), *The Handbook of The Criminal Justice Process*, Oxford, University Press.
- CERVELLO, V. (2006): «Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género», *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra, 2006. Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, Madrid.
- CHESNEY-LIND, M. (2002): «Imprisoning Women: The Unintended Victims of Mass Imprisonment», en MAUER, M.-CHESNEY-LIND, M. (eds.), *Invisible Punishment*, New York, The New Press.
- CRUELLES, M.-IGAREDA, N. (2005): *Mujeres, Integración y Prisión*, Barcelona, Surt, pp.102-131. Un resumen es accesible en www.surt.org/mip
- DOPICO, J. (2004): «Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios e legitimación para la sanción penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LVII, pp.143-176.
- GARCÍA-AMADO, J. (1992): «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, Madrid.
- GIMBERNAT, E. (2008): *Prólogo a la Decimocuarta Edición del Código Penal*, Madrid, Tecnos.
- JACOBS, J.-POTTER, K. (1998): *Hate Crimes*, New York, Oxford University Press.
- JOHNSON, P. M. (2008): *A Typology of Domestic Violence. Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*, Boston, Northeastern University Press.
- HANNAH-MOFFAT, K. (2004): Losing Ground: Gendered Knowledges, Parole Risk, and Responsibility, *Social Politics*, 11/3: 363-385.
- KRUTTSCHNITT, C. (2005): «The Politics of confinement: women's imprisonment in California and the UK», LIEBLING, A.-MARUNA, S. (eds.) (2005), *The Effects of Imprisonment*, Cullompton, Willan.
- LARRAURI, E. (2007): *Criminología crítica y Violencia de Género*, Madrid, Trotta.
- (2008): *Mujeres y Sistema Penal*, Montevideo, IB de F.
- (2009): Igualdad y Violencia de Género: Comentario a la STC 59/2008, *Indret* (núm. 1).
- MESTRE, R. (2006): *La Caixa de Pandora. Introducció a la teoria feminista del dret*, Valencia, PUV.
- NETTER, B. (2007): Using Group Statistics to Sentence Individual Criminals: an Ethical and Statistical critique of the Virginia Risk Assessment Program, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol 97, núm. 3: 699-729.
- OKIN MOLLER, S. (1989): *Justice, Gender and the Family*. USA, Basic Books.

- OSBORNE, R. (2008): «De la «violencia» (de género) a las «cifras de la violencia»: una cuestión política», *Empiria*, núm. 15, pp. 99-124.
- PEÑARANDA, E. (2008): «Qué puede hacer el Derecho penal contra la violencia de género?», en *Debate*, Facultad de derecho, UAM (numero 2).
- QUERALT, J. J. (2006): «La última respuesta penal a la violencia de género», en *La Ley*, año XXVII, núm. 6.420, lunes 13 de febrero.
- RUIZ MIGUEL, A. (2006): «Violencia de género y discriminación positiva», en *Jueces para la Democracia*, marzo, núm. 55:35-47.
- SYKES, G. (1958): *The Society of Captives*, Princeton, Princeton University Press. Reimpresión, 2007.
- YAGÜE, C. (2007): «Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas», en *REIC*, <http://www.criminologia.net/reic.html>.

